

EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD COMO SISTEMA: REALIDAD Y CARENCIAS

Elsa Marina Alvarez González
Profesora de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho,
Universidad de Málaga

I. Introducción

Siendo la satisfacción del derecho a la salud mediante la provisión pública de los correspondientes servicios sanitarios una característica estructural del Estado del bienestar, en él y con carácter general, el derecho a la asistencia sanitaria puede articularse, bien a través de la Seguridad Social –con la extensión de ésta a las prestaciones sanitarias–, o bien mediante la creación de una estructura “ad hoc”, un Servicio Nacional de Salud, cuyo ejemplo más significativo es el *National Health Service* inglés creado en 1948.

Nuestro país, que llegó tarde a la construcción del Estado del bienestar, implantado en los países europeos al final de la Segunda Guerra Mundial, optó en un primer momento por articular la asistencia sanitaria a través de la Seguridad Social. Ésta surgió con la creación de los distintos seguros sociales a finales del siglo XIX y principios del XX, y se fue desarrollando y consolidando a lo largo de éste para culminar con el reconocimiento en la Constitución¹ del derecho a la protección de la salud con carácter universal y con la ampliación progresiva del ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias públicas a través de diferentes disposicio-

nes legales², rompiéndose así el principio contributivo en el que hasta entonces descansaba todo el sistema.

Pero en paralelo a esta expansión del sistema de prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, y ante la inexistencia de una estructura y organización del sistema sanitario público capaz en su conjunto de responder a la situación creada, tiene lugar al tiempo una puesta en cuestión del mismo que fragua en 1986 con la creación del Sistema Nacional de Salud. Esta es precisamente la innovación fundamental de la Ley General de Sanidad promulgada ese año, que

² Entre ellas, podemos destacar la Ley 5/1979, de 21 de junio, y la Orden Ministerial de 27 de enero de 1981, que reconocen el derecho a la asistencia sanitaria a las viudas y familiares de los fallecidos como consecuencia de la Guerra Civil; la Orden Ministerial de 18 de febrero de 1981, que lo hace para los trabajadores emigrantes retornados a España; la Ley 13/1982, de 7 de abril, para los minusválidos con independencia de que desarrollen o no una actividad laboral; la Ley 31/1984, de 2 de agosto, para los desempleados aunque no perciban prestaciones periódicas por desempleo; o la Ley 37/1988, de 29 de diciembre, (art.54) para los pensionistas de clases pasivas. A estas disposiciones habría que añadir, ya en una etapa posterior, la Ley General de Sanidad de 1986 (arts. 79.1b) y 80) y el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, que reconoce dicho derecho a las personas que carecen de un nivel mínimo de recursos económicos; la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que lo hace a los perceptores de prestaciones no contributivas; la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño (art. 24) y la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (art. 10.3), que inciden sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los menores de edad; y la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 12), que establece la prestación de asistencia sanitaria a este colectivo.

¹ Artículo 43 de la CE.

crea el Sistema Nacional de Salud integrando en él la asistencia sanitaria hasta entonces soportada por la Seguridad Social³.

Desde su creación en 1986 el Sistema Nacional de Salud se concibió como un verdadero sistema integrador tanto de todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud como de las diferentes funciones y prestaciones sanitarias necesarias para garantizar el derecho a la protección de la salud. Pero el hecho de que dicho modelo de Sistema Nacional de Salud tuviera que construirse al mismo tiempo que la propia implantación del Estado de las Autonomías no pudo menos que afectar a su configuración efectiva, con el resultado de una obligada construcción progresiva de dicho Sistema.

En todo caso, una vez asumidas las competencias en materia de asistencia sanitaria por todas las Comunidades Autónomas en diciembre de 2001, puede afirmarse que el Sistema Nacional de Salud está ya completamente descentralizado. En ese sentido, la gestión de la asistencia sanitaria ha dejado ya de estar a cargo de la Seguridad Social a través del INSALUD (organismo estatal extinguido y sustituido hoy por el residual, también estatal, INGESA) y los sistemas públicos de cobertura sanitaria, básicamente los Servicios de Salud de todas las Comunidades Autónomas, quedan ya integrados en el Sistema Nacional de Salud. Lo que no obsta para que la organización de éste, dada su estructura descentralizada, se haya resentido y se resienta todavía hoy de muchas disfunciones derivadas de esa propia estructura. Porque un Sistema Nacional de Salud así descentralizado, en 17 Comunidades Autónomas, cada una con su respectivo Servicio de Salud, que aparecen como los auténticos protagonistas directos de la asistencia sanitaria pública, requiere de la puesta en práctica de unas técnicas de coordinación y supervisión del funcionamiento del entero Sistema.

Tales funciones de coordinación y supervisión quedan legalmente atribuidas a la Administración

³ Sobre la evolución del Sistema de Seguridad Social hacia el Sistema Nacional de Salud véase PEMÁN GAVÍN, J. "Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX". Revista Aragonesa de Administración Pública, núm.13, 1998.

General del Estado como regulador básico y coordinador general del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, el proceso de implantación progresiva —y al tiempo el de su descentralización— del Sistema ha hecho que la Administración estatal haya centrado su atención de manera casi exclusiva en la prestación de la asistencia sanitaria a cargo del INSALUD en aquellas Comunidades Autónomas que aún no habían asumido las competencias en materia de asistencia sanitaria, y sin que la terminación del proceso de descentralización sanitaria en diciembre de 2001 y la constitución por todas las Comunidades Autónomas de sus propios Servicios de Salud, haya incidido en la necesaria inflexión del papel de la Administración General de Estado hacia sus verdaderas funciones en un Sistema Nacional de Salud definitivamente implantado y al amparo de las técnicas instituidas por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003, promulgada bajo ese propósito de la necesaria cohesión del Sistema.

No parece, sin embargo, que tras la implantación definitiva del Sistema Nacional de Salud y la aprobación de la Ley de Cohesión y Calidad los necesarios instrumentos de coordinación y supervisión sanitaria en el conjunto del Sistema Nacional de Salud ofrezcan la suficiente operatividad para el logro de un Sistema Nacional de Salud cohesionado, armónico y solidario. Por lo que parece oportuno reflexionar sobre si no serán las insuficiencias de la configuración organizativa del Sistema Nacional de Salud como sistema descentralizado las que impiden esa operatividad.

Conviene en todo caso, y como necesario antecedente, evocar como el Sistema Nacional de Salud se configuró de modo progresivo.

II. La configuración progresiva del Sistema Nacional de Salud

1.- La institucionalización del Sistema Nacional de Salud por la Ley General de Sanidad de 1986 y las propuestas de reforma en la década de 1990

El Sistema Nacional de Salud se define por la Ley General de Sanidad de 1986 como el conjunto

de los Servicios de Salud de la Administración General de Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades

*Autónomas*⁴. Se trata, pues, en suma de un modelo organizativo basado en la integración de todos los servicios sanitarios públicos y la distribución de las correspondientes funciones y responsabilidades entre las distintas Administraciones públicas sanitarias implicadas.

Se pretendía así, por un lado, superar las disfuncionalidades de la etapa anterior integrando los servicios sanitarios en una organización específica distinta de la Seguridad Social, y, por otro, hacerlo en términos acordes con el diseño constitucional del Estado de las Autonomías. En todo caso, la acción pública sanitaria se articula, en ese nuevo contexto necesariamente descentralizado, desde una concepción integral de la sanidad, y que haga compatible el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas con la existencia de un único sistema sanitario público que garantice el derecho a la protección de la salud en condiciones igualitarias en todo el territorio nacional. Esa dimensión organizativa constituye en esencia el núcleo del Sistema Nacional de Salud a implantar.

Ahora bien, y como ya hemos apuntado, el hecho de que la institucionalización del Sistema Nacional de Salud en 1986 se produjera en un momento en que las Comunidades Autónomas que accedieron a su autonomía por la vía del artículo 143 de la CE, todavía no habían asumido en sus respectivos Estatutos las competencias en materia de asistencia sanitaria, hizo necesario que el legislador estableciera que esa efectiva implantación del Sistema Nacional de Salud tuviera lugar de manera progresiva⁵. Mien-

tras tanto la gestión de la asistencia sanitaria continuaría estando a cargo de la Seguridad Social (a través del INSALUD), y sin que, por tanto, el Sistema Nacional de Salud, como tal, integrara todavía todos y cada uno de los distintos sistemas públicos – autonómicos- de cobertura sanitaria.

Es precisamente esta implantación progresiva del Sistema Nacional de Salud, y la consecuente convivencia transitoria de ambos modelos sanitarios (el de Seguridad Social y el de Sistema Nacional de Salud), con las disfunciones que esa dualidad provocaba, lo que dio lugar a que en la década de 1990 se ofrecieran diversas propuestas sobre la estructura, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud en construcción tendentes a que éste se orientara hacia esquemas de mejor funcionalidad y eficiencia. Las previsiones de la Ley General de Sanidad de 1986 son así, y con tan sólo cinco años de vigencia de aquélla, puestas en tela de juicio con el objetivo de proceder a la revisión y adaptación del Sistema sanitario público⁶.

1.1 El Informe de la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud⁷ (Comisión Abril) de 1991

El 13 de febrero de 1990 el Pleno del Congreso de los Diputados aprueba una proposición no de ley en la que se insta al Gobierno para que “promueva la constitución por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de una Comisión para el análisis, evaluación y propuesta de mejora del Sistema Nacional de Salud”.

Creada dicha Comisión el 4 de junio de 1990, su Informe, presentado en julio de 1991, comenzaba reconociendo que la organización de los servicios

⁴ Artículo 44.2 de la Ley General de Sanidad.

⁵ En efecto, la Disposición Adicional Sexta de la Ley General de Sanidad disponía que los centros sanitarios de la Seguridad Social quedarían integrados en el Servicio de Salud sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma hubiese asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con su Estatuto. En los restantes casos, la red sanitaria de la Seguridad Social se coordinaría con el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma; la Disposición Transitoria Primera establecía que las Corporaciones Locales que dispusieran de servicios y establecimientos sanitarios que llevaran a cabo actuaciones que en la Ley General de Sanidad se adscriben a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, establecerán de

mutuo acuerdo con los Gobiernos de las mismas un proceso de transferencia de los mismos; la Disposición Transitoria Tercera permitía la subsistencia del INSALUD en tanto no se culminase el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, y la Disposición Final Segunda, por su parte, obligaba al Gobierno a la armonización y refundición de las normas recogidas en la misma hasta que los sistemas públicos de cobertura sanitaria quedaran integrados en el Sistema Nacional de Salud.

⁶ Esa misma necesidad también se originó en otros países europeos como Holanda, Reino Unido y Suecia.

⁷ Este Informe es comúnmente conocido como el Informe de la Comisión Abril, por el apellido del presidente de la Comisión, Don Fernando Abril Martorell.

sanitarios públicos había propiciado una fuerte mejora de la salud de la población, pues contaba con un dispositivo público de servicios y prestaciones de los más extensos del mundo, que cubrían a la mayor parte de la población española. De ahí que se pronunciase sobre la necesidad de mantener el Sistema Nacional de Salud⁸. Pero, en lo que especialmente nos interesa, auspiciaba su oportuna reforma⁹ sobre la base de estas propuestas o recomendaciones¹⁰:

1. En cuanto a la organización sanitaria, la necesidad, una vez se completara el proceso de descentralización del Sistema Nacional de Salud con la puesta en marcha de servicios regionales de salud en todas las Comunidades Autónomas, de *establecer una "Dirección Estratégica de Política de Salud" para el conjunto del sistema*, lo que requería a su vez la *potenciación* de las funciones del *Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud*, así como la ampliación de sus cometidos de coordinación y comunicación.

2. La introducción progresiva, por lo que respecta a las estructuras de gestión, de la *separación entre las funciones de financiación y compra de servicios sanitarios y las de gestión y provisión*. Pues esa acumulación de funciones contrapuestas –como sucedía en el INSALUD- impedía responsabilizar a un conjunto más numeroso de actores, y producía una gestión exageradamente centralizada con escasa o nula delegación de responsabilidades, y la adopción por el *Sistema Nacional de Salud de formas jurídicas*

más adecuadas –más allá de las de Derecho público- para promover la responsabilidad y eficacia de la gestión, partiendo de la base de que el servicio público no está determinado por la forma jurídica en que se organiza, sino básicamente por la naturaleza de la función.

3. En cuanto a la posición del sector privado en relación con el servicio público, la Comisión, partiendo de los *costes inferiores que la gestión privada de las prestaciones públicas* revelaba respecto a las gestionadas por formas organizativas de carácter público, proponía una profundización en su *complementariedad*.

4. Proponía, en cuanto a los métodos de gestión, *medidas conducentes a la mayor eficiencia, agilidad, racionalidad y eficacia* de la información, facturación, preparación y utilización de los recursos humanos, tecnología, contratación y relaciones externas.

5. La Comisión, que preveía un *notable crecimiento del gasto sanitario*¹¹, esbozaba como *alternativas para afrontarlo la restricción de las prestaciones, delimitarlas o establecer un régimen de precios*, y optaba por la *delimitación de las prestaciones*, las básicas (las que forman parte de los fundamentos del sistema de convivencia y deben ser financiadas mayoritariamente por el sector público con una participación reducida de los usuarios), y las complementarias (que, distintas a su vez, de las prestaciones libres u opcionales- serían pagadas en gran parte por los usuarios) por su carácter flexible además de compatible con el establecimiento de un sistema de precios.

6. Con respecto a la financiación sanitaria, *destacaba que la financiación debía ser cubierta por el Estado y por la Seguridad Social, fundamentalmente por el primero vía tributaria*, más la participación del usuario en el coste de las prestaciones básicas, con las excepciones que la equidad hiciera necesarias como fuente adicional de financiación.

7. En cuanto a la organización del sistema, el Informe recomendaba *la reforma de las Áreas de Sa-*

⁸ Y ello, por estimar que "la raíz de solidaridad que lo nutre constituye un pilar esencial del Estado de Bienestar y forma parte importante del pacto social en el que se asienta la convivencia pacífica". Además, insiste el Informe en que "las mejoras que se proponen, y las que puedan producirse en el futuro nunca pueden afectar al núcleo básico de equidad y solidaridad que constituye la médula del sistema".

⁹ El Informe declaraba como propósitos generales de las medidas de reforma: a) Alcanzar un mayor grado de responsabilidad de los gestores del sistema para lograr una mayor eficiencia en el uso de los recursos humanos y materiales; b) Crear las bases para que el sistema pueda funcionar con mayor satisfacción subjetiva de los usuarios y permita mayores grados de libertad de elección; c) Promover una "conciencia de coste de los servicios"; d) Suscitar la creación de estructuras que sean capaces de ajustarse flexible y autónomamente en su gasto a las autorizaciones presupuestarias, y e) Obtener el mayor grado de participación activa, vinculación al proyecto y motivación del personal sanitario.

¹⁰ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. *La formación y crisis de los sistemas sanitarios públicos*. Alianza editorial, Madrid, 1995.

¹¹ Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud. *Informe y Recomendaciones*. Madrid, 1991. El Informe sitúa el crecimiento del gasto sanitario en un 8,3 por ciento del PIB.

lud, propugnando la existencia de áreas de mayor tamaño, aunque dentro del límite provincial, y remodeladas en sus funciones (mantener los aspectos de administración del presupuesto de asistencia sanitaria y la financiación, pero dejando al margen los aspectos de la gestión de asistencia sanitaria); una separación tajante de los presupuestos de asistencia sanitaria y los de prevención y promoción de la salud pública; y la transformación para agilizar la gestión de los servicios hospitalarios, de los hospitales y otros centros de servicios sanitarios en sociedades anónimas sujetas al Derecho privado. La Comisión aconsejaba que el cambio organizativo propuesto se realizara de forma paulatina, ya que se necesitaban cambios profundos de carácter estructural, modificaciones y adaptaciones del marco normativo, en la asignación de recursos, así como en la regulación laboral, que debían realizarse sin merma de los derechos básicos adquiridos.

En todo caso, la visión negativa que sobre la sanidad pública transmitía el Informe Abril y, sobre todo, los desafortunados debates que prosiguieron a su publicación, no contribuyeron a hacer viables de inmediato el conjunto de los cambios propuestos. Aún así, el Informe sigue siendo considerado por los expertos, pese a la escasa aplicación práctica que han tenido sus recomendaciones, como uno de los textos más influyentes de la política sanitaria española. Es más, incluso hay quien¹² ha defendido la vigencia actual de su contenido, asegurando que inspiró muchas de las medidas que se recogían en el proyecto de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003.

1.2 El Informe de la Subcomisión parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud de 1997

Unos años después del Informe Abril de 1991, las autoridades sanitarias creen necesaria una nueva reflexión sobre los problemas del sistema sanitario español. Y así, en efecto, en 1997 se crea la Subcomisión para la modernización y consolidación del

Sistema Nacional de Salud, cuyas propuestas pueden resumirse como sigue.

1. Con respecto al aseguramiento sanitario público, la Subcomisión proponía, la necesidad de realizar una reforma legal que permitiera definir el *derecho a la asistencia sanitaria como derecho público subjetivo, personal y no contributivo*, que garantizara la *igualdad*, tanto en el contenido del derecho como en el acceso a los servicios sanitarios, así como la *universalidad* efectiva del mismo, extendiéndolo a todos los grupos sociales, y *desvinculándolo de los regímenes de la Seguridad Social*. En este sentido, consideraba necesario *ordenar las prestaciones sanitarias*, así como poner a disposición de los ciudadanos unas *Cartas de Servicios sanitarios* que tradujeran a lenguaje no tecnificado los contenidos de los catálogos de prestaciones (precisando cuáles son las prestaciones a que tiene derecho el usuario y qué mecanismos pueden arbitrarse para exigir las).

2. La Subcomisión recomendaba, de otra parte, en cuanto a la *garantía de los tiempos de espera*, la constitución, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de una *Comisión de prioridades*, encargada de indicar, para aquellos procedimientos diagnósticos o terapéuticos que se considerasen prioritarios por resolver o paliar situaciones de incapacitación, de especial gravedad y/o urgencia, o condicionar graves penalidades o sufrimientos, tiempos máximos de espera, superados los cuales el paciente tendría derecho a ser inmediatamente asistido en el centro donde determine el correspondiente Servicio de Salud; la impulsión, en coordinación con los responsables de la política social, de iniciativas para la *asistencia sociosanitaria*; y el establecimiento de fórmulas para *racionalizar la prestación farmacéutica*.

3. Con respecto a la *financiación sanitaria*, la Subcomisión proponía –para asegurar un marco financiero estable y garantizar la suficiencia y la equidad en la distribución territorial– mantener el criterio de población protegida, hacer posible las transferencias pendientes, y considerar a largo plazo la integración y *homologación progresiva de la sanidad en la financiación autonómica*.

¹² Lluís Boñigas, director general de Planificación de la Fundación Fernando Abril Martorell, en el encuentro celebrado para analizar la influencia del llamado Informe Abril, once años después de su publicación. Vid. *Revista Diario Médico*, de 28 de noviembre de 2002.

4. En el apartado de organización y gestión, el Informe recogía en primer lugar, la necesidad de *orientar la provisión de servicios a las necesidades de salud reales y prioritarias* de la sociedad, a partir de la identificación de las mismas *a través de los planes de salud de cada Comunidad Autónoma*. Por otro lado, entendía que la modernización organizativa del Sistema Nacional de Salud exigía racionalizar los programas de gasto sanitario público, adoptar *modos organizativos y sistemas de pago sanitario público, que fomentaran la eficiencia* y la responsabilización sobre actuaciones y resultados, y procurar *altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados*.

5. Por último, en cuanto a la coordinación territorial, la Subcomisión se pronunciaba sobre la necesidad de *completar la descentralización sanitaria para, una vez culminado el proceso de transferencias, redefinir la función de coordinación que corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo*. En un escenario de plena descentralización, la dirección del Sistema Nacional de Salud habría de desarrollarse fundamentalmente en la búsqueda del *consenso y la participación de las Comunidades Autónomas*. Éstas, a su vez, habían de contribuir al mantenimiento de *la identidad común del sistema*, de acuerdo con los principios de lealtad institucional y cooperación recíproca. Con ese objetivo, *el Ministerio deberá potenciar el desarrollo de sus funciones de coordinación principalmente a través del Consejo Interterritorial, y ello más por la vía de generación de valor como unidad central y arbitral del sistema, que a través del ejercicio unilateral de su posición jerárquica* o de sus competencias privativas, a cuyo fin sería imprescindible revisar la configuración normativa del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

1.3. Las líneas para el ajuste del Sistema Nacional de Salud

Hay que destacar la *similitud de las recomendaciones* de ambos informes –el Informe Abril de 1991 y el de la Subcomisión Parlamentaria para la consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud de 1997–, y ello, pese a los diferentes motivos que dieron lugar a su respectiva elaboración, y los

distintos criterios para su composición. Mientras la Comisión Abril, aprobada por el Pleno del Parlamento en enero de 1990, estaba constituida por expertos, la Subcomisión de 1997 estaba formada por Diputados de todos los grupos parlamentarios en proporción a su representación en el Congreso de los Diputados. A título de ejemplo, también en 1997 se vuelve a insistir en la necesidad de *transformar la gestión de los centros sanitarios en una gestión empresarial* recomendando la utilización de las diversas fórmulas jurídicas factibles en el ordenamiento jurídico español (reformado al efecto por la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud) y los dos informes se reafirman en la necesidad de *culminar el proceso de descentralización sanitaria y reforzar el papel del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, ordenar “mediante ley” las prestaciones sanitarias*, y separar las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios.

Por lo demás, la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados el 17 de diciembre de 1997 del segundo Informe, con más propiedad, del “Acuerdo de la Comisión relativo al informe de la Subcomisión de Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud¹³”, aunque no se viera seguida de las reformas que el mismo proponía, sí que informó las actuaciones producidas con posterioridad en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. Entre ellas, y como fundamental, la culminación del proceso de descentralización sanitaria a todas las Comunidades Autónomas y la reforma del sistema de financiación sanitaria, en diciembre de 2001, dos extremos que van a determinar un cambio fundamental en la configuración efectiva del Sistema Nacional de Salud realizada hasta el momento.

2.- El Sistema Nacional de Salud en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003

Como decíamos, la Ley General de Sanidad de 1986 anunciaba que una vez terminado el proceso de

¹³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. 18 de diciembre de 1997, núm.128, págs. 6753-6768.

traspaso de la asistencia sanitaria a todas las Comunidades Autónomas, la Administración del Estado sería la encargada de la dirección y coordinación general del Sistema Nacional de Salud, a través de las competencias exclusivas que constitucionalmente tiene reservadas: sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad, legislación sobre productos farmacéuticos y legislación básica de la Seguridad Social. A lo que debe añadirse el ejercicio de la Alta Inspección, no explícito en el texto constitucional, pero contemplado expresamente en todos los Estatutos de Autonomía y en la propia Ley General de Sanidad.

Pues bien, En ese sentido, el comentado proceso culmina con los últimos Reales Decretos de traspasos de servicios, centros y funciones (es decir, los medios materiales y humanos existentes y necesarios para la gestión por las Comunidades Autónomas de la asistencia sanitaria) publicados los días 28 y 29 de diciembre de 2001. Y a partir de ahí, y establecido el nuevo sistema de financiación autonómica por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, la gestión de la asistencia sanitaria por las Comunidades Autónomas, en principio asumida tan sólo por siete, las denominadas históricas, más Andalucía, Canarias, Comunidad Valenciana y Navarra, está ya en manos de todas ellas.

Ante esta circunstancia se aprueba en mayo de 2003 la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, sin duda con el fin de readaptar el Sistema Nacional de Salud a esta nueva realidad. Porque una vez que la asistencia sanitaria es ya competencia efectiva de todas las Comunidades Autónomas, la realidad del sector sanitario iba a ser bien distinta de la que contempló la Ley General de Sanidad de 1986 (para la que la descentralización general aparecía en gran medida sólo como un horizonte de futuro), y asumiendo consecuentemente la cooperación y la coordinación entre las distintas instancias públicas competentes y el Estado, como garante último de la cohesión en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, un papel fundamental.

Bajo tales principios, que junto a la calidad en la atención sanitaria -convertido en los últimos años en el motor de impulso y cambio del sistema- aparecen

como los ejes fundamentales que inspiran la regulación de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, trata ésta de reordenar el sistema sanitario, readaptándolo a la nueva situación autonómica, es decir, la gestión efectiva por las Comunidades Autónomas de la asistencia sanitaria.

En este contexto cobran especial importancia una serie de medidas organizativas. Así el reconocimiento de mayor protagonismo a determinados órganos que si bien se crearon al amparo de la Ley General de Sanidad, sin embargo, no habían tenido el desarrollo y funcionamiento previstos en aquel momento y necesitaban cobrar mayor fuerza y dinamismo (como el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud), una redefinición de las competencias legales del Estado en el ámbito sanitario, y la creación de nuevos órganos, como el Observatorio del Sistema Nacional de Salud o la Agencia de Calidad Sanitaria, necesarios para alcanzar los objetivos comunes de la Ley: la equidad, la calidad y la participación social en un sistema sanitario armónico y cohesionado.

Hay que advertir en todo caso que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, aunque articula una reforma sanitaria, en ningún momento implica la sustitución de la Ley General de Sanidad, la cual sigue vigente salvo en los preceptos que expresamente aquélla deroga¹⁴. Algo natural, pues la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud no pretende tal sustitución, sino tan sólo regular los aspectos imprescindibles para configurar un Sistema Nacional de Salud cohesionado y de calidad, con todo lo que ello implica.

Por ello, el legislador estatal, siendo consciente del alcance limitado de su legitimidad -dada la competencia normativa de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad tras la completa descentralización sanitaria-, configura como eje central de su iniciativa el establecimiento del marco legal que permita a las Administraciones públicas sanitarias,

¹⁴ Según la Disposición Derogatoria Primera de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, los únicos preceptos de la Ley General de Sanidad que quedan derogados son el artículo 43, que regula la Alta Inspección, y el artículo 47, que regula el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

llevar a cabo acciones de coordinación y cooperación en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de asegurar a los ciudadanos su derecho a la protección de la salud con el objetivo de salvaguardar la equidad, la calidad, la participación social en el Sistema Nacional de Salud y, finalmente, la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud, objetivos que constituyen los fines de la Ley.

En definitiva, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003 culmina el marco jurídico diseñado en su momento por la Ley General de Sanidad de 1986, una vez que todos los sistemas públicos de cobertura sanitaria –descentralizados ya por Comunidades Autónomas– han de quedar, desde esa realidad ya efectiva, integrados en el Sistema Nacional de Salud. A partir de ese momento, el Sistema Nacional de Salud es –debe ser–, no un sistema a construir progresivamente, como lo concibió la Ley General de Sanidad, sino una realidad efectiva. Procedemos, pues, a analizarlo tal y como hoy se presenta.

III. El Sistema Nacional de Salud como sistema integrado: sus distintas dimensiones

La Constitución impone ciertos parámetros de contenido organizativo que deben tener en cuenta los poderes públicos competentes a la hora de vertebrar el servicio sanitario, con el fin de conformar la entera sanidad pública –no obstante, la descentralización sanitaria exigida por la CE– como un verdadero sistema, esto es, una organización sanitaria de ámbito nacional, configurada bajo criterios de unidad, armonía, coherencia y coordinación.

Fue lo pretendido por la Ley General de Sanidad de 1986 con la organización del servicio público sanitario a través del Sistema Nacional de Salud, identificado con “el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración General del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, en los términos de la presente Ley”¹⁵.

No se trata, sin embargo, de la mera suma del conjunto de todos los Servicios de Salud de una y otras Administraciones, sino de un auténtico sistema que bien podemos deducir de la necesaria integración de los diversos elementos del mismo en sus dimensiones principales.

1.- Integración de estructuras y servicios públicos de salud

Esa integración se manifiesta, en primer lugar, en lo que respecta a las estructuras sanitarias públicas, pues el Sistema Nacional de Salud está integrado por “todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud” (art. 44.1 de la Ley General de Sanidad) y en él, “como dispositivo único” se integran “todos los recursos sanitarios públicos” (art. 46 c) de la Ley General de Sanidad).

Con la integración de las estructuras y servicios públicos sanitarios pretende la Ley General de Sanidad de 1986 superar la desarticulación sanitaria hasta ese momento característica en nuestro país, y frente a la que la propia Ley adopta las oportunas cautelas. Así, cuando establece que “las Administraciones territoriales intracomunitarias no podrán crear o establecer nuevos centros o servicios sanitarios, sino de acuerdo con los planes de salud de cada Comunidad Autónoma y previa autorización de la misma” (art. 51.3), algo que la Ley General de Sanidad subraya a mayor abundamiento en su artículo 52.2: “La ordenación territorial de los servicios será competencia de las Comunidades Autónomas y se basará en la aplicación de un concepto integrado de la atención a la salud”.

Pero este dato nos pone sobre aviso sobre el alcance de esa integración de los servicios (es la correspondiente Comunidad Autónoma la que debe mantener esa integración a efectos de la gestión de los servicios) y sobre la consecuencia fundamental de ese hecho. Como señala MUÑOZ MACHADO¹⁶, “la integración de servicios se produce verdaderamente en el nivel territorial de la Comunidad Autónoma” y “el Sistema Nacional de Salud es un simple agregado de servicios integrados, organizados y diri-

¹⁵ Artículo 44.2 de la Ley General de Sanidad.

¹⁶ *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, 1995.

gidos bajo la dependencia estricta de cada una de las Comunidades Autónomas constituidas”¹⁷.

En efecto, no obstante la idea unitaria e integradora a nivel de todo el Estado a la que en principio responde la organización del Sistema Nacional de Salud según la Ley General de Sanidad, la efectiva integración de las redes sanitarias públicas no se produce a nivel global estatal –opción ésta que podría resultar incompatible con la autonomía y las competencias sanitarias de las Comunidades Autónomas reconocidas por el bloque de la constitucionalidad-, sino a nivel territorial de éstas, las cuales deben constituir sus propios Servicios de Salud como organizaciones sanitarias integradas, tal y como establecen los artículos 49 y 50 de la Ley General de Sanidad. Esto conlleva que esa integración de los servicios y de los establecimientos públicos de salud deba producirse bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas, en suma, impidiendo así toda organización unitaria jurídicamente articulada en términos convencionales, en concreto, con una personificación jurídica pública a nivel de todo el Estado en la que se integrara el conjunto de las instituciones sanitarias públicas¹⁸.

La contrapartida –desde luego muy relevante ante esa circunstancia, claro está, no puede ser otra que el reconocimiento al Estado –en garantía de la mínima unidad y uniformidad de los servicios sanitarios, y de la igualdad esencial de todos los ciudadanos en el disfrute del derecho a la protección de la salud- de poderes normativos básicos y de la correspondiente coordinación y planificación sanitaria como instrumentos de reconducción a la unidad del sistema sanitario a nivel de todo el conjunto estatal. La Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad no puede ser más descriptiva al respecto: “Los servicios sanitarios se concentran, pues, bajo la res-

ponsabilidad de las Comunidades Autónomas y bajo los poderes de dirección, en lo básico, y la coordinación del Estado”.

Por lo demás, la garantía de la posición de las Comunidades Autónomas en la conformación de esa planificación y coordinación sanitaria se canaliza a través de la presencia y participación de aquéllas en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, órgano colegiado sectorial con competencias en el ámbito de la coordinación y planificación de la sanidad¹⁹, al que en su momento pasaremos revista.

2.- Integración de las funciones y actividades

La segunda dimensión en que esa integración tiene –o se pretende tenga- lugar es la de las funciones y actividades, algo que la Ley General de Sanidad proclama con nitidez: “El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud” (art. 45). Y que reafirma al predicar del Sistema Nacional de Salud “la organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación” (art. 46).

La integración de las funciones y actividades proclamada por la Ley General de Sanidad no halla, sin embargo, determinantes expresos de orden jurídico positivo, sino que más bien encuentra su fundamento –en gran medida “*lege ferenda*”- en algunos componentes básicos del Sistema Nacional de Salud establecidos por la Ley General de Sanidad y luego por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, como los que siguen:

1) La *extensión de la cobertura sanitaria pública a toda la población*. El artículo 3.2 de la Ley General de Sanidad establece que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”, y el artículo 2 de la Ley de Cohesión y Calidad

¹⁷ Para esa afirmación el autor se apoya en el artículo 50.1 de la Ley General de Sanidad que establece que “en cada Comunidades Autónomas se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones Ayuntamientos y cualesquiera otras administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado (...) bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma”.

¹⁸ NAVARRO MUNUERA, A. “Régimen jurídico de los servicios públicos: el servicio sanitario”. Cuadernos de Derecho Judicial (C.G.P.J.), Madrid, 1997.

¹⁹ Artículos 70 y ss. de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, pues ésta deroga expresamente el artículo 47 de la Ley General de Sanidad.

del Sistema Nacional de Salud recoge como principio inspirador del sistema sanitario público “el aseguramiento universal y público por parte del Estado”. Por tanto, se consagra la universalización de los servicios sanitarios para todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, con independencia de las circunstancias personales o sociales.

2) *La equidad en el acceso a las prestaciones sanitarias.* El artículo 3.2 de la Ley General de Sanidad también establece que “el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”. En el mismo sentido, el artículo 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud establece “la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y de calidad”. Se trata de hacer accesibles los recursos sanitarios, de forma que no se produzcan discriminaciones (ni siquiera, hay que subrayarlo, por razones geográficas).

3) *Financiación pública.* El sistema sanitario público se financia en su mayor parte a través de los ingresos del Estado, a partir de la modificación del sistema de financiación de la asistencia sanitaria introducida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989, lo que queda definitivamente reconocido como principio general en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que reconduce la financiación pública del Sistema Nacional de Salud al vigente sistema de financiación autonómica (art. 2). Así, se asegura el derecho de todos a la protección de la salud²⁰.

4) *La coordinación y, en su caso la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único*²¹, para asegurar un sistema coherente, armónico y eficaz, sistema que, a su vez, se refuerza con la *coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias* para la superación de las desigualdades en salud (art. 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

5) La prestación de *una atención integral a la salud*, comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad (art. 18 y 46 e) de la Ley General de Sanidad, y art. 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

6) *La igualdad de oportunidades y la libre circulación de los profesionales* en el conjunto del Sistema Nacional de Salud (art. 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

7) *La colaboración entre los servicios sanitarios públicos y privados* en la prestación de servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud (art. 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

8) *La colaboración de las oficinas de farmacia con el Sistema Nacional de Salud* en el desempeño de la prestación farmacéutica (art. 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

3.- Integración de las prestaciones sanitarias y su garantía

La Ley General de Sanidad de 1986, al crear el Sistema Nacional de Salud como sistema único y a la vez descentralizado, basado en la universalidad y en una concepción integral de la sanidad, consagra – comparada con la regulación precedente- una concepción radicalmente distinta del sistema sanitario público, y por tanto, de la asistencia sanitaria, pues, las prestaciones sanitarias quedan integradas en el Sistema Nacional de Salud. La Ley proclama, en efecto, que “todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud” y que “el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud”²².

No obstante, a pesar de estas afirmaciones, la Ley General de Sanidad no delimita el ámbito pres-

²⁰ Tal y como se recoge en la Ley General de Sanidad, pues en su artículo 1 establece: “La presente Ley tiene por objeto la regulación de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en los artículos 43 y concordantes de la Constitución”.

²¹ Artículo 46 c) de la Ley General de Sanidad.

²² Artículos 44 y 45 de la Ley General de Sanidad.

tacional del Sistema Nacional de Salud. Únicamente recoge, como principio básico, que el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva²³ y pospone para un momento posterior la elaboración de un Catálogo de Prestaciones²⁴, regulación ésta que no se producirá hasta 1995, cuando a través del Real Decreto 63/1995, de 20 enero, se aprueba la ordenación de las prestaciones sanitarias. Hasta esa fecha continuaría funcionando el sistema prestacional de la Seguridad Social.

Fue el Real Decreto 63/1995, de 20 enero, de Ordenación de las Prestaciones Sanitarias el que, como decíamos, delimitó el catálogo de prestaciones sanitarias a las que tienen derecho los usuarios del Sistema Nacional de Salud. En concreto, se definen como prestaciones sanitarias: a) Atención primaria; b) Atención especializada; c) Prestaciones farmacéuticas; d) Prestaciones complementarias (que son aquéllas que suponen un elemento adicional y necesario para la consecución de una asistencia sanitaria completa y adecuada. Así, se consideran prestaciones complementarias la ortoprotésica, el transporte sanitario, la dietoterapia y la oxigenoterapia a domicilio); y e) Servicios de información y documentación sanitaria. Este catálogo de prestaciones sanitarias, a pesar de sus carencias y limitaciones, funcionó hasta la asunción de las competencias de gestión de la asistencia sanitaria por todas las Comunidades Autónomas y la implantación del nuevo modelo de financiación autonómica, momento éste en el que se produce una nueva reordenación de las prestaciones sanitarias en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003.

En efecto, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud va a regular las prestaciones sanitarias apoyándose en dos instituciones fundamentales: el Catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud y la Cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. A tal fin, define²⁵ el Catálogo de Prestaciones como el conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitado-

res y de promoción de la salud dirigidos a los ciudadanos que garanticen las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. El Catálogo comprende las prestaciones de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

A su vez, estas prestaciones se hacen efectivas a través de un conjunto de técnicas, tecnologías y procedimientos que integran la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, la cual será acordada en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y aprobada por Real Decreto. Su actualización se aprobará por Orden del Ministro de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Cada Comunidad Autónoma, por su parte, podrá aprobar su propia cartera de servicios, que incluirá, como mínimo, la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud²⁶.

Esta nueva ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud realizada por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud amplía a nivel legal el ámbito prestacional comparado con lo previsto por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. No obstante, debemos destacar que, en tanto no se apruebe el Real Decreto que desarrolle la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud –algo que hasta el momento no ha tenido lugar²⁷– esa nueva ordenación de las prestaciones sanitarias no puede ser efectiva, por lo que hasta ese momento continuará vigente la concreta ordenación prestacional establecida por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero²⁸.

²³ Artículo 3.2 Ley General de Sanidad.

²⁴ Artículo 40.9 Ley General de Sanidad.

²⁵ Artículo 7 Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

²⁶ Artículo 20 Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

²⁷ En el momento de presentar este trabajo de investigación el proyecto de Real Decreto regulador de la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud se encuentra sometido al dictamen del Consejo de Estado.

²⁸ Pues así se dispone en la Disposición transitoria única de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Por lo demás, el sistema de prestaciones sanitarias previsto por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud queda garantizado mediante el establecimiento por ésta de unas garantías legales cuya finalidad es, justamente, su materialización efectiva. Estas garantías de las prestaciones sanitarias son:

a) Garantía de accesibilidad. Todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tienen acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en la Ley en condiciones de igualdad efectiva.

b) Garantías de movilidad. El acceso a las prestaciones sanitarias se garantiza con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del Sistema Nacional de Salud, atendiendo especialmente a las singularidades de los territorios insulares. Asimismo, se garantiza a todos los usuarios el acceso a aquellos servicios que sean considerados como servicios de referencia.

c) Garantías de tiempo. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud debe acordar – articulándose mediante Real Decreto– los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Las Comunidades Autónomas tienen que definir los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco. Se exceptúan de esta garantía las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización depende de la disponibilidad de órganos, así como la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe.

d) Garantías de información. Los servicios de salud informarán a los ciudadanos de sus derechos y deberes, de las prestaciones y de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, de los requisitos necesarios para el acceso a éstos y de los restantes derechos recogidos en la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley 41/2002, de 14 de noviembre), así como de los derechos y obligaciones establecidos en las correspondientes normas autonómicas, en su caso.

e) Garantías de seguridad²⁹. Esta garantía se articula de manera diferente según se trate, bien de la aplicación de técnicas, tecnologías o procedimientos sanitarios, bien de la apertura y puesta en funcionamiento de nuevos centros, servicios y establecimientos sanitarios. Cuando se trate de técnicas, tecnologías o procedimientos para cuya correcta utilización sea conveniente concentrar los casos a tratar, se designarán servicios de referencia; mientras que, si no existe suficiente información para determinar la seguridad de aquéllas, el Ministerio de Sanidad y Consumo acordará, en su caso, con las Comunidades Autónomas el uso tutelado de las técnicas, tecnologías o procedimientos aplicables³⁰. En cambio, las garantías . Dichos requisitos mínimos van dirigidos a garantizar que el centro, establecimiento o servicio sanitario cuenta con los medios necesarios para desarrollar las actividades a las que va destinado y pueden ser, además, complementados por las Comunidades Autónomas. mínimas de seguridad y calidad que se deben exigir para la regulación y autorización por parte de las Comunidades Autónomas de la apertura y puesta en funcionamiento en su respectivo ámbito territorial de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, se determinarán, con carácter básico, por Real Decreto³¹

²⁹ Las garantías de seguridad y de calidad y servicios de referencia son aplicables a todos los centros, públicos y privados, independientemente de la financiación de las prestaciones que estén ofreciendo en cada momento, siendo responsabilidad de las Administraciones públicas sanitarias, para los centros de su ámbito, velar por su cumplimiento.

³⁰ Según prevé el artículo 22 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud la autorización del uso tutelado de determinadas técnicas, tecnologías o procedimientos tendrá como finalidad establecer el grado de seguridad, eficacia, efectividad o eficiencia de las mismas antes de decidir sobre la conveniencia o necesidad de su inclusión efectiva en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. Se realizará con arreglo a un diseño de investigación, por períodos de tiempos limitados, en centros expresamente autorizados para ello y de acuerdo con protocolos específicos destinados a garantizar su seguridad, el respeto a la bioética y el logro de resultados relevantes para el conocimiento. En todo caso, será imprescindible contar con el consentimiento informado de los pacientes a los que se vaya a aplicar dichas técnicas, tecnologías o procedimientos. La financiación del uso tutelado corre a cargo del Fondo de cohesión sanitaria al que se refiere el artículo 4 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de conformidad con las normas por la que se rige dicho fondo.

³¹ En concreto, el RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

f) Garantías de calidad y servicios de referencia. Las Comunidades Autónomas deben garantizar la calidad de las prestaciones, para cuya verificación pueden realizar, incluso, auditorias periódicas independientes. Igualmente, deben adecuar su organización para facilitar la libre elección de facultativo y una segunda opinión médica –previsión ésta que queda sometida a desarrollo reglamentario- y han de abordar actuaciones para la humanización de la asistencia y para la mejora de la accesibilidad administrativa y de su confortabilidad. En este sentido, se propugna que los hospitales del Sistema Nacional de Salud incorporen de forma progresiva habitaciones de uso individual. Por otra parte, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud debe acordar la designación de los servicios de referencia, el número necesarios de éstos y su ubicación estratégica dentro del Sistema Nacional de Salud, con un enfoque de planificación de conjunto, para la atención de aquéllas patologías que precisen para su atención una concentración de los recursos diagnósticos y terapéuticos a fin de garantizar la calidad, la seguridad y la eficiencia asistenciales.

4.- Integración de la información sanitaria

La integración de la información sanitaria se concibe por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud como un elemento esencial para el funcionamiento cohesionado y con garantías de calidad del Sistema Nacional de Salud, y que se instrumenta por la misma a través de una serie de mecanismos: el Sistema de Información sanitaria del Sistema Nacional de Salud, la tarjeta sanitaria individual, la Agencia de Calidad, y el Observatorio del Sistema Nacional de Salud.

4.1 El Sistema de Información Sanitaria y la tarjeta sanitaria individual

El Sistema de Información Sanitaria garantiza la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre la Administración sanitaria del Estado y la de las Comunidades Autónomas. Este Sistema contiene, entre otros, datos básicos sobre las prestaciones sanitarias y la cartera de servicios en la atención sanitaria pública y privada, población protegida, recursos humanos y materiales y financiación. El Sistema está a disposición de sus usuarios,

que serán las Administraciones Públicas sanitarias, los gestores y profesionales de la sanidad y los ciudadanos³². Para el funcionamiento de este Sistema se crea el Instituto de Información Sanitaria³³ que se encargará de recabar, elaborar y distribuir la información que responda a las necesidades del Sistema Nacional de Salud, siempre bajo criterios de transparencia y objetividad.

Por otra parte, para facilitar el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud, se regula la tarjeta sanitaria individual³⁴, documento administrativo que

³² El objetivo general –según se establece en el artículo 53 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud- del sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud es responder a las necesidades de los siguientes colectivos, con la finalidad indicada en cada caso:

a) Autoridades sanitarias: la información debe favorecer el desarrollo de políticas y la toma de decisiones, dándoles información actualizada y comparativa de la situación y evolución del Sistema Nacional de Salud.

b) Profesionales: la información debe ir dirigida a mejorar sus conocimientos y aptitudes clínicas. Incluirá directorios, resultados de estudios, evaluaciones de medicamentos, productos sanitarios y tecnologías, análisis de buenas prácticas, guías clínicas, recomendaciones y recogida de sugerencias.

c) Ciudadanos: debe contener información sobre sus derechos y deberes y riesgos para la salud, facilitando la toma de decisiones sobre su estilo de vida, prácticas de autocuidado y utilización de los servicios sanitarios y ofrecer la posibilidad de formular sugerencias de los aspectos mencionados.

d) Organizaciones y asociaciones en el ámbito sanitario: debe contener información sobre las asociaciones de pacientes y familiares, de organizaciones no gubernamentales que actúen en el ámbito sanitario y de sociedades científicas, con la finalidad de promover la participación de la sociedad civil en el Sistema Nacional de Salud.

³³ En concreto, su creación se efectúa en el Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, derogado por el Real Decreto 1555/2004, de 25 de junio, por el que se regula la estructura actual de dicho Ministerio. En éste último, además de especificar sus funciones, se configura el Instituto de Información Sanitaria como una Subdirección General que depende de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud.

³⁴ Su desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo a través del RD 183/2004, de 30 de enero. En él se regula la emisión y validez de la tarjeta sanitaria individual, los datos básicos comunes que de forma normalizada deberán incorporar, el código de identificación personal del Sistema Nacional de Salud y la base de datos de población protegida de dicho sistema. La emisión de la misma corresponde a las Administraciones sanitarias autonómicas y al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria para las personas residentes en su ámbito territorial que tenga acreditado el derecho a la asistencia sanitaria pública. El proceso de sustitución de las tarjetas actualmente existentes se inició en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto, sin embargo, la sustitución, una vez iniciado el proceso, se producirá a medida que las tarjetas vayan caducando, o cuando por cualquier motivo vayan a renovarse.

Por otro lado, el sistema de base de datos de población protegida del Sistema Nacional de Salud se concibe con cierto carácter integrador, de

acredita determinados datos de su titular, que, sin perjuicio de su gestión por las Comunidades Autónomas, incluirá, de manera normalizada, los datos básicos de identificación del titular, su derecho a las prestaciones y entidad responsable de la asistencia sanitaria.

Los dispositivos que incorporen las tarjetas para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten deben permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado y para todas las Administraciones públicas. Para ello, el Ministerio de Sanidad y Consumo, en colaboración con las Comunidades Autónomas y demás Administraciones públicas competentes, debe establecer los requisitos y estándares necesarios. Además, conforme se vaya disponiendo de sistemas electrónicos de tratamiento de la información clínica, la tarjeta sanitaria individual debe posibilitar el acceso a dicha información de los profesionales debidamente autorizados, con la finalidad de colaborar en la mejora de la calidad y en la continuidad asistencial. En cualquier caso, las tarjetas sanitarias individuales se deben adaptar a la normalización que se pueda establecer para el conjunto de las Administraciones públicas y en el seno de la Unión Europea³⁵.

4.2 La Agencia de Calidad y el Observatorio del Sistema Nacional de Salud. Al servicio del objetivo de mejora de la calidad del sistema sanitario en su conjunto –criterio latente a lo largo de todo el articulado de la Ley de Cohesión y Calidad en el Sistema Nacional de Salud, pero al que se dedica especí-

ahí que se regule como un sistema de intercambio de información sanitaria sobre la población protegida entre las Administraciones sanitarias, en el que se incluyen todos aquellos colectivos cuya cobertura sanitaria se financia públicamente y que están incluidos en regímenes especiales a través del mutualismo administrativo, si bien, su incorporación a dicho sistema se establece en un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto. Con ello se logrará la correcta ordenación de las situaciones y se colocará a todos los asegurados en pie de igualdad respecto a las utilidades que proporciona el sistema de intercambio de información sobre población protegida en el Sistema Nacional de Salud.

³⁵ *En este sentido, la única ordenación europea existente hasta el momento es la Decisión 189/2003/CE, de 18 de junio de 2003, dirigida a sustituir por una tarjeta sanitaria europea los formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) n° 1408/71 y (CEE) n° 574/72 del Consejo en lo que respecta al acceso a la asistencia sanitaria durante una estancia temporal en un Estado miembro distinto del Estado competente o de residencia (DOCE L 276 de 27. 10. 2003).*

ficamente el capítulo VI-, regula ésta la creación de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y del Observatorio del Sistema Nacional de Salud. La Agencia de Calidad³⁶ es la encargada de elaborar los elementos de la infraestructura de calidad en el Sistema Nacional de Salud, es decir, normas de calidad y seguridad³⁷, indicadores³⁸, guías de práctica clínica³⁹, registros de buenas prácticas⁴⁰ y de acontecimientos adversos⁴¹, con el asesoramiento de sociedades científicas y expertos del sector, sin perjuicio de las actuaciones que pudieran llevar a cabo las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias. Además, podrá promover convenios con instituciones científicas para elaborar o gestionar los elementos de dicha infraestructura de calidad.

En definitiva, la labor fundamental de la Agencia de Calidad es la gestión de la calidad. Para ello, debe hacer frente a necesidades comunes tanto de información como de formación e investigación en las siguientes áreas de actuación:

a) El sistema sanitario, con múltiples actores y localizaciones, requiere contar con indicadores, estándares, normas y criterios consensuados y valida-

³⁶ *Creada por el RD 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, derogado por el RD 1555/2004, de 25 de junio, que establece la estructura actual del Departamento de Sanidad. En éste queda configurada con el nivel orgánico de Dirección General y se le asignan como principales funciones: la elaboración del informe anual sobre el estado del Sistema Nacional de Salud y la realización de estudios comparativos de los servicios de salud de las comunidades autónomas en el ámbito de la organización, la provisión de los servicios, la gestión sanitaria y los resultados; difundir estudios sobre los servicios de salud del Sistema Nacional de Salud, así como la recopilación de información sobre reformas sanitarias en países europeos.*

³⁷ *Las normas de calidad y seguridad son las que contendrán los requerimientos que deben guiar los centros y servicios sanitarios para poder realizar una actividad sanitaria de forma segura (art. 59.1.a)).*

³⁸ *Los indicadores son elementos estadísticos que permitirán comparar la calidad de diversos centros y servicios sanitarios de forma homologada, ajustada al riesgo y fiable (art. 59.1. b)).*

³⁹ *Las guías de práctica clínica y de práctica asistencial son descripciones de los procesos por los cuales se diagnostica, trata o cuida un problema de salud (art. 59.1. c)).*

⁴⁰ *El registro de buenas prácticas recogerá información sobre aquellas prácticas que ofrezcan una innovación o una forma de prestar un servicio mejor a la actual (art. 59.1. d)).*

⁴¹ *El registro de acontecimientos adversos recogerá información sobre aquellas prácticas que hayan resultado un problema potencial de seguridad para el paciente (art. 59.1. e)).*

dos científicamente. La Agencia promoverá la utilización de normas, indicadores y estándares de calidad en el sector sanitario, para su aplicación en las diferentes organizaciones, centros y servicios sanitarios, tanto públicos como privados.

b) La Agencia debe apoyar la gestión clínica. El desarrollo continuo de la calidad y la medicina basada en la evidencia, contribuyen a la utilización más efectiva de las intervenciones diagnósticas y curativas, así como a la reducción de los gastos innecesarios en relación con los procedimientos y los productos farmacéuticos. Por ello, fomentará la utilización de guías clínicas y de cuidados, el registro de buenas prácticas y el registro de acontecimientos adversos. Además, aportará información y herramientas metodológicas a los profesionales sanitarios, para facilitarles las capacidades necesarias para servir de agentes activos en este proceso, y proporcionarles los medios para evaluar la calidad y los resultados de su trabajo clínico, y facilitará información y herramientas metodológicas para la gestión de la calidad en las organizaciones sanitarias y extenderá esta información en formatos útiles y entendibles que faciliten la toma de decisiones a niveles clínicos, de gestión y de autoridades sanitarias.

c) La Agencia de Calidad fomentará la evaluación externa y periódica de la calidad y la seguridad de los centros y servicios sanitarios mediante estrategias de apoyo, facilitación e incentivación a los profesionales y organizaciones sanitarias. Los sistemas de evaluación sanitaria estatales y autonómicos constituyen un requisito previo para el desarrollo y seguimiento de políticas sanitarias efectivas, eficientes y equitativas. La evaluación determinará si se han alcanzado los objetivos previstos, y cuáles son las cuestiones que requieren una atención adicional.

d) La Agencia apoyará al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en la elaboración del Plan de Calidad del Sistema Nacional de Salud, que coordine y promueva la comunicación y gestión de la calidad. Este Plan contendrá las recomendaciones de calidad prioritarios para el período correspondiente.

El Observatorio del Sistema Nacional de Salud⁴², por su parte, es el órgano encargado de proporcionar un análisis permanente del Sistema Nacional de Salud en su conjunto, mediante estudios comparados de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la organización, provisión de los servicios, gestión sanitaria y resultados. Para ello, deberá realizar anualmente un informe sobre el estado del Sistema Nacional de Salud⁴³.

En un sistema sanitario como el nuestro, caracterizado por la descentralización sanitaria, resulta fundamental disponer de un instrumento que facilite la comunicación y el intercambio de conocimientos entre políticos, profesionales, académicos y ciudadanos. En este sentido, el Observatorio pretende, por un lado, contribuir a la difusión de las buenas prácticas de política sanitaria, de tal modo que se facilite a cada Comunidad Autónoma la posibilidad de adoptar experiencias iniciadas o puestas en práctica en otros territorios y, por otro lado, advertir de los riesgos que dichas reformas entrañan, reduciendo la posibilidad de incurrir en costes evitables. La diversidad natural que implica la existencia de un Estado descentralizado multiplica la aparición de innovaciones que deben ser objeto de análisis y posteriormente difundidas al conjunto del Sistema Nacional de Salud.

5.- La integración de la acción y las políticas públicas

5.1. La coordinación: El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud

La coordinación general sanitaria queda consagrada en el art. 149.1.16ª CE como una competencia exclusiva del Estado. Por ello, la Ley General de Sanidad establece que la coordinación general sanitaria incluirá (art. 70.2): a) el establecimiento con carácter general de índices o criterios mínimos básicos

⁴² Se creó por Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, derogado por el Real Decreto 1555/2004, de 25 de junio, por el que se establece la estructura actual del Ministerio de Sanidad y Consumo. En éste se configura como una Subdirección General que depende de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud.

⁴³ Desde su creación podemos destacar la elaboración del Informe de Situación de Salud Mental, publicado el 11 de noviembre de 2003 en la página web del Ministerio de Sanidad y Consumo (www.msc.es).

y comunes para evaluar las necesidades de personal, centros o servicios sanitarios, el inventario definitivo de recursos institucionales y de personal sanitario y los mapas sanitarios nacionales; b) la determinación de fines u objetivos mínimos comunes en materia de prevención, protección, promoción y asistencia sanitaria; c) el marco de actuaciones y prioridades para alcanzar un sistema sanitario coherente, armónico y solidario, y d) el establecimiento con carácter general de criterios mínimos básicos y comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios.

Para cumplir esta función estatal, la Ley General de Sanidad impone al Estado la aprobación de los criterios generales de coordinación que deben ser tenidos en cuenta por las Comunidades Autónomas en la formulación de sus Planes de salud y de sus presupuestos anuales (art. 70.4). Asimismo, para la mayor eficacia y rentabilidad de los servicios sanitarios, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán constituir comisiones y comités técnicos, celebrar convenios y elaborar programas en común (art. 48).

La coordinación de todos los servicios sanitarios públicos, por su parte, se configura en la Ley General de Sanidad como característica fundamental del Sistema Nacional de Salud (art. 46.c)). Para el desempeño de esta función la Ley creó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (artículo 47), órgano permanente de comunicación e información de los distintos Servicios de Salud, entre ellos y con la Administración estatal, al que atribuyó, esencialmente, la función de coordinar, entre otros aspectos, las líneas básicas de la política de adquisiciones, contrataciones de productos farmacéuticos, sanitarios y otros bienes y servicios, y la política de personal, además de diversas funciones en materia de planificación.

Este órgano, integrado por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración del Estado, y presidido por el Ministro de Sanidad y Consumo, funcionaba en Pleno y en Comisiones, Ponencias y Grupos de Trabajo. Además, vinculado al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Sa-

lud, la Ley General de Sanidad creó un Comité Consultivo integrado por el mismo número de representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y por los de aquellas asociaciones de consumidores y usuarios que al objeto propusiera el Consejo de Consumidores y Usuarios y, paritariamente con todos los anteriores, por representantes de las Administraciones Públicas presentes en el Consejo Interterritorial y designados por éste.

No obstante, aunque la Ley General de Sanidad de 1986 recogía la coordinación y la cooperación como funciones imprescindibles en un Sistema Nacional de Salud descentralizado y armónico, y preveía mecanismos de carácter general a tal fin –como el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, los convenios interadministrativos, los Planes de Salud y los criterios generales de coordinación–, lo cierto es que los objetivos de integración que tales mecanismos perseguían no se consiguieron de una manera adecuada. Por razones diversas. En primer lugar, la composición y funcionamiento del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud previstos por dicha Ley impedía que se convirtiera en el órgano fundamental del Sistema y encargado

Por otra parte, los criterios generales de coordinación no han sido aprobados por el Estado en el sentido establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de su vertebración funcional^{44,45} que equipara la coordinación con las bases en cuanto a su formalización, por lo que la existencia y exigibilidad de esos criterios precisaría su aprobación por órgano competente y su ulterior publicación en diario oficial, algo que sigue sin producirse. Por lo demás, tampoco se ha producido la aprobación del Plan Integral de Salud, previsto como el conjunto de Planes

⁴⁴ De ahí, el interés que sobre este órgano ha mostrado la doctrina. Por ejemplo, SALA ARQUER, J.M. y VILLAR ROJAS, F. “Análisis de la cooperación en un sector determinado: la sanidad pública”. *Revista de Derecho y Salud*, Vol. 10, Núm. 1, Enero-Junio, 2002; TORNOS MÁZ, J. “El Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Derecho y Salud*, volumen 10, núm. 1, 2002, y BELTRÁN AGUIRRE, J.L. “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación Interterritorial: fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Derecho y Salud*, volumen 10, núm. 2, 2002, y “Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Derecho y Salud*, volumen 11, núm. 2, 2003.

⁴⁵ *Stc. 32/1983, de 28 de abril, Fj. 2º.*

tanto estatales como autonómicos y que, recogiendo los criterios generales de coordinación, sería el máximo instrumento de planificación coordinada entre todas las Administraciones públicas sanitarias.

Por todo ello, buena parte de la cooperación y coordinación a lo largo de los últimos años, más de 16 tras la Ley General de Sanidad, se vino llevando a cabo al margen de dichos mecanismos legales y de una manera en cierto sentido informal. De ahí que, en consecuencia, y de manera acuciante tras la culminación de la descentralización sanitaria en diciembre de 2001, se hiciera imprescindible la búsqueda de un nuevo modelo que garantizara un funcionamiento cohesionado del Estado y las Comunidades Autónomas en materia sanitaria, la modernización del Sistema Nacional de Salud que el entorno exigía, y el disfrute por los ciudadanos de un servicio sanitario público de calidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso al mismo independientemente del lugar de su residencia.

A esa necesidad intenta responder la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003 (no hay que olvidar que en sus borradores llevaba el título de Ley de “Coordinación Sanitaria”), cierto que con mucha distancia entre la gran virtualidad que a dicha coordinación le otorga su Exposición de Motivos, al recoger la finalidad y los objetivos de la Ley, y las concretas previsiones de su articulado sobre dicha coordinación sanitaria, donde el entusiasmo por parte del legislador resulta mucho menos palpable. En todo caso, y con tal propósito, configura –desde una perspectiva renovada– el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y la Alta Inspección como los ejes sobre los que girará tanto la coordinación como la cooperación de las Administraciones sanitarias públicas, siendo además, en todo caso, la regulación de la coordinación y la cooperación como ejes fundamentales del Sistema Nacional de Salud para garantizar así la existencia de un sistema sanitario público cohesionado y de calidad, el elemento central de la Ley de Cohesión y Calidad.

En este sentido, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud define el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como

órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información. Parece con ello haber optado por una configuración funcional de este órgano mucho más ambiciosa que la hasta ahora vigente (el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se definía en la Ley General de Sanidad como órgano tan sólo coordinador entre las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado, y en el proyecto de la propia Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud como órgano sólo de cooperación).

Pues bien, resulta claro que el cambio textual operado por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud en la definición del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la precedente definición por la Ley General de Sanidad, responde a su voluntad de ajustar el protagonismo del mismo que se pretende, a una definición estricta de los principios de integración funcional concernidos y que ahora específicamente se enumeran como la base de acción de dicho Consejo. Por tanto, con una precisión técnica que supera los equívocos precedentes tanto de la Ley General de Sanidad, que reconducía la acción del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud tan sólo a la coordinación –mal entendida–, como del propio Tribunal Constitucional, incurso en el mismo equívoco⁴⁶.

El protagonismo que ahora se pretende para el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se reconoce asimismo en la composición de dicho Consejo establecida por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (art. 70), comparada con lo dispuesto en la Ley General de Sanidad. Ahora estará integrado por el Ministro de Sanidad y Consumo, que lo presidirá, los Consejeros competentes en materia de sanidad de las Comunidades Autónomas y un secretario, que será un representante del Ministerio de Sanidad y Consumo, sin

⁴⁶ El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 32/1983, de 28 de abril y 42/1983, de 20 de mayo, establecía que “la coordinación sanitaria general debe ser la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta de las Administraciones públicas sanitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del Sistema Nacional de Salud”.

perjuicio, de que cuando sea necesario se puedan incorporar representantes del Estado o de las Comunidades Autónomas afectadas.

Por otra parte, y bajo el mismo designio, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003 precisa el elenco de funciones que debe ejercer el Consejo y que, recogidas en su artículo 71, son clasificadas por el legislador en cuatro grupos: a) funciones esenciales en la configuración del Sistema Nacional de Salud; b) funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el Sistema Nacional de Salud; c) funciones de coordinación del Sistema Nacional de Salud; y d) funciones de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En todo caso, la densa sistemática y la casuística de la Ley en la ordenación de las funciones del Consejo decae ante el problema de la ubicación de cada una de las competencias del Consejo en uno u otro de tales grupos específicos de funciones (y de los principios funcionales a que respectivamente responden). Lo que, en concreto, suscita el problema de cómo y con qué alcance tiene que funcionar el Consejo en el ejercicio de cada una de sus competencias. Por ejemplo, la aprobación de los planes integrales se encuentra dentro del primer grupo, es decir dentro de las funciones esenciales en la configuración del Sistema Nacional de Salud, y siendo así, ¿el Consejo funcionará a ese respecto como órgano de coordinación, cooperación, comunicación o información?

Esto unido a la ausencia del carácter vinculante de sus decisiones, que no hace otra cosa que restar fuerza al papel del Consejo dentro del Sistema Nacional de Salud, la no publicación de sus actos, la creación por el legislador de una nueva fórmula jurídica de adopción de acuerdos por consenso —que nadie sabe muy bien qué significa—, cuando lo correcto jurídicamente sería un sistema de mayorías o unanimidad, etc., nos lleva a plantearnos seriamente para qué sirve el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, pues tal y como lo ha regulado el legislador, parece que su existencia tiene una importancia relativa, y difícilmente va a servir para conseguir un sistema sanitario público armónico, cohesionado y de calidad. Más bien provoca una situación inversa: el bloqueo del funcionamiento del Consejo por la falta de interés de una parte significativa de la

representación autonómica. Es lo que se está produciendo en las últimas sesiones plenarios del Consejo: el abandono del Pleno por representantes autonómicos, llegándose a celebrar el mismo con tan solo ocho miembros, motivado sólo y exclusivamente por cuestiones políticas⁴⁷

En consecuencia, a nuestro juicio, y bajo la actual configuración del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, su operatividad para la cohesión del Sistema Nacional de Salud es, más que relativa. Sobre esta base pueden quedar justificadas las siguientes consideraciones.

En el contexto de un Sistema Nacional de Salud totalmente descentralizado que sólo reserva al Estado las bases de la sanidad, la coordinación general y la Alta Inspección, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud debería constituirse como el fundamental órgano directivo del Sistema Nacional de Salud, y en consecuencia residir en él la competencia estatal de coordinación sanitaria, dando carácter ejecutivo a sus decisiones y entendiendo la Alta Inspección como órgano que garantice la igualdad de los ciudadanos y la cohesión del Sistema sanitario. Entendemos que ello es no sólo conveniente sino necesario, porque la “coordinación general sanitaria” es una competencia formal, de carácter horizontal y no jerárquica o de supremacía, que, por tanto, es fruto de la voluntad común de todas las Administraciones responsables en la materia⁴⁸.

Sea como fuere, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud debería tener una regulación institucional propia y definida, pues estamos

⁴⁷ Vid. *Revista Diario Médico* de 5 de diciembre de 2003 y de 16 de junio de 2004.

⁴⁸ De hecho, así lo recoge la propia Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud en otros aspectos de su regulación. Por ejemplo, el artículo 65 regula la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública y dispone que dicha declaración corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, obligando a todas las partes incluidas en la misma. Así pues, parece que la decisión de actuación coordinada verdaderamente la toma el Consejo Interterritorial, correspondiendo al Ministerio únicamente formalizarla, y que esa decisión del Consejo vincula y obliga a todas las Comunidades Autónomas afectadas por la declaración. Lo mismo sucede en los artículos 25 y 27, si bien en ellos no se trata de acciones de “coordinación general” sino de fijación de normativa básica a efectos de definir un contenido cualitativo mínimo de las prestaciones y servicios sanitarios.

ante un órgano estatal en el que se concreta la función de coordinación general que pertenece al Estado. Esto significa que ha de ejercer funciones propias de coordinación que no podrían atribuirse a una Conferencia Sectorial⁴⁹. Por tanto, debe configurarse como un órgano de ámbito estatal de naturaleza mixta político-administrativa, un órgano estatal, no un órgano de la Administración estatal, por tanto, no adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, ello, obviamente, sin perjuicio de que reciba toda la asistencia técnico-administrativa necesaria de dicho Ministerio, concretamente a través de la Secretaria del Consejo, en el caso de que se incorporara como órgano de cabecera a una eventual personificación jurídico-pública de la organización del Sistema Nacional de Salud. Esta regulación, que debería hacerse mediante Ley “ad hoc”, habría de ser específica y propia, precisando su composición, funciones y alcance de sus acuerdos.

Si esto es así, si atribuimos al Consejo el ejercicio real de las funciones de “coordinación general sanitaria”, los acuerdos deberían adoptarse por mayoría cualificada mediante un sistema de voto ponderado según criterios objetivos aceptados por todos, para finalmente vincular a todas las Administraciones sanitarias y a la Administración General del Estado en el ejercicio de sus competencias normativas, pues no debemos olvidar que el Estado ya no está en una posición superior con respecto a las Comunida-

des Autónomas, sino que es uno más que tiene que autoorganizarse.

En concreto, el alcance de los acuerdos adoptados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, podría sintetizarse del siguiente modo: En primer lugar, debemos diferenciar aquellas funciones propias de la coordinación general sanitaria, tales como lo relativo al Sistema de información sanitaria; la homogeneidad técnica en determinados ámbitos; las acciones conjuntas o de objetivos mínimos comunes sobre promoción, prevención o restauración de la salud, etc., de aquellas como la consulta, información, asesoramiento, evaluación, etc., que evidentemente quedan fuera del ámbito de la coordinación general sanitaria. Para estas últimas, debería regir un régimen de mayorías para la adopción de los acuerdos. En cambio, cuando se trate del ejercicio de las funciones de coordinación sanitaria, tendríamos que distinguir varios supuestos:

a) Que el acuerdo sea adoptado por unanimidad.

En este caso, no debe haber ningún problema para que vincule a todas las partes, y en consecuencia debe publicarse en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial de las Comunidades Autónomas⁵⁰.

b) Que el acuerdo no alcance la unanimidad. En este supuesto diferenciaríamos si la decisión a tomar versa sobre un asunto de interés común y general que requiere su implantación en todo el territorio nacional o se trata de actuaciones no imprescindibles. En el primer caso, el acuerdo adoptado por mayoría cualificada debe vincular a todas las Comunidades Autónomas sin excepción⁵¹. En cambio, si estamos

⁴⁹ *Que es la naturaleza jurídica que parece atribuirse al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Pues, por ejemplo, la intención de la Ley de Cohesión y Calidad es que siga en gran medida acomodándose al régimen de las Conferencias Sectoriales según se establece para estos órganos multilaterales de cooperación sectorial en el artículo 5 de la LRJ-PAC. Así lo interpreta la propia Dirección General de Cohesión y Alta Inspección del Ministerio de Sanidad y Consumo: “Actualmente, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, reúne unas características similares a las Conferencias Sectoriales, si bien en este caso –como en el del Consejo de Política Fiscal y Financiera y en el del Consejo General de la Ciencia y la Tecnología– hay una Ley estatal que lo regula, en base a la competencia de coordinación sanitaria que ostenta el Estado” (Vid. www.msc.es/consejo/info_general/aspectosgenerales). Además, el Reglamento de Funcionamiento del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, aprobado en la sesión plenaria del 23 de julio de 2003, establece en su artículo 1.2: “En lo no previsto en el presente Reglamento el Consejo se regirá por lo dispuesto, en materia de órganos colegiados por el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.*

⁵⁰ *En este supuesto, BELTRÁN AGUIRRE apunta además su formalización con la denominación de Convenio del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y según el ámbito de lo acordado, se debería instrumentalizar cuando sea necesario en norma de rango adecuado, si bien, en la medida en que ha de entenderse que tales acuerdos nunca pueden comprometer a las Cortes Generales, cuando hayan de plasmarse en norma con rango de ley tendrían el valor de propuestas. Y en el ámbito autonómico, el Convenio cumpliría un papel similar a las Directivas europeas. “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: fundamentos del Sistema Nacional de Salud”. Revista Derecho y Salud, Vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, 2002.*

⁵¹ *Esto puede provocar reticencias por parte de las Comunidades Autónomas, pero si ellas consideran que las actuaciones sanitarias acordadas por el Consejo no responden realmente a la coordinación general sanitaria, y en consecuencia, supone una vulneración de su autonomía y ámbito competencial, siempre podrán acudir al Tribunal Constitucional mediante un conflicto de competencias.*

ante un acuerdo que no afecta al interés general sólo vincularía a las partes firmantes.

Sea como fuere, la cuestión es que el legislador no ha querido o no se ha atrevido –quizás por el grado de descentralización sanitaria alcanzado, no comparable con ningún otro ámbito del sector público-, a otorgar al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el protagonismo que le corresponde mediante la atribución de la competencia de coordinación general sanitaria. Por tanto, estamos ante un órgano con una operatividad restringida, y que al estar excesivamente politizado, no puede cumplir con la garantía de un Sistema Nacional de Salud, que atienda en condiciones de igualdad material y eficazmente a los ciudadanos.

5.2 La planificación

La Ley General de Sanidad concibe el Sistema Nacional de Salud como una organización asistencial ordenada, entre otros principios, por el de planificación. La función de planificación corresponde, básicamente, a las Comunidades Autónomas y se cierra, a nivel estatal, en el Plan Integrado de Salud.

Las referencias legales a los sistemas y actividades de planificación son muy amplias. Algunas están orientadas al establecimiento de índices o criterios mínimos⁵², pero la mayoría, sin embargo, se dirigen al establecimiento de Planes de salud, bajo distintas modalidades: planes de salud del Estado o de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, en los que se preverán las inversiones y acciones necesarias a desarrollar anual o plurianualmente y Planes de salud conjuntos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque cuando éstos impliquen a todas las Comunidades Autónomas, se formularán en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud⁵³.

⁵² Así, el artículo 70.2. a): “La coordinación general sanitaria incluirá el establecimiento con carácter general de índices o criterios mínimos básicos y comunes para evaluar las necesidades de personal, centros o servicios sanitarios...”, y el artículo 70 apartados 3 y 4 que establecen que una vez aprobados por el Estado los criterios generales de coordinación sanitaria deberán remitirse a las Comunidades Autónomas, para que sean tenidos en cuenta por éstas en la formulación de sus planes de salud y de sus presupuestos anuales.

⁵³ Artículo 70.1 y 71.1 respectivamente de la Ley General de Sanidad.

Tanto unos (Planes de Salud) como otros (Planes de Salud conjuntos) se integran en el Plan Integrado de Salud que recogerá en un documento único los planes estatales, los planes de las Comunidades Autónomas y los planes conjuntos. El Plan Integrado de Salud es competencia de la Administración General del Estado (Ministerio de Sanidad y Consumo). No obstante, a efectos de su elaboración, las Comunidades Autónomas deben remitir los proyectos de planes aprobados por los organismos competentes de las mismas, para, una vez comprobada la adecuación de los Planes de salud de las Comunidades Autónomas a los criterios generales de coordinación (que previamente debe haber aprobado el Estado), la Administración estatal sanitaria confeccione el Plan integrado de salud, que deberá tener en cuenta también los criterios generales de coordinación. Este Plan se entenderá definitivamente formulado una vez que tenga conocimiento del mismo el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que podrá hacer las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes, si bien corresponde al Gobierno la aprobación definitiva de dicho Plan.

Además, la Ley General de Sanidad recoge la posibilidad de elaborar y aprobar (por el Consejo de Dirección del Área de Salud) Planes de salud de las Áreas de Salud que cuenten con una población entre 200.000 y 250.000 habitantes, siempre, dentro de las normas, directrices y programas generales establecidos por la Comunidad Autónoma respectiva⁵⁴.

Esta actividad planificadora diseñada por la Ley General de Sanidad se ha visto ampliada por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Ésta, en efecto, regula, dentro del capítulo VI de la Ley, dedicado a la Calidad, los Planes de calidad del Sistema Nacional de Salud (art. 61) –sin perjuicio de las competencias autonómicas de planificación sanitaria y de organización de los servicios-, que han de contener los objetivos de calidad para el periodo correspondiente. Los elaboran periódicamente el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el seno del Consejo Interterritorial del Siste-

⁵⁴ Artículos 58.3.e); 59.3.b) y 60.3) de la Ley General de Sanidad.

ma Nacional de Salud, de cuyo cumplimiento, el Ministerio de Sanidad debe dar cuenta en el Senado, como cámara de representación territorial.

Igualmente, la Ley prevé en su Capítulo VII la elaboración conjunta de Planes integrales de salud (art. 64) por parte del Ministerio de Sanidad y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas –a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y sin perjuicio de las competencias de planificación y organización sanitaria de éstas- en relación con ciertas patologías consideradas como prevalentes, relevantes o que supongan una especial carga sociofamiliar, garantizando una atención sanitaria integral, que comprenda su prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

Por lo demás, se regula también, el Plan de cooperación y armonización de actuaciones en el ámbito de la salud pública (art. 66), que, aunque el legislador no lo define expresamente, es un mecanismo de planificación sanitaria para garantizar la cooperación entre las Administraciones autonómicas y locales, y cuya finalidad es promover actividades que complementen las realizadas por dichas Administraciones públicas.

5.3 La participación

La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud articula la participación de los ciudadanos y de los profesionales en el Sistema Nacional de Salud, a través del denominado Consejo de Participación Social del Sistema Nacional de Salud, órgano dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo⁵⁵ y que se configura legalmente como cauce de comunicación permanente entre las Administraciones públicas sanitarias, los profesionales y las sociedades científicas, las organizaciones sindicales y empresariales y los consumidores y usuarios. Su forma de actuación no responde, sin embargo a un

criterio unitario, pues, puede actuar, bien como Comité Consultivo, bien como Foro Abierto o como Foro Virtual.

El Comité Consultivo es el órgano, dependiente del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, mediante el cual se hace efectiva la participación social en el Sistema Nacional de Salud de manera permanente, y se ejerce la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales (art. 67.2). Sus funciones son informar, asesorar y formular propuestas sobre materias que resulten de especial interés para el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud y, en cualquier caso, las siguientes: a) los proyectos normativos que afecten a las prestaciones sanitarias, su financiación y el gasto farmacéutico; b) los planes integrales de salud, cuando sean sometidos a su consulta; c) las disposiciones o acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que afecten directamente a materias relacionadas con los derechos y deberes de los pacientes y usuarios del sistema sanitario; d) los proyectos de disposiciones que afecten a principios básicos de la política del personal del Sistema Nacional de Salud, y e) cuantas otras materias le atribuya el Consejo Interterritorial.

El Comité Consultivo, además, debe recibir los anteproyectos de Ley y los proyectos de disposiciones generales en materia sanitaria elaborados por la Administración General del Estado, así como los informes anuales sobre el estado del Sistema Nacional de Salud, los análisis y estudios que se elaboren sobre las prestaciones sanitarias que se remitan al Consejo Interterritorial, y debe formular, por iniciativa propia o del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, propuestas de cuantas medidas estime oportunas acerca de la política sanitaria.

El Foro Abierto de Salud, por su parte, se debe constituir, con carácter temporal, a convocatoria del Ministro de Sanidad y Consumo, para el estudio, debate y formulación de propuestas sobre temas específicos que en un determinado momento tengan impacto en el Sistema Nacional de Salud. En él pueden participar las organizaciones, consejos, sociedades o asociaciones que en cada momento se determine según la materia a tratar. Por lo demás, el Foro

⁵⁵ Resulta bastante llamativo que ni en el RD 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura del Ministerio de Sanidad y Consumo para adecuarla a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, ni en el RD 1555/2004, de 25 de junio, por el que se establece la estructura actual de dicho Ministerio, no aparezca ninguna referencia al Consejo de Participación Social del Sistema Nacional de Salud, cuando la propia Exposición de Motivos de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud recoge su dependencia a dicho departamento ministerial.

virtual es el instrumento de participación a través de la red informática.

Con independencia de todo ello, es preciso destacar que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud habilita a las Administraciones públicas sanitarias para crear redes que generen y transmitan conocimientos científicos y favorezcan la participación social en las materias de su competencia (art. 68). Se trata, en definitiva, de crear plataformas de difusión de la información, intercambio de experiencias o apoyo a la toma de decisiones a todos los niveles del Sistema Nacional de Salud. De este modo, en relación con la Administración General del Estado, la Ley impone al Ministerio de Sanidad y Consumo la obligación de crear una infraestructura de comunicaciones que permita el intercambio de información y promueva la complementariedad de actuaciones en las siguientes materias, entre otras: a) información, promoción y educación para la salud; b) cooperación internacional; c) evaluación de tecnologías sanitarias; y d) formación en salud pública y gestión sanitaria.

En cualquier caso, todas las Administraciones públicas sanitarias deben apoyar la participación en estas redes de organismos internacionales, nacionales, autonómicos, locales o del tercer sector.

IV. Realidad e insuficiencias de la configuración del Sistema Nacional de Salud en la actualidad

El Sistema Nacional de Salud, a pesar de todos sus defectos y carencias, constituye, en su diseño – por sus objetivos, contenido, alcance y extensión- y también no en escasa medida en la práctica, la expresión del mejor servicio público de nuestro sector público de fin de siglo, pues ha logrado reunir las características esenciales indispensables para ofrecer sus prestaciones a todos los ciudadanos, con equidad y solidaridad, con un nivel aceptablemente alto de calidad, y a un coste razonable respecto a la riqueza nacional. Lo que no quiere decir –como ahora veremos- que no presente muchos problemas.

Digamos, en todo caso, que lo más paradójico del debate político sobre la sanidad en España es que, siendo tan reales los problemas del Sistema

Nacional de Salud, el discurso sanitario esté tan dominado por temas que, más que sus problemas, constituyen, por el contrario, sus rasgos más positivos y los activos fundamentales del sistema sanitario público: como la financiación de la asistencia sanitaria a través de impuestos, la cobertura universal de la misma, la provisión predominantemente pública, y unas prestaciones que dan acceso a todos los servicios de la medicina moderna sin coste para el paciente. Todos estos rasgos son extraordinariamente positivos, y sobre ellos es posible organizar y gestionar un Sistema Nacional de Salud moderno, eficiente, equitativo y de excelente nivel de calidad.

1.- Problemas del Sistema Nacional de Salud

Pero dicho esto, nuestro Sistema Nacional de Salud presenta en la actualidad diversos tipos de insuficiencias y problemas, comunes a todos los sistemas sanitarios del mundo, sea cual sea su modelo sanitario, y otros propios y específicos del sistema sanitario español. Así, las tensiones del crecimiento del gasto sanitario, los retos de adecuar la práctica clínica a la evidencia científica, los desafíos de las nuevas tecnologías, las expectativas crecientes de la población, etc., y como tales, comprometen seriamente la eficiencia del Sistema Nacional de Salud, pueden deslegitimarle ante la población a la que sirven, y deterioran su equidad.

Estos problemas del Sistema Nacional de Salud –resultado de su progresiva configuración a lo largo de más de 50 años, y de la ausencia de auténticas reformas estructurales en los últimos y más recientes tiempos- ofrecen en todo caso unas características que no tienen comparación posible con otros sistemas sanitarios europeos de provisión pública⁵⁶ similares. En efecto, los problemas de nuestro sistema sanitario público están todos relacionados entre sí en una compleja red de causas y efectos, y aunque su diferenciación pueda ser tan arbitraria y problemática como la priorización de su importancia, aún así, podríamos concluir que en la actualidad los tres problemas estructurales más importantes del Sistema Nacional de Salud son:

⁵⁶ Reino Unido y países nórdicos, por ejemplo.

1. La insatisfacción de la población.
0. Su inadecuado marco organizativo y de gestión.
0. Disfunciones en la definición y coordinación global del Sistema Nacional de Salud.

Inmediatamente después vendrían otros problemas más específicos, como los desafíos relacionados con la calidad y la efectividad de la práctica clínica, la atención a los ancianos y pacientes crónicos, la financiación específica de esta última⁵⁷, etc.

La insatisfacción de la población con los servicios del Sistema Nacional de Salud es quizás el dato primario más importante, pues resume y es consecuencia de casi todos los demás problemas. Se manifiesta en las encuestas y da lugar a que los ciudadanos que pueden hacerlo –los funcionarios y otras "élites" del mundo laboral- elijan otras alternativas asistenciales bajo cobertura pública⁵⁸. Las listas de espera, la escasa cultura de servicio, que se manifiesta en información deficiente a los pacientes/familiares, trato poco personal, arbitrariedades organizativas, mobiliario y mantenimiento descuidado, deficiencias de la atención primaria a domicilio, y, en general, la ausencia de atención a los detalles del servicio, son parte de este problema. Aspectos todos éstos que, aunque vinculados a la masificación de un servicio de cobertura universal, no tienen por qué derivar sin más de este dato sino de la inadecuada organización y gestión del mismo.

Ese inadecuado marco organizativo y de gestión de los centros y servicios del Sistema Nacional de Salud, constituye, sin duda alguna, un problema fundamental de la sanidad española. Contrariamente a lo que sucede en otros países con larga tradición de

sanidad pública, en España las instituciones del Sistema Nacional de Salud son parte muy poco diferenciada de la Administración Pública general en la que se integran o de la que dependen, cuando la Administración pública general –necesitada como tal, por otra parte, de profundas reformas- incluso donde ésta es más modélica, no es la ubicación adecuada para una actividad tan compleja y específica como son los servicios sanitarios modernos.

Aspecto crucial de esta situación es la ausencia de un marco jurídico adecuado, tanto para los centros sanitarios individuales como para los entes de los que forman parte (Instituto Nacional de Gestión Sanitaria –INGESA- y Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas), y es que lo específico de la sanidad pública, su importancia social, política y económica, requiere, más que un difícil acomodo a fórmulas jurídicas pensadas para otros objetivos, la realización de un "traje legal a medida" diseñado de acuerdo con sus necesidades y sujeto a revisiones periódicas, según sea necesario. Las necesarias reformas de la organización y gestión del Sistema Nacional de Salud –y antes las de su marco jurídico- debieran en este sentido centrarse en especial, y con cierta urgencia, en los hospitales y sus formas de gobierno, así como en la reordenación de los servicios de atención primaria, los dos niveles operativos en los que son atendidos los pacientes.

Éstos y otros problemas del Sistema Nacional de Salud no son, es obvio, recientes. Vienen de antiguo y en no poca medida surgen porque las viejas estructuras de organización y gestión heredadas, que no sirven para los nuevos tiempos, en lo esencial no se han reformado. Son pues precisos cambios estructurales profundos en estos apartados que no se dieron con la Ley General de Sanidad, ni posteriormente con Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

2.- El Sistema Nacional de Salud y su implantación parcial

La Ley General de Sanidad definió –y define- un modelo sanitario en el que quedan integradas todas las estructuras y servicios públicos al servicio

⁵⁷ *Intencionadamente no se incluye la financiación sanitaria entre los problemas más prioritarios del Sistema Nacional de Salud, por considerar que una vez que el Sistema Nacional de Salud está financiado por impuestos y que tiene un nivel aceptable de suficiencia, la dotación de recursos para el Sistema Nacional de Salud y su distribución territorial es más un tema general de política fiscal y autonómica que de política sanitaria. Además, las reformas estructurales que con más urgencia precisa el Sistema Nacional de Salud son independientes de su financiación.*

⁵⁸ *Más del 85% de los funcionarios de MUFACE y MUGEJU eligen ser atendidos fuera del sistema sanitario público.*

de la salud⁵⁹. Asimismo, en lo funcional, dicho modelo asume todas aquellas actuaciones que permiten hacer efectivo el derecho constitucional a la protección de la salud, lo que conlleva actividades tanto de promoción, prevención de la salud, prestación de la asistencia sanitaria, reparadoras, como de salud pública, en general y para sectores o ámbitos concretos de riesgo para la salud individual o colectiva (salud laboral, saneamiento, residuos, alimentos o productos farmacéuticos, entre otros). Este modelo se articula como un Sistema Nacional de Salud en el que todas las Administraciones públicas con competencia en la materia organizan y desarrollan las acciones sanitarias dentro de una concepción integral de la sanidad pública.

En suma, el elemento básico al que responde la configuración del Sistema Nacional de Salud es el de integración, que se manifiesta en dos vertientes: la institucional, como integración de las estructuras sanitarias públicas, y la funcional, como integración de las funciones y actividades. La primera queda reflejada en la definición legal del Sistema Nacional de Salud como “*el conjunto de los servicios de salud de la Administración General del Estado y de los servicios de Salud de las Comunidades Autónomas*”⁶⁰, y la segunda en la afirmación de la Ley General de Sanidad de que “*El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud*”⁶¹. Pero, al mismo tiempo, este principio de integración del sistema sanitario público que inerva el modelo debe articularse de manera compatible con el principio de descentralización territorial al que responde nuestro Estado autonómico. Por ello, la efectiva integración o concentración de las redes sanitarias públicas se produce a nivel territorial de las Comunidades Autónomas, las

cuales deben constituir sus propios Servicios de Salud como organizaciones sanitarias integradas⁶².

Ahora bien, cuando la Ley General de Sanidad de 1986 –que instaura dicho modelo, institucionalizando el Sistema Nacional de Salud– entra en vigor, se dan una serie de circunstancias que impidieron la inmediata puesta en funcionamiento de ese modelo en todo su alcance. En efecto, en 1986 la descentralización sanitaria no era más que una perspectiva de futuro; de ahí que la Ley se refiera ampliamente a los servicios de salud del Estado, cuya gestión de la asistencia sanitaria, asumida por el INSALUD, se extiende más allá de sus competencias exclusivas. Por otra parte, el sistema de financiación sanitaria seguía respondiendo al propio de la Seguridad Social, y por tanto, la sanidad se financiaba de manera mayoritaria por cotizaciones sociales, lo que contradecía el carácter universal de la asistencia sanitaria proclamado por la Ley (art. 3.2). En definitiva, el modelo sanitario ordenado por la Ley General de Sanidad se estableció por ésta con perspectivas de futuro, sin un plazo determinado y con la previsión realista de que la aplicación de la reforma se haría de forma paulatina⁶³.

Por todo ello, el Sistema Nacional de Salud ha estado sometido casi hasta ahora mismo a un régi-

⁶² Así se desprende del artículo 50.1 Ley General de Sanidad al establecer que “*en cada Comunidades Autónomas se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones Ayuntamientos y cualesquiera otras administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma*”.

⁶³ Su Disposición Adicional Sexta dispone que los centros sanitarios de la Seguridad Social quedarán integrados en el Servicio de Salud sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con su Estatuto. En los restantes casos, la red sanitaria de la Seguridad Social se coordinará con el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma.

En su Disposición Transitoria Primera se establece que las Corporaciones Locales que en la actualidad disponen de servicios y establecimientos sanitarios que lleven a cabo actuaciones que en la Ley General de Sanidad se adscriban a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, establecerán de mutuo acuerdo con los Gobiernos de éstas un proceso de transferencia de los mismos.

En el mismo sentido, la Disposición Transitoria Tercera permite la subsistencia del INSALUD en tanto no se haya culminado el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, y la Disposición Final Segunda obliga al Gobierno a la armonización y refundición de las normas recogidas en la misma hasta que los sistemas públicos de cobertura sanitaria queden integrados en el Sistema Nacional de Salud.

⁵⁹ Artículo 44.1 Ley General de Sanidad.

⁶⁰ Artículo 44.2 Ley General de Sanidad.

⁶¹ Artículo 45 Ley General de Sanidad.

men provisional y transitorio, de carácter mixto y asistemático, y parcialmente descentralizado, al corresponder al Estado, a través del INSALUD, la gestión de los servicios sanitarios de manera efectiva en una gran parte del territorio nacional. De ahí, que hasta no hace mucho el Ministerio de Sanidad haya estado más preocupado por la gestión sanitaria (cometido que institucionalmente no le correspondía, salvo en régimen transitorio) que por la coordinación del propio Sistema (su auténtico papel dentro del modelo y el auténtico reto para el futuro).

La propia Ley General de Sanidad preveía que una vez terminado el proceso de traspasos de la asistencia sanitaria a todas las Comunidades Autónomas, el Estado sería el encargado de desempeñar el papel de director y coordinador general del Sistema Nacional de Salud, a través de las competencias exclusivas que constitucionalmente tiene reservadas: sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad, legislación sobre productos farmacéuticos y legislación básica de la Seguridad Social. A lo que debe añadirse el ejercicio de la Alta Inspección, no explícito en el texto constitucional, pero contemplado expresamente en todos los Estatutos de Autonomía y en la propia Ley General de Sanidad.

Pues bien, no ha sido hasta fechas recientes cuando se ha hecho efectiva la culminación del proceso de descentralización sanitaria (a través de los últimos Reales Decretos de traspasos de los servicios, centros y funciones, de 28 y 29 de diciembre de 2001) y la determinación de un nuevo régimen financiero para la sanidad basado en la imposición positiva (Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que establece el actual sistema de financiación autonómica). La descentralización sanitaria general deja de ser así una perspectiva de futuro –como la contempló la Ley General de Sanidad de 1986– para convertirse en un hecho, que consecuentemente debe conllevar que el sistema sanitario funcione en su integridad como tal Sistema Nacional de Salud, y que a tal fin, la cooperación y la coordinación entre las distintas instancias públicas competentes y el Estado, garante último de la cohesión en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, asuman el papel fundamental que lógicamente han de tener en un Sistema así diseñado.

Es lo que pretende afianzar la reciente Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003 en los términos que ya hemos expuestos. Pero, aún así, el peso del diseño tentativo de la Ley General de Sanidad de 1986, sigue lastrando la configuración del Sistema Nacional de Salud, y sin que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud haya ajustado, como hubiera sido necesario, ese diseño y su organización a la plena realidad actual de un sistema sanitario ya plenamente descentralizado, pero necesariamente cohesionado y coordinado, entre otras técnicas dotando al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de mayor operatividad de la que hasta ahora ha sido capaz.

Por otra parte, no ya la adecuada funcionalidad, sino la estricta implantación efectiva del Sistema Nacional de Salud requiere, aún hoy, la definitiva desvinculación de la asistencia sanitaria del Sistema de la Seguridad Social, pues, todavía hoy, la inclusión de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud sigue planteando reticencias. Para empezar, la propia y tan reciente Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud se ha promulgado al amparo, al tiempo, del art. 149.1.16ª -título general de sanidad- y 17ª -régimen de la Seguridad Social- de la CE, y la Ley 29/2001, de 27 de diciembre, modifica el artículo 86.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, para dejar bien sentado que la asistencia sanitaria tiene naturaleza no contributiva, pero que queda incluida en la acción protectora de la Seguridad Social. La asistencia sanitaria se sigue considerando así vinculada al Sistema de la Seguridad Social, cuestión no baladí, pues de la inclusión de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud o en la Seguridad Social se derivan consecuencias totalmente diferentes.

En suma, no se ha modificado, en esencia, en este punto la situación preexistente. Es muy posible que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud al invocar como título competencial el artículo 149.1.17ª CE, y no sólo el 149.1.16ª CE, haya buscado tener un “plus” competencial para garantizar la cohesión sanitaria dentro del marco de descentralización de los servicios sanitarios en el que ya nos encontramos. Pero de lo que no cabe ninguna duda es que todavía hoy, tras casi dos décadas desde

la Ley General de Sanidad de 1986, persiste el asistematismo y la confusión entre el Sistema Nacional de Salud y la Seguridad Social.

3.- Para una reforma del Sistema Nacional de Salud

Como ya hemos dicho, el Sistema Nacional de Salud está asentado al tiempo sobre el principio de integración y el de descentralización territorial. La conjugación de estos dos criterios, en principio antagónicos, exige –toda vez que una integración global estatal formalizada orgánicamente sería incompatible con el principio constitucional de autonomía y las competencias sanitarias de las Comunidades Autónomas- que la efectiva integración o concentración de las redes sanitarias públicas se produzca a nivel territorial de las Comunidades Autónomas, las cuales deben constituir sus propios servicios de salud como organizaciones sanitarias integradas. Pero al Estado corresponde –en garantía de la mínima unidad y uniformidad de los servicios sanitarios, y de la igualdad esencial de todos los ciudadanos en el disfrute del derecho a la protección de la salud-, el ejercicio de poderes normativos básicos y la instrumentación de la coordinación y planificación sanitaria, en particular a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, órgano colegiado sectorial con competencias en el ámbito de la coordinación y planificación de la sanidad.

Sin embargo, el hecho cierto es que nuestro sistema sanitario público muestra dificultades para poder funcionar correctamente en el plano de la coordinación y la planificación. Por ello, para garantizar lo que siempre lo ha caracterizado (la práctica universalidad en las prestaciones sanitarias, la equidad y solidaridad en su reparto), aún con manifiesta posibilidad de mejora en todo ello, el Sistema Nacional de Salud debería sustentar su actuación futura sobre la necesaria mejora de tres elementos claves: la coordinación general sanitaria, la cooperación institucional, y la potenciación del papel del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Es más, para ello quizá resulte imprescindible una redefinición del Sistema Nacional de Salud, que lo adapte –sin eufemismos, en su estricta organización- a los importantísimos cambios que han tenido

lugar desde 1986. Porque el desarrollo de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas derivado de las transferencias sanitarias, ha dotado al conjunto de las estructuras, centros y servicios sanitarios de todo el país de una dimensión y connotaciones bien distintas de las que pudiera tener en 1986, e incluso en 2001. Sin embargo, frente a ello, el Sistema Nacional de Salud sigue siendo en gran medida el concepto –más que la realidad- establecido en la Ley General de Sanidad de 1986, es decir, una entidad no tangible más allá del Ministerio de Sanidad y Consumo, situado teóricamente en su vértice. Una realidad fundamentalmente conceptual y visible orgánicamente sólo en las reuniones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, por otro lado, el órgano más necesitado de reforma, máxime cuando en estos momentos se encuentra en plena crisis, convertido en palestra política. Su manifestación más aguda, en los últimos tiempos, es la negativa de los representantes de las Comunidades Autónomas gobernadas por el partido político en la oposición a acudir a sus convocatorias. Esta situación, que no es nueva, debe llevar a replantearse de manera definitiva su diseño institucional.

En suma, los grandes cambios sanitarios de los últimos años debieran ir también acompañados de la correspondiente adecuación organizativa del Sistema Nacional de Salud. Esta adecuación es fundamental en estos momentos, pues el Sistema Nacional de Salud precisa de una organización propia, eficaz, estable y útil para gestionar la coordinación y cooperación interna del Sistema. Precisamente, la carencia de esa adecuación organizativa del Sistema Nacional de Salud que pueda sustentar la coordinación y gestión de servicios comunes a todos los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, tiene una evidente repercusión para una sanidad pública que va dejando, cada vez más, de ser identificada con la Seguridad Social, pero que carece, a su vez, de otra referencia organizativa de recambio, dado el cierto carácter orgánicamente inarticulado con que el Sistema Nacional de Salud hoy se configura.

Para precisar esta cuestión, conviene distinguamos entre el Sistema Nacional de Salud como estructura prestacional, integrado por el conjunto de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas

mas –y los residuales de las otras Administraciones, como las del Estado, en su caso-, de una parte, y, de otra, la organización del Sistema Nacional de Salud. Conforme a lo primero, el Sistema Nacional de Salud es –debe configurarse- como un sistema único que funcione de manera coherente, armónica y solidaria, pero, claro está, descentralizado, pues, la gestión de la asistencia sanitaria corresponde –conforme a sus competencias- a las Comunidades Autónomas, que asumen la titularidad de sus respectivos Servicios públicos de Salud y prestan la asistencia sanitaria a los ciudadanos en el marco de una amplia autonomía organizativa. Eso si, sin perjuicio del respeto a las competencias del Estado en la materia (normativa básica, coordinación general sanitaria y alta inspección).

Ahora bien, en cuanto a lo segundo, hoy por hoy, esa organización del Sistema Nacional de Salud no pasa de la yuxtaposición en cada Comunidad Autónoma –y el acúmulo resultante a nivel global en el Estado- de la organización de su respectiva Administración Sanitaria y su Servicio de Salud dependiente de ésta, con la sola expresión a nivel estatal, en esencia, del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, un órgano éste caracterizado por el carácter voluntario-cooperativo de sus decisiones derivadas de las representaciones que integra, y claramente insuficiente –por su estructura logística, y aún su propio carácter de mero “lugar de encuentro”-, para lo que el sistema sanitario en su conjunto necesita. Apostamos, pues, por) y con la competencia de coordinación general sanitaria atribuida al Estado. una organización de ámbito estatal, expresiva del Sistema Nacional de Salud en su conjunto, y con fines de coordinación ciertamente, pero estrictamente tal. En hipótesis, a través de una entidad dotada de propia personalidad jurídica (al igual que todos los Servicios autonómicos de Salud que lo componen, y que ya gozan de dicha personalidad⁶⁴

En hipótesis, se trataría de configurar orgánicamente al Sistema Nacional de Salud, como expresión global del entero sistema sanitario –o al menos de la expresión logística-, como una entidad personificada. En principio nada obstaría a que esa entidad fuera una Administración institucional vinculada al Ministerio de Sanidad y Consumo, encargada de la gestión de la competencia estatal de coordinación sanitaria, competencia ejercida en estos momentos por la Dirección General de Cohesión del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad, y bien podría descentralizarse en dicha entidad. Además, para el desarrollo de sus funciones, el Sistema Nacional de Salud ya cuenta con una serie de órganos que, sin embargo, hoy están adscritos al Ministerio de Sanidad (así, el propio Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud; la Agencia de Calidad, el Sistema de Información sanitaria, etc.), órganos que bien podrían integrarse en esa entidad institucional del Sistema Nacional de Salud, como sería el caso de dicho Consejo –por la peculiaridad de su composición y funcionamiento-, como órgano de cabecera de su organización.

En este orden de cosas, aunque el Estado continuaría ejerciendo directamente las competencias sobre sanidad exterior y Alta Inspección, la competencia de coordinación general sanitaria recogida en la CE, titularidad del Estado (y necesaria no sólo en el nivel normativo, sino en el de la programación y la ejecución en la materia sanitaria), se gestionaría por

crita a la Consejería competente en materia sanitaria. El Servicio madrileño de Salud se regula como Ente de derecho público, de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (art. 59 Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid). En la Comunidad Valenciana se crea la Agencia Valenciana de Salud como organismo autónomo, de carácter administrativo, de la Generalitat, adscrito a la Consellería de Sanidad, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (art. 23 Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación sanitaria de la Comunidad Valenciana). El Servicio Gallego de Salud se constituye como un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consellería de Sanidad, que ejerce la dirección y control del mismo (art. 32 Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de ordenación sanitaria de Galicia). Y el Servicio Catalán de la Salud es un ente público de naturaleza institucional, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus finalidades, que queda adscrito al Departamento de Sanidad y Seguridad Social (art. 4 Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria).

⁶⁴ Así, por ejemplo, el Servicio Andaluz de Salud se configura como un organismo autónomo de carácter administrativo adscrito a la Consejería de Salud (art. 64 Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía). El Servicio Extremeño de Salud, según el artículo 57 de la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura, se define como organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de tesorería propia y facultades de gestión del patrimonio afecto, para el cumplimiento de sus fines y ad-

esa entidad de Derecho público, “gestora” al cabo del Sistema Nacional de Salud a nivel estatal, en tanto que fórmula o técnica orgánica –de personificación en este caso- para la coordinación. Sólo así, podría garantizarse eficazmente la coordinación general sanitaria articulándola al doble nivel lógico de esa coordinación –la información, la decisión-, con un sistema de información sanitaria integrado, útil

para todos los Servicios de Salud, fruto de la recíproca información transmitida entre todos los agentes implicados, y un sistema coordinado –y en su caso cooperativo- entre aquéllos para la decisión (en su caso por el Consejo Interterritorial, como órgano de cabecera de dicha organización) y el seguimiento de lo decidido. Todo ello, claro está, a partir del principio de lealtad institucional.

EVALUACIÓN DE LA EFICACIA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA A PARTIR DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN SANITARIA

Mónica Arbeláez Rudas

INDICE – Introducción. I. El derecho a la salud en el derecho internacional. 1. Obligaciones mínimas en relación con el derecho a la salud. 2. Elementos esenciales e indicadores de eficacia del derecho a la salud. **II. El derecho a la salud en Colombia.** 1. El derecho a la salud en la Constitución Política de Colombia de 1991. 2. El Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS-. Funcionamiento y contenido de la prestación sanitaria. 3. Organización territorial del estado y derecho a la salud: la descentralización sanitaria en Colombia. 3.1. El primer momento de la descentralización en salud. 3.2. El segundo momento de la descentralización en materia sanitaria. La Constitución de 1991 reformada por los Actos Legislativos 01 de 1996 y 01 de 2001 y los cambios propuestos por la ley 715 de 2001. 3.2.1. La nueva distribución competencial en materia de salud. **III. Evaluación de las condiciones del derecho a la salud en Colombia: la eficacia del derecho.** 1. La universalidad y la equidad en el sistema sanitario. 2. La estabilidad financiera del Sistema. 3. Las políticas públicas de descentralización. 4. Universalidad, equidad social y equilibrio territorial: implementación del Régimen Subsidiado de Salud. 5. El derecho a la salud en Colombia a la luz de los indicadores del derecho internacional de los derechos humanos. 5.1. Asequibilidad o disponibilidad . 5.2. Accesibilidad. 5.3. Aceptabilidad . 5.4. Calidad . **Reflexión final. BIBLIOGRAFÍA**

I. Introducción

La problemática sobre la eficacia de los derechos sociales de prestación – entre ellos los derechos sanitarios- puede ser leída desde diferentes ángulos. Uno de ellos, que nace de la ciencia jurídica, es el relativo a la eficacia jurídica de estos derechos, entendida como la posibilidad de su exigibilidad jurídica directa, o su reclamo directo al Estado por parte de los ciudadanos. En esta línea, la teoría y la filosofía del derecho han tratado de sustentar el carácter fundamental de los derechos sociales de prestación con el propósito de que ellos sean entendidos en igualdad de condiciones que los derechos civiles y políticos, y a partir de allí fundamentar su exigibilidad jurídica directa ante la justicia constitucional.

Otro ángulo es el planteado por buena parte de la literatura económica sobre bienes públicos y sobre los problemas que plantean las políticas públicas de provisión de bienes y servicios. En esta campo los teóricos de la descentralización han estudiado la relación entre las formas en que se estructuran estas prestaciones y la eficacia económica de las mismas, bajo el entendido de que, en principio, descentralizar la producción de bienes y servicios debería contribuir a aminorar los problemas de eficiencia de los sistemas. En este mismo marco se ha señalado que la descentralización política resulta especialmente útil en cuanto a la prestación de los servicios sociales básicos se refiere, en tanto que es en este área en donde más incidencia tienen las diferencias geográficas. La provisión de los servicios sociales cuya demanda esté geográficamente diferenciada -en virtud

de las propias diferencias geográficas y culturales resulta más eficiente si se hace de manera descentralizada, y los mecanismo de participación ciudadana que se planteen dentro de los procesos de descentralización juegan un papel fundamental en relación con su eficiencia, toda vez que a mayor cercanía con el ciudadano mayor certeza se puede tener sobre sus preferencias o necesidades, lo que permitirá optimizar la producción de bienes públicos en función de ellas.

Pues bien, si se parte de que desde la ciencia jurídica una de las principales razones que se ha alegado siempre para justificar que los derechos sociales de prestación no sean derechos directamente exigibles a los Estados es que su eficacia depende de factores metajurídicos -especialmente de las políticas de provisión de bienes y servicios, y de las condiciones económicas de cada Estado-, se entenderá la innescindible relación que se presenta entre los planteamientos que se acaban de señalar en relación con las políticas públicas de descentralización de los servicios sociales y la eficacia de los derechos sociales de prestación. El principal medio con que cuentan los Estados para darse a la tarea de garantizar los derechos sociales de prestación es la adopción de políticas públicas sobre servicios sociales básicos favorables a este fin. Y para que estas medidas garanticen la eficacia de los derechos sociales de prestación en los términos de universalidad y equidad que exigen los instrumentos internacionales sobre la materia, es necesario que se propenda principalmente por una provisión eficiente y eficaz de los bienes y servicios sociales básicos.

A partir de lo anterior, y sobre la base del planteamiento Bobbio según el cual en materia de derechos económicos, sociales y culturales los esfuerzos deben hacerse no tanto para “saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál su naturaleza y su fundamento, ... sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, ..., sean continuamente violados”¹, el presente trabajo pretende una aproximación a esa relación desde el análisis de la eficacia

del Derecho a la salud en Colombia. Para ello el núcleo central de este trabajo será el estudio del proceso de descentralización sanitaria en Colombia, sus características y los resultados que ha arrojado, y especialmente su impacto sobre los niveles de eficacia y garantía de los derechos sanitarios de los habitantes de este país, con el fin de determinar en qué medida dichas políticas han contribuido a lograr los objetivos sobre la salud señalados por el derecho internacional de los derechos humano.

I. El derecho a la salud en el derecho internacional

Según el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud –OMS-, la salud debe entenderse como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades". A partir de ahí la OMS ha señalado que hay tres valores básicos de promoción de la salud: la salud como derecho fundamental de los seres humanos; la participación y responsabilidad de las personas, los grupos, las comunidades, las instituciones, las organizaciones y los sectores en el desarrollo de la salud; y la equidad en materia de salud y la solidaridad de acción entre todos los países, entre grupos de población de cada país y entre géneros. Sobre estas bases, la orientación mundial en materia de protección y garantía del derecho a la salud estuvo definida por la declaración de Alma Alta (OMS/UNICEF, 1978), documento en el cual la OMS adoptó la estrategia de Atención Primaria en Salud –APS- y diseñó los lineamientos generales de política para responder a las necesidades de salud de la población mundial. A respecto, dentro de las prioridades de la que sería una política sanitaria mundial, se señalaron la necesidad de desarrollar otros sectores sociales que influyen significativamente sobre las condiciones de salud de la población, -servicios públicos y el medio ambiente, por ejemplo-, y la necesidad de impulsar y realizar programas preventivos y de provisión de atención médica básica para todos. En esta línea se fijó posteriormente el objetivo de “salud para todos en el siglo XXI” el cual sería posible de alcanzar, según la OMS, “si las políticas y la legislación están dirigidas a que se apliquen las disposiciones de la ONU sobre

¹ BOBBIO. Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos” en *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991, pág. 7

derechos humanos”, incluidas las que conciernen a las mujeres y niños, personas con discapacidad, emigrantes y refugiados, y si se encuentran recursos para satisfacer las necesidades sociales de los grupos más vulnerables de la sociedad, entre otras.²

En el marco de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, por su parte, el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que "toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios", y el artículo 12 del Pacto Internacional de DESC señala que los Estados partes reconocen "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" (párrafo 1) y que "[t]odo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente", y a manera de ejemplo cita diversas "medidas que deberán adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho" (párrafo 2). Igualmente, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que "toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por las medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica (...)", y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador de la Convención Americana señala que "[t]oda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social (...)". Otros instrumentos regionales de derechos humanos como la Carta Social Europea (artículo 11) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 16) también reconocen el derecho a la salud³.

A partir de dichos mandatos internacionales, y especialmente de lo señalado en el artículo 12 del Pacto Internacional de DESC, el Comité de DESC de la ONU ha reconocido que "la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos" cuya "efectividad (...) se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos". El Comité ha insistido en que "el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley", por ejemplo, el principio de no discriminación respecto de los establecimientos, bienes y servicios de salud, legalmente aplicable en muchas jurisdicciones nacionales.⁴

Adicionalmente, el Comité de DESC de la ONU ha señalado que el derecho a la salud está estrechamente vinculado *con*, y depende *de* el ejercicio de otros derechos humanos tales como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, o a la vida privada. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. Así se desprende, según el Comité, del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto Internacional de DESC en el cual se reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones necesarias para que las personas puedan llevar una vida sana, y establece que ese derecho debe hacerse extensivo a los "factores determinantes básicos de la salud", esto es, alimentación, nutrición, vivienda, acceso a agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas,

² Organización Mundial de la Salud "Salud para todos en el siglo XXI", OMS, Ginebra 1999.

³ El derecho a la salud es reconocido también en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Igualmente ha sido proclamado en la Resolución 1989/11 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales como los Principios para la protección de los enfermos

mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991 (Resolución 46/119), en la Observación General 5 del Comité de DESC de la ONU sobre personas con discapacidad, que hacen referencia a los enfermos mentales, en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, y en la Declaración y Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995 que contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer.

⁴ Comité de DESC de la ONU, Observación General n. 14, Párrafo 1 y 2.

condiciones de trabajo seguras y sanas, y un medio ambiente sano.

1. Obligaciones mínimas en relación con el derecho a la salud

Los organismos internacionales de protección de los derechos humanos han establecido que en relación con el derecho a la salud existen una serie de mínimos que deben ser siempre garantizados por los Estados parte, es decir, que los Estados tienen la obligación de asegurar mínimamente la satisfacción de unos niveles esenciales del derecho a la salud.⁵ Entre ellos, la primera obligación mínima es la que se desprende de la obligación genérica de *adoptar medidas* para favorecer la eficacia de los DESC contenida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de DESC y en los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador, y que se entiende directamente aplicable a este derecho. En relación con esta obligación, los Estados deben adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, encaminadas a lograr el pleno ejercicio del derecho a la salud, hasta el máximo de los recursos de que disponga, y teniendo en cuenta su grado de desarrollo. Esta obligación de adoptar medidas, al igual que la obligación de garantizar que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación alguna, han sido consideradas por el Comité de DESC como obligaciones con efecto inmediato, es decir, que pueden ser exigidas actualmente sin atención a las condiciones presupuestarias o de otro tipo en relación con un determinado Estado. Así lo estableció el Comité de DESC en su Observación General 14 (párrafo 30).

Adicionalmente, y con base en su definición según la cual el derecho a la salud es “un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas (...)”,⁶ el Comité de DESC de la ONU ha

señalado que en relación con el derecho a la salud existen una serie de niveles básicos o mínimos que deben ser satisfechos por parte de los Estados, a saber: garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud, especialmente para los grupos vulnerables o marginados, sin ningún tipo de discriminación; asegurar el acceso a una alimentación esencial nutritiva, adecuada y segura que garantice que nadie padezca de hambre; garantizar el acceso a una vivienda y a condiciones sanitarias básicas, así como al suministro de agua potable; facilitar el acceso a los medicamentos esenciales señalados por el Plan de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; velar por la distribución equitativa de los bienes y servicios en salud; y adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacional de salud pública para hacer frente a los problemas de salud de la población, con base en pruebas epidemiológicas.⁷

Para la garantía de estos niveles básicos o mínimos en relación con la salud, el Comité de DESC recalca la necesidad de cubrir una serie de obligaciones prioritarias en materia de salud, a saber, velar por la salud genésica, maternal (pre y post parto) e infantil; proporcionar inmunizaciones contra las principales enfermedades infecciosas que afectan a cada comunidad; adoptar las medidas necesarias para prevenir, tratar y combatir las enfermedades endémicas y epidémicas; impartir educación e informar respecto de los principales problemas de salud de la comunidad; y proporcionar la capacitación adecuada para el personal del sector salud. Adicionalmente señala el Comité que de manera especial corresponde a los Estados prestar “asistencia y cooperación internacionales, en especial económica y técnica” que permita a los países en desarrollo cumplir sus obligaciones básicas en este campo.⁸

En la Declaración de Quito (párrafo 29), por su parte, se establecen otra serie de obligaciones inmediatas respecto del derecho a la salud, derivadas del Protocolo de San Salvador, entre ellas: “[I]a obligación de adecuar el marco legal [de cada Estado] a las disposiciones de las normas internacionales sobre

⁵ Esta obligación tiene como base los Principios de Limburgo (principio 25) así como la Observación General n. 3 del Comité de DESC (párrafo 10), Documento E/1991/23 de 1990.

⁶ Comité de DESC de la ONU Observación General n. 14 párrafo 11.

⁷ Ídem, párrafo 43.

⁸ Ídem.

salud”; “[l]a obligación de producir y publicitar información” relativa a la salud sobre la base de que “el derecho a la información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en el área económica y social, (...)”; y “[l]a obligación de proveer recursos judiciales y otros recursos efectivos (...) aptos para hacer exigible el derecho a la salud en caso de violación.”

2. Elementos esenciales e indicadores de eficacia del derecho a la salud

En estrecha relación con las obligaciones mínimas acabadas de señalar, el Comité de DESC de la ONU ha establecido que el derecho a la salud reconocido por los instrumentos internacionales abarca unos elementos esenciales de cuya vigencia depende la eficacia del mismo y los cuales se constituyen a su vez en indicadores que permiten evaluar su cumplimiento por parte de cada Estado, conforme a lo exigido por la legislación internacional.

En este orden de ideas, el Comité de DESC ha señalado que el contenido mínimo del derecho a la salud comporta cuatro elementos u obligaciones esenciales básicas, a saber, asequibilidad o disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En relación con la obligación de **asequibilidad** o **disponibilidad** el Comité de DESC señala que es obligación del Estado contar con un número suficiente de “establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas” de atención sanitaria, según las necesidades de la población de referencia, que garanticen la igualdad en las posibilidades de acceso. Adicionalmente, se deben garantizar los denominados “factores determinantes básicos de la salud”, como el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, la disponibilidad de “hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado [...], así como de los medicamentos

esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS”.¹⁰

Es obligación del Estado garantizar la existencia de bienes y servicios de salud disponibles para la atención de las necesidades poblacionales, lo cual implica la construcción, el mantenimiento y el desarrollo tanto de un sistema como de una infraestructura que hagan posible la efectividad del derecho a la asistencia sanitaria mediante instituciones y procedimientos.

Corresponde también al Estado la obligación de garantizar la **accesibilidad** de todos, sin ningún tipo de discriminación, a los establecimientos, bienes y servicios de salud, involucrando así una pretensión de universalidad a favor de la igualdad. En este contexto, la accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: la no discriminación, que implica garantizar que la asistencia sanitaria sea accesible para todas las personas -especialmente para los grupos más vulnerables de la sociedad-; la accesibilidad material, según la cual el acceso a la asistencia sanitaria debe ser materialmente posible lo que implica que la localización geográfica de las instituciones sanitarias debe ser razonable en relación con la distribución de la población de referencia; la accesibilidad económica, según la cual la asistencia sanitaria debe estar al alcance de todas las personas sin que los costes de la misma impliquen la imposibilidad de disfrutar del derecho; y el acceso a la información.¹¹

En cuanto a la **aceptabilidad** señala el Comité que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud “deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y del ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”. Esta dimensión, en materia del derecho a la asistencia sanitaria, hace referencia a la relación que se debe tejer entre la calidad de los servicios sanita-

⁹ El Comité de DESC de la ONU ha establecido que estos cuatro elementos son esenciales al derecho a la salud, *Observación General 14*, párrafo 12.

¹⁰ Comité de DESC de la ONU, *Observación General 14*, párrafo 12.

¹¹ Ídem

rios y las características propias del contexto donde las personas ejercen su derecho a la salud, en el cual han de tenerse en cuenta los condicionamientos éticos y culturales que la sociedad asume frente al bienestar físico y mental. El criterio de la aceptabilidad así entendida, ha sido utilizado por el derecho internacional de los derechos humanos para fundamentar los mínimos a tener en cuenta en relación con el respeto de la integridad de las personas, independientemente de su contexto cultural y social.¹² Además de lo anterior, según señala el Comité, la aceptabilidad involucra también el desarrollo de las libertades que se fundamentan en el derecho a la salud. “El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.”¹³

En cuanto a la **calidad de la salud**, el Estado tiene la obligación de garantizar un sistema sanitario que además de aceptable desde el punto de vista cultural, resulte apropiado, en términos de calidad, sin que puedan mediar factores de discriminación. El Estado queda entonces obligado a garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de asistencia sanitaria sean apropiados desde el punto de vista científico y médico, lo cual se traduce en la buena calidad del servicio. Esta obligación implica la de garantizar, entre otras cosas, “personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas” en igualdad de condiciones para toda la población.¹⁴

Estos elementos esenciales u obligaciones mínimas que corresponden al Estado en relación con el derecho a la salud, constituyen a su vez indicadores útiles que permiten evaluar el cumplimiento de las obligaciones en salud por parte de cada Estado. Y serán por ello los indicadores que utilizaremos para

evaluar el actual panorama del derecho a la salud en Colombia.

II. El derecho a la salud en Colombia

1. El derecho a la salud en la Constitución Política de Colombia de 1991

La proclamación de un nuevo texto constitucional implicó para Colombia un cambio radical, tanto en la concepción propia del sistema político y de la organización política del Estado, como en las fórmulas jurídicas para la puesta en práctica y la consolidación de un *estado constitucional moderno*. En el campo de los derechos, por ejemplo, la Constitución Política de 1991 consagra una amplia carta así: en el capítulo 1º del Título II, “De los derechos fundamentales”, en el capítulo 2º se consagran los derechos sociales, económicos y culturales –dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud-, y en el capítulo 3 del mismo título se relacionan los derechos colectivos y del ambiente, donde destaca el derecho de toda persona a gozar de un medio ambiente sano que habrá de ser garantizado por el Estado (artículo 79). Para la protección de todos estos derechos, la Carta establece una serie de mecanismos, a saber: la acción de tutela, las acciones populares, la acción de cumplimiento, las acciones de grupo o de clase, y la acción pública de inconstitucionalidad.

En el campo sanitario, tanto el derecho a la salud como el derecho a la seguridad social tienen un amplio sustento en la Constitución, integrado tanto por los artículos 44 -derechos fundamentales de los niños-, 48 -derecho a la seguridad social-, 49 -derecho a salud- y 50 -salud y seguridad social de los menores de un año- de la Constitución, como por otra serie de preceptos constitucionales tales como el artículo 11 –que consagra el derecho a la vida-, el artículo 13 inciso tercero –el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta- el artículo 366 –en el cual se señalan el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de la población y la solución de las necesidades insatisfechas de salud,

¹² Ídem

¹³ Ídem, párrafo 8.

¹⁴ Ídem, párrafo 12

entre otras, como finalidades sociales del Estado-, entre otros, y por el conjunto de reglas infraconstitucionales que los desarrollan.

En lo que se refiere específicamente al derecho a la salud, la Constitución colombiana garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, los cuales deben ser prestados bajo la dirección y coordinación del Estado dentro del marco de la eficiencia y la solidaridad, garantizando una atención integral (que vincula al sistema al afiliado y a su núcleo familiar) y una cobertura universal. La Constitución deriva al legislativo el establecimiento de las competencias de la Nación y de las entidades territoriales en materia de salud, y la determinación de las fórmulas de prestación y financiación de la asistencia sanitaria. Igualmente, la Constitución establece que la ley determinará los términos en los cuales la atención básica en salud para todos los habitantes será gratuita y obligatoria (Artículo 49). Conforme lo ha señalado la Corte Constitucional colombiana en reiterada jurisprudencia, si bien el derecho a la salud consagrado en el 49 de la Constitución es en principio un derecho de carácter prestacional, puede ser considerado como un derecho fundamental *por conexión*, dada la íntima relación que se encuentra entre éste y otros derechos de carácter fundamental como el derecho a la vida¹⁵, lo que le otorga al primero, en ciertas ocasiones, el carácter de derecho constitucional subjetivo de exigibilidad directa ante la justicia constitucional. Sobre esta base la Corte ha señalado que “[l]a frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo

cambiante, según las circunstancias de cada caso”¹⁶, y de ellas depende que se admita o no la protección de este derecho mediante la acción de tutela.¹⁷

2. El Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS-. Funcionamiento y contenido de la prestación sanitaria¹⁸

En atención al mandato constitucional de instituir un sistema público de salud universal e integral, el legislador colombiano expidió la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones” dentro del cual se establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS- que tiene por objeto “... regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención” (artículo 152, inciso 2º), bajo la dirección del gobierno nacional y con el fin de lograr la afiliación obligatoria de todos los habitantes del territorio, a través de los regímenes contributivo y subsidiado, dentro de un sistema general de subsidio a la demanda¹⁹ (artículo 156, literales a y b), y con vinculación temporal para los que carecen de capacidad de pago y mientras se benefician del régimen subsidiado (artículo 157). Se trata de un sistema mixto de aseguramiento de las contingencias en de salud de los ciudadanos que se encuentra estructurado sobre la base de la solidaridad entre trabajadores, empleadores y Estado, los cuales,

¹⁵ Partiendo de la definición ofrecida por la Organización Mundial de la Salud sobre el concepto de salud –según la cual la salud es el disfrute de bienestar físico, mental y social-, Rivero Lamas ha planteado una tesis similar al sostener, por un lado, que derecho a la vida y a la dignidad humana son el punto de arranque y la base para los demás derechos, y por el otro, que el derecho a la integridad personal es, en sí mismo, expresión del derecho a la vida. Adicionalmente señala que el derecho a la protección de la salud contemplado en la Constitución española se encuentra íntimamente ligado al derecho fundamental a la vida, puesto que hay casos en los que la protección del derecho a la salud implica la protección del derecho a la vida o a la integridad física. Así las cosas, en su sentir, el derecho a la vida se protege de forma transversal sobre el derecho a la protección de la salud en diferentes niveles de protección y prestaciones sanitarias. RIVERO LAMAS, Juan Protección de la salud y Estado social de derecho, Real academia de Medicina de Zaragoza, Zaragoza, 2000.

¹⁶ Sentencia T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz F.j. B

¹⁷ Una presentación de la amplia línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en esta materia puede encontrarse en ARBELÁEZ Rudas, Mónica, La protección a la salud: línea jurisprudencial y notas constitucionales, Centro de Investigación y Educación Popular – CINEP-, Acción Ecuémica Sueca –DIAKONIA, 2002, y Diez años de protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencias de la Corte Constitucional Colombiana, Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/arbelaez.pdf

¹⁸ Actualmente cursan en el Congreso de la República de Colombia varios proyectos de ley, presentados por diversos grupos parlamentarios, destinados a modificar la Ley 100 de 1993. Ver ut infra.

¹⁹ Contrario a lo establecido en materia de subsidio a la oferta, en la cual se subsidiaba la oferta de servicios médico sanitarios mediante la financiación de una red pública de centros asistenciales, la propuesta de subsidio a la demanda supone el subsidio a los usuarios del sistema de atención en salud. Así, se subsidia el aseguramiento de las contingencias en salud de los ciudadanos, los cuales, por tal efecto, quedan vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubiertos por un plan de aseguramiento que les da derecho a percibir una serie de servicios asistenciales, conforme a las necesidades de cada cual.

mediante aportes periódicos, financiarán el propio sistema (artículos 200 y siguientes)²⁰. Dada la complejidad de un sistema de esta naturaleza la propia Ley estableció una serie de premisas tendentes a dirigir una ampliación progresiva de la cobertura del servicio de Seguridad Social en Salud a fin de que éste llegara a beneficiar a todos los ciudadanos – principio de universalidad-. Se proponía así que para el año 2001 todos los habitantes del territorio nacional se encontrarían inscritos en el Sistema gozando de sus beneficios. No obstante, las metas propuestas por el SGSSS no han sido aún cubiertas.

A grandes rasgos, se puede decir que el SGSSS funciona bajo una fórmula de aseguramiento en la cual cada usuario –afiliado o beneficiario- del Sistema le paga al mismo el valor de una prima de seguro por las contingencias en salud que pueda sufrir. En el caso de los trabajadores por cuenta ajena, el 66.66 % de la prima de seguro corre por cuenta del empleador y sólo el restante 33.33 % corresponde pagarlo al trabajador; en el caso de los trabajadores independientes el 100% de la prima está a cargo del trabajador. Estas personas con capacidad de pago se vinculan al Régimen Contributivo del SGSSS. Para las personas que forman parte de los sectores más desfavorecidos y que carecen de capacidad de pago, se establece una prima subsidiada, total o parcialmente, con aportes del Estado y con un punto de los aportes de los cotizantes. Su vinculación al SGSSS es en calidad de beneficiarios del Régimen Subsidiado²¹.

²⁰ En su Informe sobre la salud en el mundo 2000, la Organización Mundial de la Salud –OMS- señala que los mecanismos de aseguramiento son los ideales para el financiamiento de los Sistemas de Salud, por la capacidad que tienen de distribuir los riesgos y de generar equidad mediante subsidios cruzados entre quienes tienen capacidad de pago y quienes no la tienen. Sobre esta base, la OMS concedió a Colombia primer lugar en “equidad en el financiamiento” de un sistema de salud, afirmando que el modelo de financiamiento nacido con el Sistema General de Seguridad Social Salud a partir de la Ley 100 de 1993 es ideal, además de pleno de solidaridad y equidad (capítulo “Mejor desempeño de los sistemas de salud”). Sobre este particular puede consultarse TORRES Tovar, Mauricio, Editor, *¿Equidad? El problema de la equidad financiera en salud*, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo – Observatorio Universitario de Política Social y Calidad de Vida – ALAMES, Bogotá, 2001 y GONZÁLEZ, Jorge Iván, “Salud y seguridad social: entre la solidaridad y la equidad”, en *Revista Gerencia y políticas de salud* No. 2, Facultad de ciencias económicas y administrativas, Universidad Javeriana, 2002, pág. 18 a 23.

²¹ Por cada usuario del Régimen Contributivo –RC-, del total de las cotizaciones de los aportantes se paga al SGSSS el valor de una prima

En desarrollo del principio de solidaridad, el Sistema integra la recepción de aportes del Estado, de los empleadores, de los empleados y de los trabajadores independientes a fin de redistribuirlos para lograr la prestación del servicio tanto a los aportantes y sus familias, como a los ciudadanos que carecen de recursos para tal fin²². Los planes de servicios de salud ofrecidos por el SGSSS para los afiliados y beneficiarios de ambos Regímenes incluyen una cobertura familiar (artículo 163 Ley 100) que cubre al cónyuge o compañero permanente del afiliado o beneficiario principal y a los hijos menores de 18 años o a aquellos que tengan menos de 25 años y que dependen económicamente de él. De no existir cónyuge o compañero e hijos con derechos, la cobertura puede extenderse a los padres no pensionados que dependen económicamente del afiliado o beneficiario.²³

En el SGSSS colombiano se prevén dos regímenes de afiliación diferentes, a saber, el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado, (artículo 201 Ley 100 de 1993) al primero de los cuales se encuentran afiliados los ciudadanos con capacidad de

de aseguramiento llamada Unidad de Pago por Capitación –UPC- Adicionalmente, por cada UPC pagada por el RC al Sistema, el Sistema transfiere un punto sobre la misma a la Subcuenta de Solidaridad y Garantía de SGSSS –FOSYGA –que es la que financia las primas de aseguramiento del Régimen Subsidiado –UPC-S-. El Estado por su parte debe trasladar a dicha cuenta un peso por cada peso que a la misma aporte el RC (este aporte del Estado es el llamado paripassu).

²² En cuanto a los recursos del sistema recaudados por las cotizaciones de los trabajadores y empleadores, la Ley 100 de 1993 establece su redistribución en los términos que siguen: (1) Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los costos del régimen subsidiado.(2) Un porcentaje inferior a un punto de la cotización, estará destinado a financiar la subcuenta de las actividades de Promoción de Salud e investigación (artículo 222), recursos estos que serán adicionados con recursos fiscales.(3) Una parte del recaudo global, constituida por la sumatoria de tantas unidades de pago por capitación como afiliados registre el sistema, se destinará a financiar los servicios de salud que componen el Plan Obligatorio de Salud de que trata el artículo 162 de la Ley 100.(4) Otra parte de la cotización se destinará al cubrimiento de las incapacidades generadas en enfermedad por riesgo común.(5) Por último, el artículo 204 de la Ley 100 establece que otro porcentaje del monto total de las cotizaciones se destinará al cubrimiento de las licencias de maternidad.

²³ Sobre las características del Sistema General de Seguridad Social en Salud puede consultarse, entre otros, CASTAÑO Ramón, ARBELÁEZ José, GIEDION Ursula, Y MORALES Luis G. “Evolución de la equidad en el sistema colombiano de salud”, Serie Financiamiento del desarrollo, CEPAL, Unidad de Estudios Especiales, Santiago de Chile, 2001, y PAREDES Natalia, “A cinco años de la reforma del sistema de salud colombiano, ¿qué a pasado con el derecho a la salud?, en *La salud está grave, una visión desde los derechos humanos*, AAVV, Plataforma colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo - Provea, Bogotá, 2000.

pago (artículos 202, 203 y 157 Ley 100 de 1993). Los afiliados al Régimen Subsidiado - RS- son las personas sin capacidad económica, esto es la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, teniendo especial importancia personas como las madres durante el embarazo, parto, post-parto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los "menores en situación irregular", los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años y los discapacitados, entre otros. Su vinculación al sistema es total o parcialmente subsidiada por el propio Sistema (artículos 211, 213 y 157 Ley 100 de 1993). El Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado del SGSSS coexisten articuladamente para su financiación y administración, con una vinculación mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA-²⁴, encargado de la administración general de los recursos del Sistema (artículo 201 Ley 100 de 1993). Adicionalmente, y en punto a estructurar la administración de los recursos y la prestación de los servicios en cada uno de los Regímenes, la Ley 100 de 1993 ha previsto la existencia de Empresas Promotoras de Salud -EPS- para el Régimen Contributivo, y de entidades Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS- para el Régimen Subsidiado (artículos 117 y siguientes de la Ley 100 de 1993), que pueden ser de carácter público, privado o mixto. Por delegación del Estado, las Empresas Promotoras de Salud y las entidades Administrado-

ras del Régimen Subsidiado tienen a su cargo la administración de su respectivo Régimen y la prestación de los servicios de asistencia sanitaria a los afiliados y beneficiarios del mismo, bien mediante instituciones de asistencia sanitaria propias, bien mediante la contratación de los servicios de salud con Instituciones Prestadoras de Salud -IPS- públicas o privadas (artículo 185 Ley 100 de 1993).²⁵

Para establecer qué sectores de la población tienen derecho al subsidio en salud y en qué proporción, el propio Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha establecido un sistema de focalización que se articula mediante el Sistema de Identificación y Selección de Beneficiarios -SISBEN- (artículo 3 del Acuerdo No. 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud) y que permite la identificación de la población sin capacidad de pago y su clasificación en niveles o estratos (del 1 al 6) dependiendo de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda. Una vez entrado en vigencia el SGSSS los trabajadores (por cuenta propia y ajena) que contaran con los recursos para cubrir su cotización encontrarían una afiliación inmediata al mismo dentro del RC. Por el contrario, la afiliación al RS de aquellos que carecen de recursos para cotizar sería progresiva en la medida en que lo permitieran las condiciones del propio Sistema y en la forma en que se fuera determinando de acuerdo con la información del Sistema de Identificación y Selección de Beneficiarios.

Adicionalmente, para el período de tránsito entre la identificación de los beneficiarios y su efectiva incorporación al sistema, y el momento en que se consiguiera la cobertura universal, el SGSSS contempla que aquellas personas que, siendo de escasos recursos, aún no hayan sido clasificadas como beneficiarias del RS, tendrán acceso a la prestación de servicios médico asistenciales mediante los servicios ofrecidos por la red pública de hospitales que se

²⁴ Según el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia en la cual se concentran los recursos de la Seguridad Social en Salud (Ver entre otras la sentencia SU-819 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Gálvis). Este Fondo tiene a su vez una serie de subcuentas independientes, a saber, a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud, y d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito. Para co-financiar con los entes territoriales los subsidios a los usuarios afiliados al RS, el FOSYGA cuenta con recursos de diverso origen, como son "a) un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo, que será girada por cada EPS directamente a la subcuenta de solidaridad del Fondo; b) el monto que las Cajas de Compensación Familiar destinen a los subsidios de salud; c) un aporte del presupuesto nacional (...)" (artículo 221 de la ley 100 de 1993). Adicionalmente, los recursos de la solidaridad se destinarán a co-financiar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables. En este contexto, el FOSYGA tiene como principal objeto garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos, la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir entre otros, los riesgos catastróficos, asegurando la eficacia del Sistema

²⁵ Para profundizar sobre el sistema de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia se puede consultar MORALES Sánchez, Luis Gonzalo, El financiamiento del sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, Proyecto CEPAL/GTZ Reformas financieras del sector salud en América Latina, Serie Financiamiento y Desarrollo No. 55, LV/L.1037, CEPAL, Santiago de Chile, 1997.

mantienen en funcionamiento dentro de la lógica de subsidio a la oferta. Estas personas, que no han entrado al nuevo SGSSS en calidad de afiliadas o beneficiarias, se entienden incorporadas al mismo en calidad de “vinculadas”. Esto en cuanto a la estructura general del SGSSS.

En cuanto al contenido objetivo o material de la asistencia sanitaria en términos propiamente prestacionales, en Colombia se organiza también en dos planes de salud diferentes, uno para cada Régimen. Los afiliados y beneficiarios del Régimen Contributivo tendrán derecho a las prestaciones que componen el llamado Plan Obligatorio de Salud -POS- y los beneficiarios del Régimen Subsidiado tendrán derecho a las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POS-S- (artículos 162 y siguientes de la Ley 100 de 1993). La unificación de los contenidos de uno y otro plan, después de la universalización de las afiliaciones al sistema, es otra de las metas contempladas en la Ley, aunque aún no se ha logrado. Para la determinación del contenido prestacional del derecho a la salud y en general para la determinación de las prestaciones sanitarias cubiertas por el SGSSS, el Decreto Reglamentario 1938 de 1994 establece el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el SGSSS debe brindar a las personas. Con tal fin, organiza las prestaciones sanitarias en seis subconjuntos o “planes”, a saber, plan obligatorio de salud -POS- y plan obligatorio de salud del régimen subsidiado -POS-S-, plan de atención básica en salud -PAB-, plan de atención en accidentes de trabajo y enfermedad profesional -ATEP-, plan de atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos, y planes de atención complementaria en salud -PAC-, cada uno de los cuales describe detallada y taxativamente las prestaciones sanitarias que cubre. Cada uno de estos planes, de acuerdo con la normativa que los desarrolla, incluyen una serie de prestaciones sanitarias a favor de los beneficiarios de los mismos.

3. Organización territorial del estado y derecho a la salud: la descentralización sanitaria en Colombia

A lo largo de su historia, Colombia ha alternado soluciones centralistas y “federalistas” como fórmu-

las para la organización territorial del Estado. Así las Constituciones de 1821, 1830, 1832 y 1843 organizaron la administración dentro de sistemas eminentemente centralistas como forma para garantizar la pretendida unidad nacional. Por su parte, las Constituciones de 1853, 1858 y 1863 se inclinaron por el modelo federalista, pretendiendo con ello promover la autonomía local, y la Carta de 1886, incluyó tímidamente el principio de la descentralización administrativa, aunque, dado su tono claramente centralista, en definitiva la autonomía local quedó bastante anulada. Finalmente, pasadas las reformas constitucionales de 1945 y 1968 que introdujeron cambios constitucionales importantes en materia de organización del Estado aunque en la práctica no arrojaron resultados claros en punto a la descentralización, en la década de los 80 cobra fuerza el proceso de descentralización territorial en Colombia. Este proceso ha presentado dos etapas claramente diferenciadas, la primera de las cuales llega hasta el momento de la expedición de la nueva Carta Política de 1991 y cuyo objetivo primordial era crear capacidad de gestión en los municipios (especialmente en los más pequeños) para la provisión de los servicios sociales y de la infraestructura básica dentro de un contexto de mayor apertura política. En la segunda etapa, tras la expedición de la nueva Constitución, es cuando se consolida políticamente el proceso al tomar medidas de descentralización política y administrativa a favor de los departamentos y al replantearse los sistemas de financiación para las entidades territoriales. Ha sido un proceso lento y complejo ya que ha implicado una ruptura frontal con el centralismo que había caracterizado la historia colombiana hasta entrada la segunda mitad del Siglo XX.²⁶

²⁶

Algunos autores como MORELLI y SANTOFIMIO consideran que las medidas de descentralización y de concesión de autonomía a las entidades territoriales, adoptadas por el Constituyente de 1991, no constituyen realmente un proceso serio de descentralización toda vez que la autonomía política de las entidades territoriales, gracias a algunas disposiciones de la propia Constitución y de la legislación correspondientes, se ve casi totalmente anulada. Sobre este punto ya se ha comentado algo anteriormente. Al respecto puede consultarse MORELLI Rico, Sandra, La autonomía territorial en Colombia, Colección: Temas de Derecho Público, No. 43, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1996, y MORELLI Rico, Sandra y SANTOFIMIO, Jaime Orlando, El centralismo en la nueva Constitución Colombiana, Colección: Temas de Derecho Públi-

El artículo primero de la Constitución de 1991 define a Colombia como "un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales...". Así se concreta la intención del constituyente colombiano de pasar de un esquema con centralización política y descentralización administrativa (dentro del cual el énfasis estaba en lo nacional y la descentralización era simplemente una técnica de administrar) hacia a un sistema de autonomía para las entidades territoriales, sin dejar de lado los requerimientos del Estado unitario. Con la Constitución de 1991 se dio un paso cualitativo importante en materia de descentralización, acercando a las entidades territoriales a un grado de autonomía hasta entonces desconocido en Colombia. En ella se consagran dos modalidades diferentes de descentralización para el cumplimiento de la función administrativa: la descentralización territorial y la descentralización por servicios. La primera se expresa en las entidades territoriales y permite la configuración de los diferentes niveles de gobierno -nivel nacional, nivel territorial y nivel local-, y la segunda hace referencia a las entidades descentralizadas que constituyen la fuente de los sectores administrativos -sector central y sector descentralizado- en cada uno de los niveles del Estado²⁷. En el campo de la descentralización territorial se disponen las diversas reglas de distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad para su ejercicio, mientras que en el ámbito de la descentralización por servicios los vínculos aparecen dados por reglas de derecho como las de designación del personal de dirección y confianza, la vigilancia de las entidades descentralizadas por el nivel central, etc.

Ahora bien, el eje del proceso de descentralización en Colombia, tanto en la primera como en la

segunda etapa, ha sido la descentralización de los servicios sociales básicos, especialmente los de educación y salud. Desde las primeras propuestas de la reforma constitucional de 1968 se establece claramente que los recursos descentralizados, para entonces los correspondientes a el "situado fiscal", serían destinados prioritariamente para la atención de los servicios de educación y salud cuya prestación sería asumida por las entidades subnacionales según el mandato de la legislación vigente. De ahí que al plantearnos la pregunta sobre los mecanismos utilizados por el Estado colombiano para garantizar la eficacia del derecho a la salud haya surgido la inquietud sobre la relación entre los derechos sociales y los procesos de descentralización en que ha entrado Colombia desde mediados del Siglo XX.

3.1. El primer momento de la descentralización en salud

El primer sistema sanitario que funcionó como tal en el país fue el antiguo Sistema Nacional del Salud creado en 1975 y que consistía en el funcionamiento simultáneo de tres subsistemas, a saber, la seguridad social para los trabajadores oficiales, el sistema privado de asistencia sanitaria, y la red pública de hospitales. Los dos primeros prestaban sus servicios a las personas con capacidad de pago, el primero mediante el aporte programado de cotizaciones por parte de los trabajadores y empleadores, el segundo por el pago por servicios a entidades privadas. La red pública de hospitales, o sub-sistema oficial, estaba dirigida y operado directamente por el Estado a través de diversos centros bajo el sistema de subsidio a la oferta (asistencia pública) y tenía como objetivo la atención de las contingencias en salud de la población indigente y sin capacidad de pago. Esta red de servicio sanitario público, sin embargo, se caracterizó por la falta de equidad en la entrega de servicios y la ineficiencia en la utilización de los recursos lo cual se reflejaba indefectiblemente en la precariedad de la cobertura sanitaria del país. Cuando en 1993 se expide la nueva Ley de Seguridad Social (Ley 100) sólo un 24% de la población tenía seguridad social en salud, el 45% era atendido por la red pública, el 16% accedía directamente a servicios privados y el 15% carecía completamente de cual-

co, No. 28, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1993.

²⁷ *Este concepto de descentralización por servicios, que no necesariamente implica la autonomía política y jurídica del llamado ente descentralizado sino que implica la distribución del trabajo del sector en función de una división territorial del espacio de influencia del sector, es el que en algunos sectores de la doctrina corresponde a la llamada desconcentración.*

quier tipo de atención sanitaria. Las nuevas propuestas del Sistema General de Seguridad Social en Salud ya estudiadas y de la descentralización de las competencias sanitarias –que estudiaremos a continuación– surgen como fórmulas encaminadas a corregir estas deficiencias.

Hacia 1987 se inicia tímidamente el que sería el primer intento de descentralización de la salud en Colombia²⁸ mediante la expedición del Decreto 77 de ese año que da a los municipios la competencia para construir, dotar y mantener los puestos y centros de salud, y los hospitales locales. Este proceso se haría más sólido con la expedición de la Ley 10 de 1990 que asignó a los municipios todas las competencias de funcionamiento de los hospitales del primer nivel, y a los departamentos las correspondientes al segundo y tercer nivel de atención sanitaria²⁹. Posteriormente, entre 1990 y 1993 se presentaron tres reformas y ajustes cruciales para el sistema de salud colombiano. Las dos primeras, impulsadas por las Leyes 10 de 1990 y 60 de 1993 buscaron orientar los esfuerzos gubernamentales y sectoriales hacia el desarrollo de estrategias de Atención Primaria, la organización del sistema sanitario por niveles de atención y la asignación de competencias y recursos de salud a los diversos niveles territoriales del país. La tercera fue la creación del Sistema General de Seguridad Social en Salud –en adelante SGSSS– por medio de la Ley 100 de 1993 que organizó el Sistema Sanitario en los términos en que fu descrito previamente. Con base en esta nueva regulación, se inició un proceso de reglamentación y ajuste de la política sanitaria que permitiera tanto la implantación de los contenidos del nuevo SGSSS como el proceso

de descentralización sanitaria consagrado en las Leyes 10 de 1990 y 60 de 1993, ambos con miras a desarrollar satisfactoriamente la obligación del Estado de garantizar el derecho a la salud, integrando para ello la descentralización territorial con los tres grandes ejes del Sistema Sanitario, a saber, sistema sanitario público (para la atención mediante el subsidio a la oferta de la población vinculada), el Régimen Subsidiado y el Régimen Contributivo del SGSSS.

La Constitución de 1991 trazó los lineamientos de lo que sería el proceso de descentralización de la sanidad en los artículos 49, 300, 356 y 357, con un claro énfasis en lo relativo a la descentralización de la financiación en materia sanitaria y educativa. En un primer nivel, la Carta establece que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado el cual garantizará a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud de forma gratuita y obligatoria en los términos en que lo determine la ley. La propia Constitución en sus artículos 356, 357 y 359 establece las bases sobre las cuales habrá de reglamentarse la financiación de las entidades territoriales en tanto entidades descentralizadas a fin de garantizar los recursos necesarios para lograr la descentralización de los servicios. Para tal efecto señalaba el antiguo artículo 356 –el artículo 356 vigente es el correspondiente a la reforma constitucional hecha mediante el Acto Legislativo 01 de 2001– que “salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, deberá fijar los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales. Determinará, así mismo, el Situado Fiscal, esto es, el porcentaje de los Ingresos Corrientes de la Nación³⁰ que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que se les asignen. Los recursos del Situado Fiscal se destinarán a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y **la salud** en los niveles que la ley se-

²⁸ Sobre este primer proceso descentralizador puede consultarse JARAMILLO PÉREZ, Iván “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. Departamento Nacional del Planeación –DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002; “Evaluación de la Descentralización SMS”, Fescol, Programa Harvard, Bogotá, 1996; y “Evaluación del Régimen subsidiado y la Descentralización en Salud”. Encuesta sobre 130 municipios realizada por el CIDER-REUNIRSE de la Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997.

²⁹ Las instituciones sanitarias se clasifican en niveles conforme al nivel de complejidad de los servicios que prestan. Esta distribución competencial en función del nivel de complejidad de los servicios estaba contemplada en el artículo 6 de la Ley 10 de 1990.

³⁰ Según el artículo 358 de la Carta se entiende por Ingresos Corrientes de la Nación los constituidos por “los ingresos tributarios y no tributarios con excepción de los recursos de capital.”

ñale, con especial atención a los niños. [...]". (negritas fuera del original)

Por su parte, el artículo 357 (también reformado por el Acto Legislativo 01 de 2001) establecía que “[l]os municipios participarán en los Ingresos Corrientes de la Nación” y que la ley “a iniciativa del Gobierno, determinará el porcentaje mínimo de esa participación y definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos. Para los efectos de esta participación, la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios [...]”. Así mismo, el artículo 359 establece que no habrá rentas nacionales de destinación específica, excepción hecha de las “participaciones previstas de la Nación a favor de los departamentos, distritos y municipio [esto era el antiguo Situado Fiscal y la Participación de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación, actualmente reemplazados por el Sistema General de Participaciones] destinadas a inversión social [...]”. Sobre esta base se puede decir que la Carta de 1991 hizo un primer intento por fortalecer la descentralización estableciendo que el gasto social tendrá prioridad sobre cualquier otro y previendo para ello la posibilidad de financiar la ampliación sustancial de coberturas en los distintos sectores, entre ellos el de salud.

Sobre este marco constitucional el legislador expidió la Ley 60 de 1993 en la cual definió tanto las competencias de las diferentes entidades territoriales en materia sanitaria, educativa, de saneamiento básico y agua potable, como las áreas prioritarias de inversión social, mediante la fijación de los porcentajes mínimos de la participación municipal y del Situado Fiscal que debían destinarse a financiar las actividades de educación, salud, saneamiento básico y agua potable, señalando las reglas de asignación de dichas participaciones para los diversos sectores sociales. En el campo de la sanidad, la Ley 60 de 1993 entró a armonizar los postulados de la anterior Ley 10 de 1990 que organizaba el Sistema Nacional de Salud con los nuevos mandatos constitucionales, entramado legislativo que vino a completarse con la expedición Ley 100 del mismo año –por la cual se crea el SGSSS- y en la cual se puntualiza sobre la

distribución competencial en materia de salud, conforme se explica a continuación.

En materia competencial, la Ley 60 de 1993 señalaba que de manera general correspondía a la Nación formular las políticas y objetivos de desarrollo, establecer normas técnicas de orientación para las entidades territoriales, administrar los fondos de cofinanciación y crédito, distribuir el Situado Fiscal y las Participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación, y ejercer las labores de vigilancia supervisión y control sobre las actividades nacionales y descentralizadas, entre otras (artículo 5)³¹. En materia específicamente sanitaria le correspondía prestar los servicios médicos especializados del Instituto Nacional de Cancerología y de los Sanatorios de Agua de Dios y Contratación en relación con los enfermos de Hansen (artículo 5, 4 inciso) e impulsar, coordinar y financiar campañas en materia sanitaria (inciso 6).

A los distritos se asignan funciones de administración de los recursos de salud y la coordinación los Sistemas Distritales de Salud y de los niveles 1, 2, y 3 de atención sanitaria³², además de las funciones relacionadas en los artículos 11 y 12 de la Ley 10 de 1990, esto es, coordinar y supervisar la prestación del servicio de salud, contribuir a la formulación y adopción de los planes y programas del sector salud en su jurisdicción, ejecutar y adecuar las políticas y normas científico-técnicas y técnicoadministrativas trazadas por el Ministerio de Salud³³, administrar el Fondo Seccional de Salud (artículo 11 Ley 10 de 1990), ejercer las funciones que expresamente le delegue el Ministerio de Salud, estimular la atención

³¹ Estas competencias de coordinación y dirección del Sistema de Salud habían sido ya asignadas al nivel central con base en el artículo 8 de la Ley 10 de 1990 y en cabeza del Ministerio de Salud

³² La distribución de las competencias sanitarias en función de los niveles de atención estaba ya contemplada en el artículo 6 de la Ley 10 de 1990, en la cual se asignaba a los distritos las correspondientes al primero, segundo y tercer nivel, a los departamentos las correspondientes al segundo y tercer nivel y los municipios la relativa al primer nivel.

³³ El Ministerio de Salud fue fusionado con el Ministerio de Trabajo en un solo Ministerio denominado de Ministerio de la Protección Social mediante la expedición del Decreto 205 del 2003, con base en las facultades otorgadas por el Congreso mediante la Ley 790 del 2002, con lo cual se convierte Colombia en el primer país de América sin un Ministerio destinado específicamente al sector sanitario.

preventiva, familiar, extrahospitalaria y el control del medio ambiente y controlar los factores de riesgo referentes al estado de salud, desarrollar labores de inspección, vigilancia y control de las instituciones que prestan servicios de salud (artículo 12 Ley 10 de 1990), y coordinar y supervisar el proceso de descentralización sanitaria, entre otras. La prestación de tales servicios se haría, según señalaba el propio artículo 4, de forma autónoma con cargo a los recursos del Situado Fiscal y conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la propia Ley 60 de 1993³⁴.

A los departamentos correspondía administrar y planificar los recursos cedidos por la Nación en los aspectos relacionados con sus competencias en los campos de educación y **salud**, ejercer “funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales”, y hacer seguimiento, evaluación y control de la acción municipal, entre otras. En el campo sanitario el departamento debía actuar como intermediario entre los municipios y la Nación, coordinar y asesorar a los Municipios y a las Instituciones Prestadoras de los Servicios de Salud –IPS- en los ámbitos administrativo y financiero, financiar y garantizar la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación correspondientes al segundo y tercer nivel de atención en salud, asumir la prestación de los servicios de primer nivel en los municipios que no hayan asumido la prestación descentralizada de los mismos, programar la distribución de los recursos de Situado Fiscal por municipio, otorgar subsidios a la demanda a la población de menores recursos en las áreas de educación y **salud**, y desarrollar las funciones establecidas en el artículo 11 de la Ley 10 de 1990, entre otras (artículo 3 de la Ley 60 de 1993). La prestación de tales servicios se haría en forma autónoma por los departamentos determinados por el Ministerio de Salud (artículo 14 de la Ley 60 de 1993); tanto la

planta de personal como las instituciones tendrán carácter departamental (artículo 3.6.f).

A los municipios, por su parte, correspondía la prestación de los servicios sanitarios de primer nivel de complejidad, dirigir el Sistema Local de salud, ejercer las funciones de fomento, prestación de servicios de rehabilitación y financiación de los centros sanitarios señalados en el artículo 12 de la Ley 10 de 1990, entre otras (artículo 2 de la Ley 60 de 1993). Los municipios podrían asumir la prestación de los servicios sanitarios de segundo y tercer nivel siempre que su capacidad científica, tecnológica, financiera y administrativa así lo permitieran, previo acuerdo con el respectivo departamento. Las medidas de descentralización de competencias que se acaban de reseñar, van acompañadas por una serie de disposiciones en relación con la descentralización de los recursos necesarios para su ejecución por parte de las entidades territoriales. A tal fin, la Constitución establecía los sistemas del Situado Fiscal y de Participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación para la financiación de las competencias en salud y educación descentralizadas en los departamentos y distritos, y en los municipios, respectivamente. La distribución de tales recursos fue reglamentada por la Ley 60 de 1993 según la cual, del monto del total del Situado Fiscal, cada entidad territorial tendría la obligación mínima de asignar el 60% a educación y el 20% a salud. El 20% restante debía ser destinado a educación o salud según las metas y necesidades de cobertura propias de cada departamento.

La misma ley establecía que un mínimo del 50% del Situado Fiscal para salud debería ser aplicado al primer nivel de atención y consecuentemente debía ser transferido a los municipios y distritos que hubieran asumido la competencia de su prestación (artículo 10 parágrafo 1 Ley 60 de 1993³⁵). Los criterios para la distribución de estos recursos del Situado Fiscal entre los municipios estaban establecidos en el artículo 13 de la misma Ley. En la misma línea, de los recursos municipales provenientes de la partici-

³⁴ Los artículos 14 y 16 de la Ley 60 de 1993 señalan el proceso de “certificación” de las entidades territoriales para poder asumir la descentralización de los servicios de educación y salud. Recuérdese que el sistema de certificación hacía referencia a una serie de requisitos institucionales de capacidad técnica y administrativa que debían cumplir las entidades territoriales para ser certificadas por el correspondiente Ministerio como paso previo a la asunción, por su parte, de las competencias descentralizadas que les otorgaba la ley.

³⁵ Lo anterior en reemplazo del artículo 34 de la Ley 10 de 1990 que contenía una disposición similar.

pación en los Ingresos Corrientes de la Nación, un 30% debería ser destinado a educación, un 25% a salud, un 20% a saneamiento básico y agua potable, un 5% a educación física, recreación, cultura y deporte, y el 20% restante sería de libre asignación.

Las disposiciones en materia de descentralización del sector salud fueron complementadas por los contenidos de la Ley 100 de 1993 que señala nuevas competencias en relación con la administración y manejo del conjunto de elementos que conforman el actual SGSSS, en función de los tres grandes ejes del Sistema, a saber, el Régimen Contributivo –RC-, el Régimen Subsidiado –RS- y la red sanitaria pública. De estos tres ejes el primero –RC- queda a cargo de las EPS (públicas o privadas) y sólo mantiene una vinculación funcional al Sistema mediante el FOS-YGA y en cumplimiento de los lineamientos generales trazados por el Estado. Las competencias sobre los dos ejes restantes, esto es la administración del RS y de la red pública de entidades sanitarias, son repartidas entre las diferentes entidades territoriales. A partir de la Ley 100 de 1993, la competencia en materia sanitaria sobre la administración del Régimen Subsidiado quedó a cargo de las direcciones departamentales, distritales o locales -según el grado de descentralización y las competencias asumidas conforme al proceso de certificación y a los postulados generales de la Ley 60 de 1993-, las cuales “suscribirán contratos de administración del subsidio” con las empresas Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS- (públicas o privadas) que serían las encargadas de afiliar a los beneficiarios y de prestar, directamente o a través de contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud –IPS- (públicas o privadas), los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POS-S-. Durante el período de ajuste de los nuevos mandatos legales, se daba competencia al nivel departamental para asumir el proceso de aseguramiento y manejo de los recursos del SGSSS -en calidad de Empresa Promotora de Salud temporal-, hasta el definitivo establecimiento de las ARS como intermediarios financieros y administradoras de subsidios del Régimen Subsidiado.

Por su parte, la red pública de instituciones prestadoras de servicios sanitarios seguiría a cargo de las direcciones locales, distritales o departamen-

tales de salud en los mismos términos propuestos por las Leyes 10 de 1990 y 60 de 1993 y en función de los tres niveles de atención según complejidad, pero bajo el entendido de que a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se debería poner en marcha un “programa de conversión gradual” concertado entre el Ministerio de Salud y las entidades territoriales, con el fin de que las entidades territoriales organizaran internamente tanto el manejo de sus competencias sobre el Régimen Subsidiado, como la integración de las instituciones sanitarias públicas a su cargo al SGSSS mediante la conversión de los hospitales públicos en “empresas sociales del Estado” que entrarían a competir como instituciones prestadoras de salud –IPS- con la IPS privadas. La red sanitaria pública seguirá entonces prestando los servicios sanitarios necesarios a aquellas personas no afiliadas ni beneficiarias de los Regímenes Constitutivo y Subsidiado, es decir de aquellos “vinculados” al SGSSS, hasta el momento en que se cumpliera la meta de cobertura universal –año 2000 según señalaba el artículo 157 de la misma Ley-, y cubriendo las prestaciones no contempladas en el POS-S para los beneficiarios del Régimen Subsidiado hasta el momento en que éstas se igualaran con las prestaciones del POS –años 2001, según el artículo 162-. Para participar de la financiación del Régimen Subsidiado la Ley 100 de 1993 estableció que debían ser destinados 15 puntos porcentuales sobre el 25% de las Participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación destinados a salud (artículo 214.a), y de los recursos del Situado Fiscal, y las rentas cedidas a los departamentos y distritos necesarios para cubrir por lo menos los servicios de segundo y tercer nivel de atención (artículo 214.c). El resto de los recursos se destinarían a la financiación de las demás competencias en materia sanitaria en cada entidad territorial.

3.2. El segundo momento de la descentralización en materia sanitaria. La Constitución de 1991 reformada por los Actos Legislativos 01 de 1996 y 01 de 2001 y los cambios propuestos por la ley 715 de 2001

En los términos en que fueron propuestos, el sistema de descentralización de la salud y el nuevo

SGSSS no arrojaron los resultados esperados. En el Informe “Evaluación de la Descentralización en Colombia: balance de una década” publicado en 2002 por el Departamento Nacional de Planeación, señala que según el diagnóstico del Ministerio de Salud se generaron diversos problemas para el cumplimiento de las funciones asignadas a los gobiernos locales tanto en el campo de la prestación de servicios sanitarios, como en el campo de la administración y garantía de acceso a los servicios de salud en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia³⁶. La coexistencia de los tres ejes del SGSSS y de diferentes niveles competenciales para su manejo y administración con la distribución competencial que operaba ya en función de los niveles de atención, obligaban a tener extremo cuidado en la coordinación, vigilancia y control de cada uno para evitar disfuncionalidades. Sin embargo, la falta de claridad en la distribución de competencias, la limitación de la autonomía de las entidades territoriales, las deficiencias técnicas y administrativas, y la falta de claridad sobre la responsabilidad de cada administración, entre otras, llevaron a que el proceso no lograra desarrollarse de la manera esperada, ni desde el punto de vista de la descentralización, ni desde las metas de calidad y cobertura propuestas por la Ley 100 de 1993. La asignación forzosa de porcentajes determinados de los ingresos de las entidades territoriales a rubros específicos, la disfuncionalidad en el engranaje entre los distintos niveles territoriales y la fórmula legal de repartición de competencias limitaban la autonomía y no permitía suficiente claridad en las responsabilidades de cada uno de los niveles, en la medida en que las competencias asignadas a departamentos y municipios se traslapaban produciendo colisiones y poca claridad en los mecanismos de responsabilidad, rendición de cuentas o solución de conflictos.

En el caso específico del sector salud³⁷ se planteaba que la fórmula entonces vigente de asignación

³⁶ Departamento Nacional de Planeación –DNP–, Dirección de Desarrollo Territorial, *Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década. Tomo I “Marco Conceptual y resultados del progreso municipal”*. Departamento Nacional de Planeación, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002, pág. 92 y ss.

³⁷ “Exposición de Motivos al Proyecto de Acto Legislativo por el cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política [artículos 299,

regional de los recursos derivada del sistema de Situado Fiscal y Participaciones de los municipios en el Ingresos Corrientes de la Nación presentaba inequidades, al punto que en algunos departamentos o distritos se recibían más recursos de los requeridos para atender la prestación del servicio al tiempo que no existían mecanismos de reasignación hacia las entidades que presentaban faltantes. En cuanto a la puesta en marcha del SGSSS, especialmente en lo que se refiere al proceso de transformación de recursos de subsidios de oferta a demanda, se incumplieron los propósitos de manera constante. Estos desajustes derivaron en que los entes territoriales destinaran buena parte de sus propios recursos (rentas cedidas y otros) a la financiación de subsidios a la oferta (financiación de hospitales) lo cual repercutió en el no incremento de la cobertura o en el no mejoramiento de la calidad en las prestaciones sanitarias.

Ante las anteriores dificultades, se planteó la necesidad de una reforma profunda del sistema de financiación basado en el Situado Fiscal y en las Participaciones de los municipios sobre los Ingresos Corrientes de la Nación, y sobre el sistema competencial en el ámbito de los servicios sociales (especialmente educación y salud), la cual se llevó a cabo mediante la expedición del Acto Legislativo 01 de 2001 (reformatorio de los artículos 347, 356 y 357 de la Constitución) y de la Ley 715 del mismo año. La propuesta aprobada por el Congreso y recogida en el Acto Legislativo 01 de 2001, suprimió la fórmula con la que se calculaban las transferencias del Situado Fiscal y las Participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación (artículos 356 y 357 de la Constitución), y creó una bolsa única de recursos para las entidades territoriales denominada el Sistema General de Participaciones. Posteriormente, la Ley 715 de 2001 definió la naturaleza de este Sistema (artículo 1) y estableció la conformación del mismo en tres componentes, a saber, una participación de propósito específico para educación –que corresponderá al 58.5%–, una para salud –que sería del 24.5%–, y una participación de propósito

303, 312, 314 y 323]”, presentado al Congreso de la República por el Gobierno Nacional, 2001. (Proyecto del posterior Acto Legislativo 20 de 2002)

general de libre destinación –del 17%- (artículos 3 y 4).³⁸

En el campo sanitario la Ley 715 de 2001 pretendió “clarificar las competencias y responsabilidades de cada entidad territorial y asignar los recursos con criterios verificables de eficiencia y equidad, que permitan aplicar mecanismos de reconocimiento o castigo de acuerdo con la gestión”.³⁹ Igualmente la Ley propone la creación de mecanismos de formulación de políticas, planeación y control de la oferta pública y privada de servicios de salud, con el fin de lograr un uso eficiente de los recursos del Estado y de los particulares, para cubrir las necesidades de toda la población en los distintos niveles territoriales y de complejidad médica. La Ley dispone así la creación de las llamadas Redes de Servicios que se articularán a nivel departamental y que permitirán organizar y articular los recursos disponibles para atender a la población, y plantea una transformación del “esquema de organización de los hospitales públicos de manera integrada en redes por grupos georreferenciados de instituciones”, y el diseño de una política de prestación de servicios que garantice “un uso eficiente de los recursos públicos y privados disponibles para financiar la atención de salud de la población.”⁴⁰

3.2.1. La nueva distribución competencial en materia de salud

La existencia simultánea de las Leyes 60 y 100 de 1993 –y su articulación con los postulados vigentes de la Ley 10 de 1990-, no logró ser lo suficientemente armónica, probablemente porque ambas cursaron trámite en el Congreso de manera casi si-

multánea pero independiente, de forma tal que no se puso la atención suficiente a las implicaciones que cada una podría tener sobre la otra. Pues bien, la Ley 715 de 2001 intenta “saldar esta deuda” mediante la integración de la descentralización sanitaria y el SGSSS para lo cual propone un doble criterio de distribución de competencias. En primera instancia, establece una distribución en función de los tres grandes ejes del SGSSS –sistema sanitario público (apara la atención mediante el subsidio a la oferta de la población vinculada), el Régimen Subsidiado y el Régimen Contributivo del SGSSS- especificando además los niveles competenciales en materia de salud pública. Adicionalmente señala las competencias específicas que en relación con cada “eje” le corresponderán a cada entidad territorial. Bajo este entendido, la nueva propuesta establece la vinculación de los tres ejes del SGSSS bajo la dirección y coordinación del Estado y mantiene la distribución competencial entre los sub-niveles departamental, distrital y municipal únicamente sobre el manejo del sistema público de sanidad, la salud pública y el Régimen Subsidiado.

El legislador de 2001 dejó de lado la asignación de competencias con base en los niveles de atención sanitaria y optó por entregar las competencias sobre gestión de la prestación de servicios de la red sanitaria pública a los departamentos, con lo cual son ellos los que quedan a cargo de la prestación de los servicios médicos a la población “vinculada” y de la prestación de los servicios no contemplados en el POSS para la población beneficiaria del Régimen Subsidiado. A los municipios les asigna las competencias de afiliación, administración y coordinación del Régimen Subsidiado, lo que incluye el programa de selección e identificación de beneficiarios –SIS-BEN- y la contratación con las ARS, y les asigna además una función de promoción sobre la afiliación al Régimen Contributivo. Esto implica que desaparece el antiguo sistema de certificación de los municipios en el campo sanitario en la medida en que desaparece para ellos la posibilidad de adquirir competencias en materia de prestación de servicios de salud. En cuanto a la salud pública, el artículo 46 de la Ley señala que su gestión es función esencial del Estado y para tal fin “la Nación y las entidades te-

³⁸ Al respecto se puede consultar FINOT, Iván, Descentralización en América Latina: cómo hacer viable el desarrollo local, *Serie Gestión Pública No. 38, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social -ILPES-CEPAL, Santiago de Chile, octubre de 2003, pág. 19*

³⁹ “Exposición e Motivos al Proyecto de Ley por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política, y se dictan otras disposiciones”, que cursó ante el Congreso de la República bajo la rúbrica de Proyecto de Ley 120 de 2001 en el Senado, *Gaceta del Congreso Número 500 del jueves 27 de septiembre de 2001 Pág. 23.*

⁴⁰ *Exposición de motivos al Proyecto de ley 120 de 2001 en el Senado. Gaceta del Congreso Número 500 del jueves 27 de septiembre de 2001. Pág. 26.*

territoriales concurrirán en su ejecución [...].” En este contexto, buena parte de las actividades de promoción y prevención en salud pública que estaban incluidas en los servicios del POS-S fueron trasladadas a los municipios y distritos⁴¹. Finalmente, a los distritos les asigna las mismas competencias que a los departamentos y municipios⁴².

A partir de esta clara separación entre las competencias de las entidades territoriales sobre los tres ejes del SGSSS y en relación con la salud pública, la Ley 715 de 2001 establece las competencias específicas que en su ámbito corresponde a cada entidad, de la siguiente manera:

En cuanto al sistema sanitario en general, el artículo 42 de la Ley 715 de 2001 señala que corresponde a la Nación “la dirección del sector salud y del SGSSS en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional”. Para ello, será de su competencia la formulación, reglamentación, coordinación, seguimiento y evaluación de los sistemas de financiación y de las políticas, planes, programas y proyectos de interés nacional para el sector salud y el SGSSS, y la financiación, cofinanciación, coordinación, y evaluación de programas, planes y proyectos de inversión en materia de salud, con recursos diferentes a los del Sistema General de Participaciones.

⁴¹ Según el segundo inciso del artículo 46 de la Ley 715 de 2002 “[l]os distritos y municipios asumirán las acciones de promoción y prevención, que incluyen aquellas que a la fecha (...) hacían parte del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. [...]” El traslado de dichas actividades estará acompañado del traslado de los fondos del RS que antes se destinaban a dichas actividades hacia la correspondiente entidad territorial, en la proporción que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y con el fin de garantizar su financiación. De ello se exceptúan las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas y a las Entidades Promotoras de Salud Indígenas. Por su parte el artículo 4º del Acuerdo No. 229 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud señala taxativamente las actividades de salud públicas que deben ser trasladadas del RS a las entidades territoriales. Las demás actividades de promoción y prevención de la salud no contempladas en tal listado, no han sido transferidas a los distritos y municipios por lo cual continúan radicadas en las ARS (artículo 5 Ley 715 de 2001). Al respecto se puede consultar la sentencia C- 791 de 2002 de la Corte Constitucional, F.j. 5. M.P. Eduardo Montealegre.

⁴² Solamente excluye de las competencias Distritales las que le corresponden a los departamentos en materia de intermediación entre los municipios y la Nación, y aclara que la prestación de los servicios de salud en los distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta se articularán a la red de prestación de servicios de salud de los respectivos departamentos.

En cuanto a los servicios de salud, a la Nación se reserva la competencia sobre la prestación “los servicios especializados a través de las instituciones adscritas: Instituto Nacional de Cancerología, el Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta y los Sanatorios de Contratación y Agua de Dios⁴³, así como el reconocimiento y pago de los subsidios a la población enferma de Hansen, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. [...]”⁴⁴. En el campo de la salud pública le corresponde a la Nación “definir las prioridades de la Nación y de las entidades territoriales en materia de salud pública y las acciones de obligatorio cumplimiento del Plan de Atención Básica (PAB), así como dirigir y coordinar la red nacional de laboratorios de salud pública, con la participación de las entidades territoriales”, y “adquirir, distribuir y garantizar el suministro oportuno de los biológicos del Plan Ampliado de Inmunizaciones (PAI), los insumos críticos para el control de vectores y los medicamentos para el manejo de los esquemas básicos de las enfermedades transmisibles y de control especial”.

El artículo 43.1 de la Ley 715 de 2001 señala que, atendiendo a las disposiciones nacionales, corresponde a los departamentos “dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el SGSSS en el territorio de su jurisdicción para lo cual habrá de formular sus planes, programas y proyectos para el desarrollo del sector y “adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar, en el ámbito departamental las normas, políticas, estrategias, planes, programas y proyectos” que para el sector formule y expida la Nación. Será también de su competencia “prestar asistencia técnica y asesoría a los municipios e instituciones públicas que prestan servicios de salud, en su jurisdicción” y “supervisar y controlar el recaudo y la aplicación de los recursos propios, los cedidos por la Nación y los del Sistema General de Participaciones con destinación específica para salud, y administrar los recursos del Fondo Departamental de Salud.” Igualmente tendrá las competencias de implementación, administración y coordinación del sistema inte-

⁴³ Sanatorios especializados para enfermos de Hansen.

⁴⁴ Artículo 42.16 Ley 715 de 2001

gral de información en salud en su territorio. Deberá también “adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar la Política de Prestación de Servicios de Salud, formulada por la Nación” (artículo 43.2.3), al tiempo que “preparar el plan bienal de inversiones públicas en salud [...]” (artículo 43.2.7). El departamento tendrá además funciones de vigilancia y control sobre el cumplimiento de las “políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud”, y sobre las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción. En cuanto a la prestación de los servicios corresponde al departamento organizar, dirigir, coordinar, administrar, ejecutar y concurrir en la financiación de la Red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el departamento (artículos 43.2.4 y 43.2.5), efectuar tareas de registro, vigilancia y control sobre las mismas (artículos 43.2.5, 43.2.6 y 43.2.8), gestionar la prestación y, si lo considera pertinente, concurrir en la financiación de los servicios de salud en lo no cubierto con subsidios a la demanda a la población pobre que resida en su jurisdicción mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas (artículos 43.2.1 y 43.2.2), entre otras.

En el campo de la salud pública (artículo 43.3), compete al departamento adoptar, difundir, implantar y ejecutar la política de salud pública formulada por la Nación, garantizar la financiación y la prestación de los servicios de laboratorio de salud pública, establecer la situación de salud en el departamento y propender por su mejoramiento, formular y ejecutar el Plan de Atención Básica departamental, monitorear y evaluar la ejecución de los planes y acciones en salud pública de los municipios de su jurisdicción, dirigir y controlar dentro de su jurisdicción el Sistema de Vigilancia en Salud Pública, y participar de la vigilancia y control sobre medicamentos, y sobre los factores de riesgo del ambiente que afectan la salud humana. En relación con los dos regímenes de aseguramiento del SGSSS, el artículo 43.3.9 le otorga al departamento la competencia sobre la coordinación, supervisión y control de las “acciones de salud pública que realicen en su jurisdicción las Entidades Promotoras de Salud, las demás entidades que administran el régimen subsidiado, las entidades trans-

formadas y adaptadas y aquellas que hacen parte de los regímenes especiales, así como las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud e instituciones relacionadas”. Adicionalmente, el artículo 43.4 le asigna al departamento las competencias de vigilancia y el control del aseguramiento en los regímenes de excepción definidos en la Ley 100 de 1993⁴⁵. Y como excepción al sistema general, la propia Ley⁴⁶ establece que para el caso de los nuevos departamentos creados por la Constitución de 1991⁴⁷, compete al departamento administrar los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud “destinados a financiar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable de los corregimientos departamentales⁴⁸, así como identificar y

⁴⁵ El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señala que el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en ella “no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto- Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato [...]” Para todos estos casos, y para el referente a la protección sanitaria de los grupos étnicos nacionales se prevé la existencia de Regímenes Especiales de protección de las contingencias en salud.

⁴⁶ Artículo 43.4.2

⁴⁷ La Constitución de 1991 dio carácter de departamentos a las antiguas Intendencias de Arauca, Casanare, Putumayo, Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y a las Comisarías del Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada. (artículo 309). La antiguas Intendencias y Comisarías eran divisiones territoriales consideradas como “territorios nacionales” que tenían un régimen especial de protección y dependencia del poder central.

⁴⁸ Se entiende por corregimientos departamentales aquellas zonas existentes en los nuevos departamentos creados por la Constitución de 1991 –antiguas Intendencias y Comisarías-, que no estén dentro de la jurisdicción de un municipio o distrito; en el antiguo sistema, los corregimientos “eran espacios que, por su escasa densidad poblacional y falta de actividades económicas, así como por ciertas consideraciones de orden público, no constituían municipios, y por ello dependían directamente de las autoridades encargadas del manejo de los territorios nacionales [Intendencias o Comisariales]”. (Sentencia C- 141 de 2001 Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1). Son divisiones territoriales dentro de un departamento pero que no corresponden jurisdiccionalmente a ningún municipio o distrito de manera que su mayor autoridad local, el Corregidor, es agente del gobernador departamental. El artículo 98 de la Ley 715 de 2001 señala que la población que habita dichos corregimientos se tendrá en cuenta para los cálculos correspondientes para la distribución de los recursos del

seleccionar los beneficiarios del subsidio y contratar su aseguramiento”.

Por otra parte, el artículo 44 de la Ley 715 señala que corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el SGSSS en el ámbito de su jurisdicción mediante la gestión y administración de los recursos del Fondo Local de Salud, y gestionar y supervisar el acceso de la población de su jurisdicción a los servicios de salud, entre otras. El fuerte de las competencias municipales en materia sanitaria se centra en el aseguramiento de la población al SGSSS (artículo 44.2) (con las excepciones que se derivan de las competencias que en este campo corresponden a los departamentos), en desarrollo de lo cual corresponde al municipio financiar, cofinanciar y ejecutar los recursos para la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable, celebrar contratos para su aseguramiento y realizar el seguimiento y control sobre ellos; manejar y ejecutar el sistema de identificación y selección de beneficiarios -SISBEN-; promover en su jurisdicción la afiliación al Régimen Contributivo del SGSSS de las personas con capacidad de pago y evitar la evasión y elusión de aportes.

En el campo de la salud pública corresponde al municipio adoptar, implementar y adaptar las políticas y planes de conformidad con las disposiciones del orden nacional y departamental, y formular, ejecutar y evaluar el Plan de Atención Básica municipal. Compete también a los municipios en general formular y ejecutar las acciones de promoción, prevención, vigilancia y control de vectores y zoonosis y ejercer en su jurisdicción vigilancia y control sanitario sobre los factores de riesgo para la salud, entre otras. En cuanto al sistema de certificación de los municipios, el parágrafo del artículo 44 señala que “[l]os municipios certificados a 31 de julio de 2001 que hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podrán continuar haciéndolo, si cumplen con la reglamentación que se establezca dentro del año siguiente a la expedición de la presente ley. Ningún municipio podrá asumir directamente nuevos servi-

cios de salud ni ampliar los existentes y están obligados a articularse a la red departamental”.

Los distritos, por su parte, tendrán “las mismas competencias que los municipios y departamentos, excepto aquellas que correspondan a la función de intermediación entre los municipios y la Nación”, con la salvedad de que “la prestación de los servicios de salud en los distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta se articulará a la red de prestación de servicios de salud de los respectivos departamentos. En los mencionados distritos, el laboratorio departamental de salud pública cumplirá igualmente con las funciones de laboratorio distrital” (artículo 45 de la ley 715/2001).

En materia de financiación se establece que los servicios sanitarios serán financiados por las transferencias que para tal fin reciban las entidades territoriales de parte de la Nación y una parte que deberá corresponder a los esfuerzos propios de cada entidad. Complementario a tal determinación, el artículo 54 de la Ley 812 de 2003 (“por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006”) establece que conforme a los postulados de los artículos 50 y 70 de la Ley 715 de 2001, corresponde al Consejo Superior de Seguridad Social en Salud definir, previo un análisis con las entidades territoriales, un plan de generación y reasignación de recursos para lograr el aseguramiento universal de la población al SGSSS.

No sobra agregar que a pesar del panorama que se acaba de presentar, la excesiva reglamentación de la sanidad por parte del legislador estatal ha dejado prácticamente anulada la autonomía de las entidades territoriales en este campo, reduciendo su círculo competencial a labores meramente administrativas del SGSSS. Así, la reglamentación de la Ley 100 de 1993 limitó seriamente muchas de las facultades de regulación, planeación y promoción del desarrollo económico y social que consagra la Constitución a favor de las entidades territoriales, lo cual tiene una clara incidencia en el campo de las competencias sanitarias. Ejemplo de ello es la creación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (artículo 171 de la Ley 100 de 1993), con escasa representación territorial, como ente encargado de definir y regla-

Sistema General de Participaciones. Los recursos para estos corre-gimientos serán administrados por los departamentos, quienes serán los responsables por la prestación de los servicios.

mentar aspectos fundamentales de la administración del SGSSS como el manejo del RS, los consejos regionales de salud, el monto de las cotizaciones para el sistema, los medicamentos esenciales y genéricos, el POS y el POS-S, y el valor de las UPC correspondientes a cada uno de la Planes de Salud. Tras su creación, la competencia reglamentaria y de planeación que constitucionalmente se había consagrado a favor de las entidades territoriales, queda derivada al Consejo.

III. Evaluación de las condiciones del derecho a la salud en Colombia: la eficacia del derecho

Del estudio de los compromisos adquiridos por el Estado en relación con el derecho a la salud, derivados tanto de su adhesión a tratados internacionales como de su propia normativa interna, se desprende que el Estado colombiano está incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones en relación con uno y otro sistema normativo. De hecho las actuales condiciones del sistema sanitario colombiano son realmente precarias tanto en términos de garantizar la universalidad y la equidad en el acceso a los servicios sanitarios como en relación con las metas de salud pública. Según las cifras de la Encuesta Nacional de Calidad de Vida en el año 2003 sólo el 61,7% de la población nacional se encontraba afiliada o era beneficiaria del Sistema General de Seguridad Social en Salud mientras que un 38,3% carecía completamente de cobertura (estas cifras varían según la fuente y hay sectores que aseguran que el índice de cobertura no supera el 56% de la población –Editorial Diario El Tiempo, 27 de diciembre de 2003, pág. 1-20).

Además de todo lo anterior, y dado que en el contexto de violencia que vive Colombia es imposible una separación entre las dificultades generales del país y aquellas que afectan el ejercicio de los derechos, independientemente de los mandatos internacionales, constitucionales y legales sobre el derecho a la salud, o a pesar de ellos, existen otras dificultades que limitan su ejercicio “universal” por parte de la población colombiana. Entre ellos la violencia constituye hoy en día uno de los principales problemas de salud pública del país, tanto en térmi-

nos de número de muertes, como en términos de dolor, enfermedad, deterioro de la calidad de vida y costes económicos para la sociedad y para el sector salud. El desarrollo del conflicto armado colombiano ha afectado la provisión de servicios sanitarios y ha atentado contra la integridad de la Misión Médica de múltiples maneras, comprometiendo el derecho a la salud de la población civil. Las profundas desigualdades sociales, que entre otras cosas se reflejan en el estado de salud de las personas y en las inequidades que se presentan a la hora de acceder a los servicios sanitarios, y la deplorable situación de los derechos humanos en general se han convertido entonces en consecuencia y causa a la vez del conflicto armado, de la impunidad y de la delincuencia.

Ahora bien, al margen de las breves consideraciones que acabamos de plantear en relación con la vinculación entre la situación política y de violencia que vive el país y las condiciones de eficacia del derecho a la salud (asunto que podría ser por sí mismo tema de un estudio monográfico), existen una serie de factores que afectan y comprometen la vigencia del derecho a la salud en Colombia, los cuales podríamos concretar al menos en tres grandes “bloques”: los problemas equidad –tanto a nivel de las prestaciones como en relación con la cobertura social y territorial que plantea el Sistema General de Seguridad Social –SGSSS– y que se traducen en la incapacidad de garantizar la universalidad del derecho; los diversos problemas financieros que han rodeado la puesta en marcha del SGSSS; y las consecuencias de las dificultades que ha planteado la implementación del proceso de descentralización sanitaria.

1. La universalidad y la equidad en el sistema sanitario

Dentro del primer “bloque” de causas, además de los problemas que equidad o equilibrio territorial en materia sanitaria que no han podido saldarse dentro del proceso de descentralización sanitaria (sobre los que volveremos más adelante), en el marco de la Ley 100 de 1993 se genera de entrada un problema de equidad social que afecta los términos de la cobertura y que obedece a dos factores: de un lado al hecho de que el Plan Obligatorio de Salud –POS– que ofrece el Régimen Subsidiado –RS– es muy infe-

rior al POS que se ofrece a los asegurados en el Régimen Contributivo –RC-, o lo que es lo mismo, que el paquete de servicios previstos por el seguro del RS, esto es el POS-S, es muy inferior al paquete de servicios que ofrece el RC -POS-. Del otro, a que en la regulación de la cobertura del RS se planteó que, inicialmente, sólo los estratos más pobres de la población podrían acceder al subsidio, es decir, podrían ser inscritos en el RS, dejando de lado la posibilidad de asegurar a sectores que, si bien no rozan los límites de miseria, tampoco tienen capacidad de pago, con lo cual no pueden participar del RC, quedando así en una categoría de “vinculados” que, pese a haber sido plantada como transitoria, ha devenido en permanente. Veamos:

En relación con la diferencia de contenidos entre el POS y el POS-S debe decirse que en principio se planteó que esta sería eminentemente transitoria y como mucho duraría hasta el año 2001 en el cual se esperaba haber logrado la cobertura universal de manera que los fondos destinados hasta el año 2000 a la ampliación de la cobertura, podrían ser destinados a partir de dicho momento a la ampliación del catálogo de servicios cubiertos por el POS-S. Pero ello, como lo demuestra las cifras transcritas en el capítulo VI, no ha sido así, al punto que en la reforma contenida en la Ley 715 de 2001 se derogó expresamente el último inciso del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 que contenía la previsión de tal transitoriedad. De este contexto se deriva un elemento adicional cual es el de que el monto de la póliza del aseguramiento en el RS, esto es la UPC-S, es, desde el inicio, prácticamente la mitad del monto del RC –UCP-. Y no sólo eso sino que para diciembre de 2003 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió un nuevo acuerdo en el que se aumenta la UPC para el año 2004 en un 7,1% mientras que la UPC-S sólo se aumenta en un 6,2%⁴⁹; es decir, que en lugar de propender por la equiparación de ambas Unidades de Capitación se sigue abriendo la brecha entre una y otra y por tanto la diferencia en los contenidos de cada uno de los Planes de Salud –v.g. POS y POS-S-. Así las cosas, puede decirse que

en términos de aseguramiento de las contingencias de salud de los beneficiarios, la cobertura del RS equivale prácticamente a la mitad que la cobertura del RC y que la diferencia entre uno y otro paquete de servicios sigue creciendo.⁵⁰

Por otro lado, y en relación con aquella parte de la población que está destinada a permanecer en calidad de “vinculada” del Sistema, podría concluirse que lo que existe es un importante vacío en el diseño de políticas tendientes a lograr la cobertura equitativa y universal en la medida en que de un lado se “permite” la evasión de cotizaciones por parte de un grupo poblacional no vinculado al trabajo formal pero que goza de alguna capacidad de pago, y por el otro no se posibilita la inclusión de la población de estratos medios no vinculada al trabajo formal –que incluye un grupo poblacional sin capacidad de pago que se encuentra por encima de los estratos 1 y 2 del SISBEN- al régimen de aseguramiento. Esta población constituye un grupo poblacional que, dada la lógica con la cual se ha manejado el sistema de distribución del subsidio, se encuentra destinado a ser excluido del régimen de aseguramiento, ya que pese a no tener capacidad de pago, tampoco encaja en el nivel de pobreza que exige el SISBEN para otorgar el subsidio. Para entender este fenómeno, es necesario profundizar un poco en la fórmula adoptada por el legislador para la focalización de los recursos de subsidio a la salud.

El proceso de selección de los beneficiarios del RS del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS-, así como la priorización de los beneficiarios de acuerdo con los recursos disponibles, se encuentran regulados por los artículos 8°, 9° y 47 del Acuerdo número 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social, de 1997. Sobre esta base, el Consejo

⁴⁹ Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo del 22 de diciembre de 2003.

⁵⁰ Algunos analistas consideran que para lograr una medición real de la cobertura en un Sistema de Seguridad Social en Salud en el cual se da la posibilidad de aseguramientos parciales o diferenciales, como es el caso colombiano según se acaba de explicar, es necesario medir no sólo el número de afiliados, sino también los recursos disponibles para pagar las primas de aseguramiento y el contenido del paquete de servicios ofrecido. Sobre esta base, de ser tenidos en cuenta ambos factores, las cifras de cobertura del SGSSS en Colombia resultan aún más desalentadoras. Ver al respecto RAMÓN GRANADOS TORAÑO y MARÍA C. GÓMEZ MONTOYA, “La Reforma de los Sistemas de Salud en Chile y Colombia: Resultados y Balance” en: <http://www.medicina.unal.edu.co/ist/revistasp> Consultada en septiembre 2003.

Nacional de Política Económica y Social –CONPE- Saprobo el "Documento CONPES Social n. 22"⁵¹, según el cual la selección de beneficiarios mediante el SISBEN debe llevarse a cabo por medio de la focalización geográfica y la individual. La focalización geográfica consiste en la localización de las áreas geográficas en donde se concentra la población más pobre para aplicar allí programas de política social. Como instrumento técnico básico para esta focalización se utiliza la estratificación socioeconómica de la población que, según el documento citado, "es una herramienta técnica de clasificación de la población que permite establecer, con base en las características de las viviendas, distintos grupos (estratos) de personas con características sociales y económicas similares". Pero como esta herramienta resulta insuficiente en algunos casos, el propio CONPES establece que ella debe complementarse con procesos de focalización individual en los cuales se usa como instrumento técnico básico una "Ficha de Clasificación Socioeconómica de Hogares, Familias o Individuos", que "consiste en un cuestionario corto que se aplica a los hogares, familias o individuos pobres para obtener con detalle información relacionada con el empleo, ingresos y características de las viviendas". Con base en tal encuesta se identifica a los potenciales beneficiarios de programas de auxilios como el Régimen Subsidiado de seguridad social en salud (Ley 100/93, artículos 211-217). A partir de ambos elementos de clasificación se asigna un puntaje a cada individuo, con base en el cual se le clasifica en uno de los 6 estratos o niveles reconocidos por el SISBEN, siendo el SISBEN 1 correspondiente al puntaje más bajo, es decir, al estrato más pobre de la población. La normativa correspondiente ha determinado que los programas sociales basados en la entrega de subsidios, como es el caso del aseguramiento en salud al RS, se centrarán en los niveles 1 y 2 del SISBEN.⁵²

Si partimos de la base de que el proceso de focalización individual se lleva a cabo únicamente dentro de un grupo poblacional que ha sido previamente identificado por el sistema de focalización geográfica como pobre, se entenderá con facilidad que todas las personas clasificadas en el SISBEN, tanto aquellas del nivel 1 como aquellas del nivel 6, son personas que se encuentran dentro de la línea de pobreza, lo cual implicaría que deberían poder ser sujeto de subsidio. Sin embargo, como se explicó ya, ello no es así, en la medida en que los subsidios del RS se centran en los niveles 1 y 2 de SISBEN lo cual condena a las personas clasificadas en los niveles 3, 4, 5, y 6 a permanecer como vinculadas al Sistema dada su incapacidad de pago. En términos de Echeverri, si se analiza la diferencia numérica entre la población con NBI, alrededor de 16 millones de colombianos (que por "clasificar" en los niveles 1 y 2 de SISBEN es potencial asegurada del RS), y aquella que se encuentra en la línea de pobreza, alrededor de 26 millones, se encuentra que en términos de la cobertura del aseguramiento para las personas sin capacidad de pago, el SGSSS invisibiliza aproximadamente a 10 millones de colombianos, subestimando así la magnitud y la heterogeneidad de la pobreza de la población colombiana.⁵³

Esta situación, evidentemente no fue diseñada con vocación de perpetuidad, pues, en la medida en que se planteaba un aumento progresivo de la cobertura, se esperaba que una vez cubiertos los niveles 1 y 2 del SISBEN, el subsidio en salud se fuera extendiendo hacia los niveles 3, 4, 5 y 6 hasta llegar a la universalidad. El problema es que, como se ha mencionado ya muchas veces, las previsiones en este sentido están lejos de completarse, con lo cual existe

res cabeza de familia; y 5) demás población pobre y vulnerable (artículos 8, 9 y 47 del Acuerdo n. 77 de 1997).

⁵³ ECHEVERRI López, Esperanza, "La salud en Colombia: abriendo el siglo ... y la brecha de las inequidades", en *Revista Gerencia y Políticas de Salud* n. 3, Facultad de Ciencias económicas y administrativas, Universidad Javeriana, 2003, pág. 87 a 90. Un estudio más detallado sobre las dificultades que arroja el sistema de focalización del SISBEN y la "línea de corte" para la definición de potenciales beneficiarios del subsidio de aseguramiento en salud, puede consultarse en VEGA Romero, Román, y JARA Navarro, María Inés, "Década de los noventa: discursos de focalización de subsidios en salud", en *Revista Gerencia y Políticas de Salud* n. 2, Facultad de Ciencias económicas y administrativas, Universidad Javeriana, 2002, pág. 95 a 106.

⁵¹ Documento CONPES Social n. 22 "Misión Social, Focalización del Gasto Social en las Entidades Territoriales", CONPES - Departamento Nacional de Planeación –DNP- UDS (1994)

⁵² Adicionalmente, dentro de los Niveles 1 y 2 del SISBEN habrán de priorizarse los potenciales afiliados así: 1) mujeres en estado de embarazo y niños menores de cinco años; 2) población con limitaciones físicas, síquicas y sensoriales; 3) población de la tercera edad; 4) muje-

un grupo poblacional hasta el momento excluido de las posibilidades de participar del sistema de aseguramiento.

2. La estabilidad financiera del Sistema

Dentro del segundo “bloque” encontramos como causas de la ineficacia del derecho a la salud los problemas que se han presentado para conseguir una estabilidad financiera del sistema sanitario en general. Al respecto son especialmente relevantes las dificultades que ha generado el proceso de descentralización de la financiación sanitaria -que han repercutido en la perpetuación de la categoría de “vinculados al Sistema”-, y aquellas derivadas del incumplimiento por parte del Estado en el abono de los aportes que le corresponden para la financiación de la sanidad y en el pago de los servicios facturados por los hospitales públicos que se mantienen bajo subsidio a la oferta.

En cuanto al primer asunto, las principales complicaciones derivan de la normativa del sistema de descentralización de la financiación sanitaria consagrada en los antiguos artículos 356 y 357 de la Constitución y en el fracaso de las políticas de conversión del subsidio de la oferta en subsidio a la demanda. Por un lado, la asignación forzosa de los recursos del Situado Fiscal y de las Participaciones de los municipios en los Ingreso Corrientes de la Nación y su distribución según los cánones legales para la atención del sector salud no garantizaba que en cada entidad territorial se obtuvieran los recursos suficientes para la adecuada prestación de los servicios: en muchos municipios, por ejemplo, las Participación sobre Ingresos Corrientes de la Nación no lograba cubrir los objetivos de eficiencia ni en relación con la prestación de los servicios, ni en materia de incentivar la generación de recursos propios. Adicionalmente, la fórmula de descentralización de los recursos sanitarios de la que venimos hablando contribuyó a que aumentaran o se mantuvieran las inequidades territoriales ya existentes en materia de salud toda vez que en algunos departamentos o distritos se recibían más recursos de los requeridos mientras que no había mecanismos de compensación para las entidades que presentaban faltantes. Por otra parte el proceso de conversión de subsidios en la

oferta en subsidios a la demanda –que se planteó como un proceso paralelo al de la ampliación de la cobertura hacia los sectores “vinculados”- no se ha desarrollado con éxito y su demora ha afectado seriamente las finanzas del Sistema especialmente porque, como se comentó, ha derivado en que en ciertos casos se termine pagando desde ambos subsidios por la prestación de un mismo servicio.

Además de lo anterior, la inestabilidad financiera del Sistema se ve reforzada por el incumplimiento por parte del Estado en punto a realizar los aportes a que se había comprometido para la financiación del SGSSS lo cual ha apuntalado la imposibilidad de ampliar la cobertura sanitaria. A pesar de las previsiones de la Ley 100 de 1993 según las cuales era obligación del Estado aportar el *paripassu*⁵⁴ igual a un punto por cada punto aportado al RS por el RC durante los años de 1994, 1995 y 1996, el gobierno no realizó los aportes completos, y para el año de 1997, para el cual la misma ley establecía que el aporte del Estado podría ser equivalente al de los años anteriores, parece ser que el gobierno interpretó que el aporte podía ser de nulo.⁵⁵ Al igual que otras previsiones de la Ley 100 de 1993, estas también fueron incumplidas. Así lo señalan las cifras aportadas por Granados y Gómez⁵⁶ según las cuales para el año 2000 tan sólo habían sido aportados por el Estado un 35.8% de los recursos proyectados. Ante tal panorama, en dos ocasiones el gobierno ha intentado rebajar las responsabilidades del Estado colombiano en relación con la financiación del RS. La primera de ellas, mediante el artículo 34 de la Ley 334 de 1996 con el cual se modificaba el artículo 221 de la Ley 100 de 1993 reduciendo el aporte de la nación a medio punto sobre el aporte del RC a partir de 1997 y

⁵⁴ Según el planteamiento inicial de financiación del sistema el Estado debería aportar a la cuenta de Solidaridad del FOSYGA –aquella que financia el RS- un peso por cada peso aportado por el RC al RS. Este es el llamado *paripassu*. (artículo 221 de la Ley 100 de 1993, actualmente vigente).

⁵⁵ Ver al respecto, CASTAÑO Ramón, ARBELÁEZ José, GIEDION Ursula, y MORALES Luis G. “Evolución de la equidad en el sistema colombiano de salud”, *Serie Financiamiento del desarrollo, CEPAL, Unidad e Estudios Especiales, Santiago de Chile, 2001, pág. 13 y ss.*

⁵⁶ Ver al respecto RAMÓN GRANADOS TORAÑO y MARÍA C. GÓMEZ MONTTOYA, “La Reforma de los Sistemas de Salud en Chile y Colombia: Resultados y Balance” en: <http://www.medicina.unal.edu.co/ist/revistas/Consultada en septiembre 2003>.

como mínimo a un cuarto de punto a partir de 1998. La segunda, mediante el artículo 40.20 de la Ley 715 de 2001 que compartía objeto con el artículo 34 de la Ley 344 de 1996 al pretender reducir el aporte del Estado a un cuarto de punto del realizado por el RC para la financiación del Régimen Subsidiado. Ambas normas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional al considerar que las medidas señaladas eran incompatibles con la obligación de progresividad en el desarrollo del derecho a la salud que según plantea la Constitución corresponde al Estado (artículo 48 de la Carta).⁵⁷

Así las cosas, es claro que la puesta en marcha del sistema de financiamiento diseñado para el SGSSS, tanto desde el punto de vista de la descentralización financiera como desde lo que atañe a los aportes del Estado central, no está ayudando a la garantía del derecho a la salud. Al respecto, un estudio de la CEPAL⁵⁸ sobre la equidad del sistema de salud en Colombia (2001) señala que la escasez de recursos para la ampliación de cobertura, sumada a la evasión de aquellos trabajadores independientes con capacidad de pago que deciden no afiliarse al RC y al incumplimiento del gobierno nacional de pagar el *paripassu*, condenan el sistema al fracaso. Si a lo anterior se agrega que las proyecciones iniciales del modelo suponían su desarrollo en el marco de un ritmo de crecimiento económico del 5 % en el que disminuiría el desempleo y el empleo informal, a cambio de lo cual se vio un claro decrecimiento económico, especialmente durante los años 1998 y 1999 en los cuales el país sufrió una fuerte recesión, se entenderá la debilidad financiera del sistema. En términos de Restrepo estas condiciones son indicativas de que el sistema de financiación del SGSSS presenta claros síntomas de estancamiento, lo que lleva a que se estanque también la posibilidad de ampliación del RS encargada a las entidades territo-

riales, y lo que sugiere además la imposibilidad de ampliar los subsidios del POS-S para igualarlos al POS.⁵⁹

3. Las políticas públicas de descentralización

El proceso colombiano de descentralización, que en términos generales podemos definir como un proceso híbrido, fue pensado como una salida para la solución de un doble problema: de un lado ha buscado reglamentar u organizar de una vez el ordenamiento territorial en Colombia –lo cual se ha hecho mediante una distribución de competencias con una lógica sectorial-, y por el otro ha pretendido lograr el “buen gobierno” de los diversos territorios, para lo cual ha predominado una lógica territorial.⁶⁰ De tal propuesta se ha obtenido un panorama de descentralización territorial y desconcentración sectorial en el marco del cual se han implementado una serie de políticas públicas que combina elementos de descentralización con elementos de centralismo; unas políticas públicas en las que predomina la lógica sectorial y otras en las que cobra más fuerza la lógica territorial y ambas cohabitan como dos maneras de mantener la cohesión social en el país. Esta condición de modelo híbrido es la que ha propiciado algunas de las dificultades al momento de precisar las competencias, las responsabilidades y la coordinación entre los diferentes entes territoriales, afectando, evidentemente, las condiciones de la prestación de los servicios y con ello la eficacia de los derechos sociales.

Se han detectado al menos cuatro elementos que han dificultado el proceso de descentralización, especialmente el que se inicia con la expedición de la Carta de 1991: la falta de apoyo político tanto desde el gobierno central como desde las entidades territoriales, la escasa participación ciudadana, la debilidad

⁵⁷ Los procesos de inconstitucionalidad de las normas comentadas se resolvieron mediante las sentencias C-1165 de 2000 para el artículo 34 de la Ley 344 de 1996 y C-040 de 2004 para el artículo 409.20 de la Ley 715 de 2001.

⁵⁸ CASTAÑO Ramón, ARBELÁEZ José, GIEDION Ursula, Y MORALES Luis G. “Evolución de la equidad en el sistema colombiano de salud”, Serie Financiamiento del desarrollo, CEPAL, Unidad e Estudios Especiales, Santiago de Chile, 2001.

⁵⁹ RESTREPO Zea, Jairo Humberto, “El seguro en salud para los pobres en Colombia: una cuestión de derecho y economía”, en revista Pensamiento en Salud Pública, El derecho a la salud, Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia, 2001, pág. 179 y ss.

⁶⁰ JOLLY, Jean-Francoise, “Región y Descentralización :enfoque económico versus enfoque político”, Ponencia para el Seminario Nacional Lo Regional en Colombia del Siglo XXI, mesa de trabajo, Descentralización y Región, 4 de octubre de 2001. Versión consultada en Internet en la página del Instituto Internacional de Gobernabilidad de la Universidad de Cataluña en Barcelona como paper n. 50.

institucional de los entes sub-nacionales que se refleja en el deficiente manejo de las relaciones fiscales intergubernamentales, y la determinación centralizada de la gran mayoría de las facultades tributarias subnacionales. Dentro de estos cuatro elementos, la demora en la promulgación de una ley de ordenamiento territorial es la primera señal de la falta de voluntad política realmente descentralizadora y ha derivado en una peligrosa “confusión” en la distribución de competencias y en el aumento de la dispersión de responsabilidades de los diversos entes territoriales. De igual manera, el paralelismo entre el llamado proceso de “descentralización sectorial” y el de descentralización territorial no se ha articulado correctamente, de manera que el accionar del Estado se sigue rigiendo por criterios más sectoriales que territoriales y los proyectos de inversión y las políticas fiscales y financieras siguen dependiendo del gobierno central.

Las dificultades del proceso de descentralización sanitaria, por su parte, responden a dos causas generales: de un lado a las dificultades que platearon las *propuestas normativas* que se desprenden de los contenidos de las Leyes 10 de 1990 y 60 y 100 de 1993 en relación con la descentralización del sector y que obligaron a un replanteamiento de la materia mediante el Acto Legislativo 01 de 2001 y la Ley 715 del mismo año; y del otro a los problemas de *implementación del Régimen Subsidiado de Salud*, que han sacado a relucir los problemas de cobertura del servicio y las dificultades para garantizar la estabilidad financiera del Sistema.

En términos de la propuesta normativa que hasta el año 2001 implicaba la articulación de las normativas derivadas de las Leyes 10 de 1990 y 60 y 100 de 1993, una de las principales dificultades se originó en la falta de armonización entre los tres cuerpos normativos. Así, la que inicialmente fue planteada como una descentralización en función de los niveles de complejidad científica de las instituciones sanitarias según la Ley 10 de 1990, se vio rápidamente reemplazada por un proceso de descentralización basado en los postulados de la Ley 60 de 1993 (complementados por los de la Ley 100 del mismo año) conforme a los cuales la distribución competencial obedecía a criterios más administrativos reser-

vando las facultades legislativas casi por completo al poder central; se descentralizaron básicamente las competencias relacionadas con a la administración del Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre la base de que las instituciones sanitarias públicas se convertirían en empresas sociales del Estado con un alto grado de autonomía y que entrarían a competir con las instituciones privadas en la venta de servicios al sistema de manera, excepción hecha del manejo de la red pública que se mantendría durante el proceso de transición, no se repartirán más competencias relativas a la prestación de los servicios sanitarios.

Pero visto que esta propuesta normativa no se logró articular con la anterior y que esta circunstancia se unió a un nefasto proceso de certificación de los entes territoriales que querían recibir el traspaso de competencias sanitarias que les correspondían, a poco más de 5 años desde la entrada en vigor de las Leyes 60 y 100 de 1993, el legislador colombiano decidió cambiar nuevamente los parámetros del proceso de descentralización. Para ello, y con base en los mandatos de la Ley 715 de 2001, se cambió no sólo el régimen competencial de salud sino también su sistema de financiación. La nueva normativa ordena una distribución competencial en función de los tres grandes ejes del SGSSS -sistema sanitario público (apara la atención mediante el subsidio a la oferta de la población vinculada), el Régimen Subsidiado y el Régimen Contributivo del SGSSS- y en relación con la salud pública, entregando las competencias sobre gestión de la prestación de servicios de la red sanitaria pública a los departamentos -que quedan a cargo de la prestación de los servicios médicos a la población “vinculada” y de la prestación de los servicios no contemplados en el POS-S para la población beneficiaria del Régimen Subsidiado- y asignando a los municipios únicamente competencias de afiliación, administración y coordinación del Régimen Subsidiado. Sobre esta base, desaparece el antiguo sistema de certificación de los municipios en el campo sanitario en la medida en que desaparece para ellos la posibilidad de adquirir competencias en materia de prestación de servicios de salud.

De lo anterior se desprende que, en el campo de la descentralización sanitaria, el legislador colom-

biano no se ha centrado. En el brevísimo lapso de 11 años se ha cambiado parcial pero radicalmente el sistema de distribución competencial en materia sanitaria y dos veces el sistema de descentralización de la financiación para el sector salud, lo cual es muestra clara de la inconformidad de los poderes del Estado con las fórmulas de planeación y los resultados del proceso de descentralización, y de la incomprensible “manía” del legislador colombiano de creer que los problemas de las políticas públicas y de los servicios sociales en el país se solucionan simplemente con cambios legislativos, sin analizar a fondo las causas de los descalabros y las mejores vías para su posible solución. Para la muestra, actualmente cursan en el Congreso una serie de proposiciones de reforma de la Ley 100 de 1993 entre las cuales la propuesta por el gobierno pretende cambiar nuevamente el reparto competencial a partir de una profunda reorganización del Régimen Subsidiado mediante un esquema financiero centralizado.⁶¹

⁶¹ Desde 2004 se han inscrito en el Senado y en la Cámara de Representantes más de una decena de proyectos de reforma del SGSSS; entre ellos los más relevantes son los proyectos de ley 19/2004 en el Senado, Por la cual se reforma el libro segundo de la Ley 100 de 1993 y se constituye el Sistema de Seguridad Social en Salud Integral; 31/2004 en el Senado, Por el cual se realizan modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud; 33/2004 en el Senado, Por el cual se realizan modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y se dictan otras disposiciones respecto al fortalecimiento del ejercicio de las Profesiones de la Salud; 38/2004 en el Senado, Por la cual se adiciona el artículo 157, de la Ley 100 de 1993, para permitir el pago en el exterior de aportes en salud, para la vinculación y atención de nacionales al Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones; 52/2004 en el Senado y 179/2005 Por el cual se realizan modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y se dictan normas orgánicas en materia de Recursos y Competencias de conformidad con los artículos 48, 49, 356 y 357 de la Constitución Política; 98/2004 en el Senado, Por el cual se reforman los libros segundo y tercero de la Ley 100 de 1993 y se crea el Sistema Integrado de Seguridad Social en Salud (SISESA); 115/2004 en el Senado y 081/2004 en Cámara por el cual se amplía la cobertura en la Prestación de Servicios de Salud a los Estratos 1, 2 y 3; 148/2004 en el Senado, por el cual se organiza la prestación de los servicios de salud y saneamiento ambiental en forma descentralizada, se establece el Subsistema de Salud Familiar y Comunitario, se modifica el libro II del Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones; 151/2004 en el Senado, Por la cual se modifica en lo que compete al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan normas Orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 48, 49, 356 y 357 de la Constitución Política; 239/2005 el Senado y 165/2003 en Cámara Por la cual se vincula el núcleo familiar de las madres comunitarias al Sistema

4. Universalidad, equidad social y equilibrio territorial: implementación del Régimen Subsidiado de Salud

En lo que tiene que ver con los servicios sociales y específicamente con la sanidad, las políticas públicas de descentralización en Colombia no parecen haber servido para solucionar los problemas de la eficiencia y cobertura del servicio. De hecho los indicadores utilizados en este trabajo muestran como los índices de cobertura del Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran prácticamente estancados desde hace varios años y no presentan perspectivas claras de mejorar. Ello se refleja a su vez en los niveles de inequidad que se presentan entre personas y zonas del país en relación con el acceso al Sistema en general y a los servicios sanitarios en particular. De ahí que los niveles de equidad social y de equilibrio territorial en relación con sanidad sigan siendo una de las principales preocupaciones en esta materia.

Así como se han presentado problemas en el campo competencial, el proceso de descentralización sanitaria no parece haber contribuido significativamente en la consecución de la cobertura universal del SGSSS. El “desorden” presupuestario al que hemos hecho mención llevó también a que, entre otras cosas, el proceso de transformación de recursos del subsidio a la oferta en recursos de subsidio a la demanda propuesto por la Ley 100 de 1993 haya sido lento e insuficiente, lo cual ha repercutido naturalmente en el proceso de ampliación de la cobertura del SGSSS. Pese al innegable aumento en la cobertura del sistema de aseguramiento, que se vio claramente incrementado por la entrada en funcionamiento del Régimen

Subsidiado –RS-, las metas de universalización del servicio no se han cumplido aún, cuatro años después de la fecha límite propuesta inicialmente por el legislador.⁶² Así lo demuestra un repaso de los

⁶² Según el último inciso del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 “A partir del año 2000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162.” Vista la imposibilidad material de cumplir dichas

niveles de cobertura del SGSSS, y especialmente de los niveles de cobertura del aseguramiento del RS en cada uno de los departamentos y distritos del país. Un estudio del nivel de la cobertura de cada uno de los regímenes de aseguramiento y la relación de la cobertura del RS –la que compete a las entidades territoriales- con la población con NBI y con aquella que se encuentra en la Línea de Pobreza –LP- en cada departamento, así como de las cifras globales de afiliación a los Regímenes Subsidiado y Contributivo ofrecidas por las Encuestas Nacionales de Calidad de Vida –ENCV- de 1997 y 2003 elaboradas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –DANE-, y la Encuesta Nacional de Hogares –ENH- de 2000 de Profamilia, dejan como resultado que no sólo no se ha logrado un nivel de cobertura universal sino que ni siquiera se ha logrado cubrir mediante el aseguramiento al total de la población con Necesidades Básicas Insatisfechas –NBI-. Tampoco se ha dado cobertura a la población que, si bien no está en los límites de la miseria, si se encuentra dentro de la línea de pobreza. De hecho, hasta el año 2002, sólo en los casos de Bogotá y Quindío el RS había cubierto plenamente al menos a la población con NBI, mientras que el resto de los departamentos y distritos las cifras no superaban, en promedio, el 70% de esta población, siendo la cobertura en algunos casos muy inferior a dicho promedio, como es el caso del 42% en el Vichada o el 48% en Bolívar, Magdalena o Santa Marta. Vale aclarar además que las cifras de cobertura del departamento del Quindío incluyen aquellas derivadas del subsidio del Fondo de Recuperación de Eje Cafetero otorgado de manera extraordinaria a partir de 1999 a raíz de la tragedia natural que tuvo lugar en la zona y que dejó “sin nada” a buena parte de la población⁶³, lo cual quiere decir que el mérito de la ampliación de la cobertura en esta zona no representa un triunfo del SGSSS. Y estas cifras no mejoran para el año 2003 en el cual se calculó que el índice de población con NBI beneficiaria del Sistema tampoco superaba el 70%. Así lo señala el Informe del Consejo Nacional

metas, el inciso en comento fue expresamente derogado por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.

⁶³ En 1999 la ciudad de Armenia, capital del Quindío, sufrió un gravísimo terremoto que devastó buena parte de la región.

de Seguridad Social en Salud –CNSSS- 2003 al Congreso de la República en el cual el Consejo manifiesta que, en relación con el Informe del año 2002, la cobertura de la población con NBI aumentó sólo del 68,5% al 69,7. Por su parte, de acuerdo con los datos ofrecido por el Informe del CNSSS del año 2005, la cobertura del Régimen Subsidiado en 2004 llegaba apenas al 34% de la población.

En relación con el *equilibrio territorial*, además, las cifras de porcentaje de población con NBI cubierta por el SGSSS ponen de presente que en términos generales, son los departamentos más pobres los que sufren menores niveles de cobertura, con lo cual resulta cuanto menos dudoso el beneficio que en tales casos han aportado el nuevo sistema de organización del sistema sanitario y la descentralización del mismo.⁶⁴ Así, en departamentos como Amazonas, Córdoba, Chocó, Guainía, Guaviare, Putumayo, Sucre, Vichada y Vaupés, entre otros, este porcentaje no supera el 60% de la población con NBI, lo cual hace suponer que en conjunto, la cobertura total del SGSSS es igualmente deficiente.

Frente a este panorama, y partiendo de la base de que en Colombia el proceso de descentralización se plantea como una herramienta para lograr mayor eficiencia en la reducción de las diferencias sociales y la mejora de las condiciones de vida de la población⁶⁵ -mediante un reparto más eficiente de las competencias entre los distintos niveles de gobierno en donde la redistribución que implica la descentralización se ve como una forma para suplir efectivamente la canasta básica de los ciudadanos de los diferentes territorios de un Estado-, tendríamos que concluir

⁶⁴ Una reflexión en este mismo sentido, es decir, en cuanto a que la descentralización no había arrojado los resultados esperados en punto a disminuir las diferencias socio-económicas entre las diferentes regiones del país, la hacía en 1984 Villar, al señalar que la mayor parte de los ingresos presupuestales estaban localizados en Cundinamarca, Antioquia, Valle y Atlántico, mientras que las entonces Comisarias del Vichada y Vaupés, y los departamentos de Boyacá, Bolívar, Cauca, Córdoba, Chocó, Huila, Magdalena y Nariño contaban con recursos fiscales y niveles de producción muy inferiores, a pesar de las medidas de descentralización adoptadas. Al respecto se puede consultar VILLAR BORDA, Luis, *Democracia municipal*, Colección: Autores Hispanoamericanos de Derecho Público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1984, pág. 132.

⁶⁵ AYALA CAÑÓN, Luis, MARTÍNEZ LÓPEZ, Rosa, RUIZ-HUERTA, Jesús, 2001, *Op. Cit.*, pág. 7

que, aunque se han presentado mejoras en las condiciones sanitarias nacionales, el país se encuentra aún lejos de cualquier meta de reducción de diferencias sociales y de eliminación de la pobreza. Dado el altísimo porcentaje de la población que se encuentra en situación de NBI y en la línea de pobreza y que aún no cuenta con cobertura del SGSSS, debemos decir que las medidas de descentralización de la salud en tanto servicio público -que como prestación social tiende a satisfacer eficientemente los derechos sociales de los ciudadanos- no ha cubierto las expectativas como medida para propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos y la eliminación de las diferencias sociales; la descentralización sanitaria no parece haber sido hasta ahora efectiva como herramienta para la lucha contra la pobreza.

Ante el evidente “fracaso” en punto a la consecución de la cobertura universal del sistema sanitario, en el marco de la Ley 812 de 2003 (por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006), el legislador estableció nuevos mecanismos tendientes a conseguir una ampliación de la cobertura sanitaria, especialmente en el campo del RS. Según dicha norma los recursos percibidos por las entidades territoriales (propios o por transferencia, y aquellos originados en la transformación de subsidios a la oferta en subsidios a la demanda) deberán destinarse a la reestructuración de la red hospitalaria y a la consecución de las metas de la ampliación de la cobertura que define el propio Plan Nacional de Desarrollo. Los recursos originados en esta transformación, continúa la Ley en comento, no podrán ser utilizados por las entidades territoriales para garantizar la continuidad de los ya beneficiarios del sistema sino únicamente para la ampliación de la cobertura. Adicionalmente dentro de las prioridades de inversión de los departamentos, distritos y municipios se establece la ampliación de la cobertura del RS para lo cual deberán emplear también los recursos procedentes de la liquidación de contratos anteriores de administración del RS y los rendimientos financieros (artículo 54).

Por otro lado, en relación con la *equidad social* ya se ha señalado en otra parte de este texto que además de la confusa distribución de competencias

en materia sanitaria y de los problemas financieros del sistema de salud, existen causas estructurales del Sistema General de Seguridad Social en Salud que hacen del mismo un sistema inequitativo y con pocas perspectivas en punto a lograr la universalidad de la cobertura que prometía la propuesta legislativa inicial. Al respecto sólo cabría agregar que el “desorden” presupuestario del Sistema originado en la “problemática” normativa de descentralización financiera del servicio (al cual ya hemos hecho mención) llevó también a que el proceso de transformación de recursos de subsidio a la oferta en recursos de subsidio a la demanda haya sido lento e insuficiente, lo cual repercutió en el proceso de ampliación de la cobertura del sistema sanitario. Aunque la cobertura ha crecido, las metas legislativas de universalización del servicio y por tanto de consecución de la equidad social no se han cumplido aún, cinco años después de la fecha límite propuesta inicialmente por el legislador. De hecho, según los datos que se presentan en la investigación no sólo no se ha logrado un nivel de cobertura universal sino que ni siquiera se ha logrado cubrir mediante el aseguramiento al total de la población con Necesidades Básicas Insatisfechas –NBI-, lo cual implica que tampoco se ha dado cobertura a la población que se encuentra dentro de la línea de pobreza.

5. El derecho a la salud en Colombia a la luz de los indicadores del derecho internacional de los derechos humanos

El panorama sobre el desarrollo del Sistema de salud y de las actuales condiciones de cobertura del mismo que hemos presentado, nos permite ahora una evaluación no sólo de dicho panorama sino más globalmente de la eficacia del derecho a la salud en Colombia con base en los indicadores establecidos por el Comité de DESC de la ONU para este fin y que presentamos al inicio de este trabajo (v.g. asequibilidad o disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad). Lo anterior sobre la base de que para Colombia, además de las obligaciones que en materia de garantía del derecho a la salud se derivan de la Constitución, existen una serie de deberes que se desprenden de su adhesión a los tratados y convenios internacionales que consagran a la salud como

un derecho de la persona humana y cuya eficacia debe estar garantizada por los Estados, *so pena* de incumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos. La vinculatoriedad de dichos deberes está además reforzada por el derecho interno en la medida en que la propia Constitución señala, en su artículo 93, que “[l]os tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...)” Las normas internacionales sobre derechos humanos ratificadas por Colombia conforman un solo cuerpo normativo con los postulados de la Constitución. Es el llamado *bloque de constitucionalidad*⁶⁶.

5.1. Asequibilidad o disponibilidad

Como tuvimos oportunidad de señalar anteriormente, la obligación de *asequibilidad o disponibilidad* en relación con el derecho a la salud hace referencia a que el Estado debe garantizar, al menos, la existencia de un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios, personal sanitario y centros de atención de la salud, así como de programas de atención sanitaria, según las necesidades de la población de referencia, respecto de los cuales se garantice la igualdad en las posibilidades de acceso. Adicionalmente esta obligación implica la de garan-

tizar la disponibilidad suficiente de los factores determinantes básicos de la salud.⁶⁷

Respecto de la situación del derecho a la salud en Colombia y su relación con este primer indicador, lo primero que hay que decir es que, como se ha visto, las posibilidades de acceso a los establecimientos de salud –de cualquier categoría-, y por consiguiente la posibilidad de acceso a servicios de atención sanitaria profesional en el marco del SGSSS está determinada por la forma de vinculación del usuario al Sistema, es decir, depende de si éste se encuentra como beneficiario del RC o del RS, o si por el contrario se encuentra en calidad de “vinculado”, lo cual de entrada cuestiona la equidad en el acceso a los servicios. Aún cuando se supone que en cualquier caso se debe proporcionar a la persona la posibilidad de acceder a los servicios sanitarios en igualdad de condiciones, lo cierto es que en la actualidad, dada la diferencia que se presenta entre los contenidos del POS (para el RC) y del POS-S (para el RS), y dadas las diferencias entre ambos Regímenes y el complejo de usuarios “vinculados” al Sistema, la posibilidad de acceso a determinados servicios sanitarios sigue dependiendo, entre otros factores, de la capacidad económica del usuario. Así lo refleja los datos ofrecidos por Jaramillo según los cuales entre un 6% y un 9% de la población total no accede a asistencia sanitaria de ningún tipo, siendo en un 51% de los casos las causas económicas las que disuaden a los usuarios de pretender tal acceso.⁶⁸

⁶⁶ El concepto de bloque de constitucionalidad en Colombia es heredero de la figura homónima en el derecho francés, de manera que se entiende por tal, el conjunto de normas de rango constitucional formado por la propia Constitución y por otras normas de derecho internacional que adquieren tal rango por disposición de la propia Carta. En el derecho francés el concepto de bloque de constitucionalidad tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional y surge de la consideración de que, dado que el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Sobre este concepto se puede consultar FAVOREU, Louis “El bloque de constitucionalidad” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n. 5, Madrid, pág. 46 y ss, y PARDO FALCÓN, Javier, *El Consejo Constitucional Francés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 115 y ss.*

⁶⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, *Observación General 14, párrafo 12*

⁶⁸ JARAMILLO Pérez, Iván “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. *Departamento Nacional del Planeación –DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002, pág. 124 y 125.* Al mismo fenómeno de que la falta de recursos económicos es una de las principales razones por las cuales una parte de la población no accede a los servicios sanitarios, se refieren CÉSPEDES y colaboradores al señalar que cerca de la mitad de la población de los estratos 1 y 2 de 9 ciudades colombianas no utiliza los servicios de salud, aduciendo en un 66% de los casos la escasez de recursos económicos. CÉSPEDES, J.E., JARAMILLO, I. y MARTÍNEZ, M. “Efectos de la reforma de la seguridad social en salud en Colombia sobre la equidad en el acceso y a utilización de servicios en salud”, en *Revista de Salud Pública* 2, 2000, pág. 145 a 164. Sobre este punto ver igualmente ECHEVERRI López, Esperanza, “La salud en Colombia: abriendo el siglo ... y la brecha de las inequidades”, en *Revista Gerencia y Políticas de Salud* n. 3, Facultad de Ciencias económicas y administrativas, Universidad Javeriana, 2003, pág. 89

Estas cifras, aunque menores, siguen siendo escandalosas en los resultados de la Encuesta Nacional de Calidad de Vida de 2003 según la cual de las personas enfermas el 39,3% no solicitaron atención médica por falta de dinero.

Lo mismo ocurre en cuanto a la obtención de los medicamentos recetados por los médicos tratantes. Según la Defensoría del pueblo, La entrega de medicamentos es uno de los puntos débiles del Sistema toda vez que los copagos a cargo de los usuarios implican un “gasto de bolsillo” que en muchos casos los usuarios no pueden costear. El 47% de los usuarios [que han instaurado una acción de tutela alegando la violación del derecho a la salud] manifestaron tener problemas con la entrega de medicamentos. El llamado “gasto de bolsillo” se convierte fácilmente, según la Defensoría, “en una barrera de acceso a los servicios de salud y puede ser un gran generador de pobreza dado que puede representar una porción importante de los ingresos de un hogar en un año (...). Si se acepta como “objetivo de un sistema de salud el de la protección financiera de los hogares frente al riesgo de empobrecerse a causa del gasto de bolsillo derivado de la enfermedad o trauma (...), no se justificaría que el gasto de bolsillo en materia de atención sanitaria para las familias pobres ascienda al 6% del total de sus ingresos”.⁶⁹

En cuanto a la existencia de un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios, personal sanitario y centros de atención de la salud, el informe del Departamento Nacional de Planeación señala que entre 1990 y 2000 los hospitales del segundo y tercer nivel tuvieron un mayor desarrollo en infraestructura e incluso aumentaron en número en un 11% y 20% respectivamente, al tiempo que los centros de salud aumentaron en un 5%, mientras que los hospitales del primer nivel no reportaron crecimiento alguno. Lo anterior, sin embargo, no permite afirmar que la infraestructura sanitaria haya crecido de manera acorde con las necesidades poblacionales, si se tiene en cuenta que para el mismo período la población total creció en un 19%, con lo cual, en

términos generales (excepción hecha del caso de los hospitales de tercer nivel) la capacidad de las instituciones sanitarias no creció ni siquiera en proporción al crecimiento poblacional.⁷⁰

En materia de salud pública, que además del denominado Plan de Atención Básica -PAB- de atención a las personas incluye una atención al ambiente tendiente a garantizar condiciones generales de salubridad, el Informe mencionado basa su medición respecto de los resultados de la descentralización en salud en el avance de los índices de vacunación y en general en las actividades de promoción y prevención en el área sanitaria. Al respecto señala que las vacunaciones han crecido de manera sostenida, lo mismo que las visitas domiciliarias, al tiempo que el personal promotor en salud ha crecido casi a la par con el crecimiento poblacional.⁷¹ Así las cosas, la cobertura de vacunación infantil en menores de un año, alcanzaba para 2001 al 85,5% del total de la población de referencia, cifra esta bastante alentadora en términos de universalización del servicio, aunque todavía insuficiente.⁷²

No obstante la bondad de las anteriores cifras, no se puede decir lo mismo en relación con los otros elementos que componen los “factores determinantes básicos de la salud”, esto es el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas. Al respecto las cifras del Ministerio de Salud señalan que sólo un 70% de la población colombiana cuenta con acceso a agua de buena calidad, sobre un total del 94% de la población con cobertura de acueducto, población que es urbana en su gran mayoría. En el

⁷⁰ JARAMILLO Pérez, Iván “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. Departamento Nacional de Planeación -DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002, pág. 120 y 121.

⁷¹ JARAMILLO Pérez, Iván “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. Departamento Nacional de Planeación -DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002, pág. 122 y 123.

⁷² Datos citados en el Informe Situación de la Salud en Colombia: indicadores básicos 2002, apartado “Indicadores de Morbilidad: Cobertura de vacunación 2002.”. Las cifras hacen referencia a la vacunas de DTP, Anti-poliomelítica, BCG, anti-hepatitis B y Anti-maemophilus influenza tipo B.

⁶⁹ Defensoría del Pueblo, “La tutela y el derecho a la salud: causas de las tutelas en salud”, Bogotá, 2004

caso de la población rural (28,2% del total de la población colombiana), sólo un 27% cuenta con servicio de conexión a acueducto. Sólo un 87,3% de la población cuenta con un servicios de alcantarillado, porcentaje sobre el cual el 89% está localizado en las zonas urbanas, y sólo el 84% de la población urbana cuenta con servicios de recolección y eliminación de basuras. Adicionalmente estas cifras muestran desigualdades extremas cuando se estudian en relación con los departamentos y el tamaño de los municipios. A partir de allí se observa que los departamentos de Chocó, Córdoba y Caquetá son los menos favorecidos con sistemas de acueducto en la medida en que del total de su población sólo el 54%, el 43% y el 43,1%, respectivamente, cuentan con este servicio, mientras que Bogotá y Atlántico logran una cobertura del 98.1% y 97%, respectivamente. Bajo estas condiciones sanitarias la población de referencia además de pertenecer a los estratos más pobres de la población colombiana, resulta cada vez más vulnerable a enfermedades físicas derivadas de las precariedad de las condiciones de salubridad que le rodean.⁷³ Así lo indican también las cifras de mortalidad y morbilidad infantil según las cuales la mayoría de los casos de muerte infantil se presentan antes de que los menores cumplan un año de vida y están ocasionadas por infecciones gastrointestinales y de las vías respiratorias relacionadas con la falta de agua potable, de alcantarillado y de condiciones medioambientales sanas, es decir, con la pobreza.⁷⁴

Finalmente, en cuanto hace referencia a la existencia de programas de atención sanitaria y al acceso a los medicamentos definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS, ambos factores han sido contemplados por la Ley 100 de 1993 al consagrar la existencia del POS y del POS-S, de los demás planes de salud (PAB, entre otros), y de los catálogos de medicamentos asociados

a cada uno de los planes. Sin embargo es claro que dadas las deficiencias generales del Sistema (comentadas anteriormente), en la actualidad los planes propuestos por el SGSSS no garantizan posibilidades de acceso equitativas ni a los planes de salud, ni a los medicamentos subsidiados.

Con todo lo anterior llegamos a la conclusión de que, en este campo, el Estado Colombiano se ha limitado al cumplimiento de la obligación de "adoptar medidas" normativas⁷⁵ tendientes a lograr la igualdad en materia de asequibilidad o disponibilidad en el sistema sanitario. Pero los resultados esperados sobre tales medidas son bastante desalentadores, no solamente desde el punto de vista de la disponibilidad de la asistencia sanitaria, sino más aún, en relación con los "factores determinantes básicos de la salud" (agua potable y saneamiento básico) cuyos índices de cobertura son ciertamente precarios y denotan profundas desigualdades. Más allá del cumplimiento de esta primera obligación de adoptar medidas legales, en términos de cumplimientos de mínimos sanitarios, los resultados siguen siendo muy insuficientes.

5.2. Accesibilidad

En estrecha relación con el indicador de asequibilidad, el Comité de DESC de la ONU propone como mínima obligación del Estado la de garantizar la *accesibilidad* de todos, sin ningún tipo de discriminación, a los establecimientos, bienes y servicios de salud, supuesto dentro del cual la accesibilidad presenta dos dimensiones, a saber, la no discriminación en términos de garantizar que la asistencia sanitaria sea accesible para todas las personas - especialmente para los grupos más vulnerables de la

⁷³ Datos extraídos de "La situación de la salud en la población colombiana: análisis desde la perspectiva de la equidad", por ALVAREZ Castaño Luz Stella, en revista *Pensamiento en Salud Pública, El derecho a la salud, Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia, 2001, pág. 111 y ss.*

⁷⁴ LLERAS de la Fuente, Carlos, y otros *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia, Cámara de Comercio, Bogotá, 1993, pág. 150*

⁷⁵ *Con respecto a la obligación de adoptar medidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que es de inmediato cumplimiento y que, en tanto tal, no puede quedar limitado ni condicionado por ninguna otra consideración. Así, según se plantea en la OG 3 del Comité de DESC de la ONU (párrafo 2), esta obligación no es otra que la de comenzar "inmediatamente" a tomar las medidas necesarias para lograr la plena realización de los DESC contenidos en el Pacto "en un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto". Las medidas a las que se hace referencia, continúa el comité, deben comprender tanto medidas legislativas como judiciales, administrativas, financieras, educacionales y sociales, todas ellas orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones del Estado en relación con los DESC.*

sociedad-, y la accesibilidad material, entendida como la posibilidad material real de acceder a la asistencia sanitaria, lo que implica que la localización geográfica de las instituciones sanitarias debe ser razonable en relación con la distribución de la población.⁷⁶

Con respecto a la no discriminación en el acceso, hemos señalado ya en otro apartado de este trabajo que el SGSSS tal y como ha sido concebido, consagra, *per se*, un sistema discriminatorio, tanto en las posibilidades de acceso al aseguramiento en salud, como en relación con los contenidos de los planes de aseguramiento, el cual, si bien se previó como un asunto transitorio, está condenado a la perpetuidad dentro de las actuales condiciones de funcionamiento y financiamiento del SGSSS.⁷⁷ A este respecto podría incluso ponerse en duda la “conducencia” o la “adecuación” de las medidas normativas adoptadas por el Estado colombiano para lograr un sistema sanitario que garantice condiciones de accesibilidad sin ningún tipo de discriminación.⁷⁸

En cuanto a la posibilidad de acceso determinada por la distribución geográfica de los establecimientos sanitarios, un informe del diario “El Tiempo” señalaba en 2001 que “hay regiones que no cuentan con un hospital del nivel II para la atención de su población, y sus hospitales permanecen en déficit y cierre inminente, como son el Hospital San Andrés de Tumaco que atiende a toda la costa pacífica del [departamento de] Nariño, o el Hospital Sagrado Corazón de Cartago, única institución de este tipo en todo el norte del [departamento del] Valle del

Cauca”.⁷⁹ Esta situación parece mantenerse según se desprende de la Encuesta Nacional de Calidad de Vida -ENCV 2003- del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) según la cual un 4,1% de la población que necesitó de atención médica no accedió a ella porque el centro de atención se encontraba muy lejos de su domicilio; esto es especialmente preocupante en el caso de la zona rural en la cual, según la misma Encuesta, el 9,5% de la población no accede a los servicios sanitarios por la misma razón. Las cifras muestran un aumento en la desatención por esta causa, si se comparan con las ofrecidas por la Encuesta Nacional de Hogares – ENH- de Profamilia del año 2000, según la cual un 3,4% de la población no accede a servicios sanitarios aún teniendo necesidad de ellos por que no existe tal servicio en su localidad o porque se encuentra demasiado lejos. Estas cifras contrastan con las aportadas para el año 1992 por la Encuesta de Hogares 77 -EH- relacionada por Fedesarrollo, según la cual casi un 10% de la población no accedía a servicios sanitarios de ningún nivel por el mismo motivo.⁸⁰

En contraposición con lo que se observa en materia de equidad en el acceso entendida como no discriminación en el contenido y la cobertura de los servicios, se puede decir que se ha avanzado en la ampliación de la cobertura geográfica del servicio, aunque aún existen zonas del país en las cuales el acceso a los servicios sanitarios se ve truncado por el factor geográfico, especialmente en el área rural. Si bien el Estado ha avanzado en el cumplimiento de su obligación en términos de lograr instituciones sanitarias accesibles materialmente para la población, los esfuerzos no han sido suficientes. Las inequidades en esta ámbito son evidentes, especialmente en términos de la localización rural o urbana de la población. Sobre este particular, como se acaba de señalar, según la ENCV 2003, el 9,5 de la población rural no

⁷⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, *Observación General 14*, párrafo 12

⁷⁷ A este asunto nos referimos anteriormente en el apartado dedicado a la evaluación del Régimen Subsidiado, en relación con la desigualdad que se presenta entre el POS y el POS-S, y con el margen poblacional que no puede ser incorporado al RC por carecer de capacidad de pago, ni al RS por no “clasificar” dentro de los beneficiarios de este Régimen según el sistema de focalización de SISBEN.

⁷⁸ Sobre los problemas de acceso que se desprenden de la regulación de la Ley 100 de 1993 se puede consultar también De CURREA-LUGO, Víctor de, “La salud: de la caridad al negocio sin pasar por el derecho”, en: *La Salud está grave: una visión desde los derechos humanos, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo*, Bogotá, 2000, pág. 251 - 253

⁷⁹ “La situación Hospitalaria” en *El Tiempo*, diario de circulación nacional, 8 de octubre de 2001, pág. 1 y 18.

⁸⁰ Las cifras son las relacionadas en el Informe del Departamento Nacional de Planeación JARAMILLO Pérez, Iván “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. Departamento Nacional del Planeación –DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002, pág. 124 y 125.

cuenta con servicios sanitarios geográficamente accesibles. Aunque estas cifras son claramente favorables en relación con las ofrecidas por ENCV del DANE de 1997, según la cual un 45% de la población rural no tenía acceso a ningún servicio de salud, sólo un 3.2% contaba con atención de médicos o enfermeras titulados, y sólo en el 36.8% de las zonas rurales se disponía de un puesto de salud⁸¹, queda mucho camino para lograr la accesibilidad universal.

5.3. *Aceptabilidad*

La *aceptabilidad* en términos sanitarios hace referencia a las características de la relación entre la calidad de los servicios sanitarios y las propias del contexto donde las personas ejercen su derecho a la salud, dentro de la cual habrán de ser considerados los condicionamientos éticos y culturales que la sociedad asume frente al bienestar físico y mental. La atención sanitaria adecuada es aquella en la cual los establecimientos, bienes y servicios de salud son “respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”. La *aceptabilidad* ha sido utilizada por el derecho internacional de los derechos humanos para fundamentar los mínimos a tener en cuenta en relación con el respeto de la integridad de las personas.⁸²

Al aplicar este indicador al caso colombiano vemos que en materia sanitaria la Constitución Política consagra una protección especial en relación con las madres gestantes, antes, durante y después del parto, y una protección especial para las mujeres cabeza de familia (artículo 43), las cuales, entre otros beneficios, gozan de prioridad al momento de la

asignación de los subsidios del RS del SGSSS. De la misma manera, la propia Carta consagra expresamente el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y hace una mención especial al derecho que asiste a todo niño menor de un año de estar cubierto por algún tipo de protección o seguridad social, y de recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (artículo 44 y 50). En relación con las personas de tercera edad, la Carta establece una protección especial en su favor garantizándoles los servicios de seguridad social integral y subsidio alimentario, en caso de indigencia (artículo 46). Igualmente, la Constitución consagra que el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos, a los cuales garantizará también la atención especializada que requieran, y por disposición legal se ha establecido un régimen especial para la protección de la salud de la población indígena. Todas estas previsiones encuentran su desarrollo en las normas que regulan el SGSSS. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha consolidado una extensa jurisprudencia en relación con los derechos sanitarios que asisten a los enfermos de SIDA y de otras enfermedades de las llamadas ruinosas o catastróficas, en tanto grupo poblacional especialmente vulnerable en términos de salud y calidad de vida.

Entrar en un estudio detallado sobre el nivel de eficacia de cada una de estas previsiones constitucionales desde el punto de vista de la *aceptabilidad* del Sistema, desbordaría el objeto de este trabajo.⁸³ Sin embargo puede decirse que ellas de alguna manera sufren de las mismas “dolencias” generales del Sistema que se han estudiado ya, además de otras particulares, lo cual implicaría que también en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado en materia de garantizar un sistema de salud aceptable es cuando menos insuficiente. Para comprobarlo basta con revisar la precariedad de las cifras generales en términos de cobertura del RS y su

⁸¹ Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –DANE-, *Encuesta Nacional de Calidad de Vida 1997, Boletín de Prensa, Santafé de Bogotá, 1998.*

⁸² *Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, Observación General 14, párrafo 12 en salud: desigualdad y exclusión*, en *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, n. 1, Facultad de ciencia económicas y administrativas, Universidad Javeriana, Bogotá, 2001 pág. 48 a 73.

⁸³ *Sobre la articulación de políticas de género, culturales y etáreas específicas al SGSSS y sus resultados puede consultarse HERNÁNDEZ Bello, Amparo y VEGA Romero, Román, “El sistema colombiano de seguridad social*

relación con las innumerables acciones de tutela que han sido interpuestas por personas que se encuentran dentro de alguno de estos grupos poblacionales y que se han visto excluidas de los beneficios del SGSSS. A manera de ejemplo puede citarse el caso de las mujeres pobres en embarazo o período de lactancia que no han “clasificado” para ser inscritas en el RS según los instrumentos de focalización del SIS-BEN⁸⁴, los menores disminuidos físicos o mentales que han tenido que acudir a la acción de tutela para lograr que el SGSSS les preste la atención médica que requieren⁸⁵ y la cifra de enfermos de VIH que han sufrido suspensiones y exclusiones en materia de prestación de servicios médicos o subsidio de medicamentos antirretrovirales y por tanto han acudido a la justicia constitucional⁸⁶ en busca de la garantía de sus derechos sanitarios.⁸⁷ Igualmente pueden citarse

como ejemplo de la deficiencia de la *aceptabilidad* de la atención en salud las altas cifras de desatención prenatal a las mujeres de las zonas rurales del país de las cuales el 15.5% no recibe atención prenatal, y el 22% no es vista nunca por el médico durante el embarazo.⁸⁸

Es claro entonces que estas medidas constitucionales y legislativas en punto a priorizar la protección de la salud de ciertos colectivos (pueblos indígenas, madres, menores, ancianos o discapacitados), en ningún caso servirán por sí solas para solucionar los problemas o dificultades sanitarias que puedan tener estos grupos poblacionales, sobre todo si se piensa en que, como se ha visto, en Colombia hay una gran distancia entre las proyecciones legales y la realidad del sistema sanitario general. Con todo, hay que decir, en honor a la verdad, que como mínimo este es un gran paso en punto a la consecución de un sistema sanitario que cumpla con el requisito de la aceptabilidad. Por lo pronto se puede decir que con la expedición de un régimen especial para la protección de la salud de los indígenas, y con la previsión constitucional y legal de fórmulas especiales de protección para el derecho a la salud de otros grupos poblacionales especiales (v.g. mujeres, niños, discapacitados, etc.), el Estado colombiano ha cumplido al menos con una de sus obligaciones en relación con un sistema de salud *aceptable* cual es la de “adoptar medidas” legislativas tendientes a la efectiva realización de la salud respetando las características culturales y sociales propias de determinados grupos poblacionales. Más allá de esta primera obligación, el cumplimiento de las obligaciones internacionales en términos de la aceptabilidad sanitaria, por parte del Estado colombiano, es cuando menos dudoso.

5.4. Calidad

Finalmente, aparece el indicador de calidad sanitaria el cual hace referencia a que el derecho a la salud no se limita a la capacidad de disponer de un

⁸⁴ Sobre este punto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional T-606 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz, T-568 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-694 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-373 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-792 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-177 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 2.2.a., T-177 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-730 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1. T-730 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1083 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1181 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández y T-231 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre muchas otras.

⁸⁵ Sentencias de la Corte Constitucional T-939 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre, T-200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-067 de 1994, T-068 de 1994 y T-192 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-204 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-001 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández, T-020 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-043 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, T-131 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía, T-159 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-556 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-338 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero (jurisprudencia reiterada en las T-339 de 1995 y T-620/99), T-179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-920 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-134 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-786 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

⁸⁶ Sobre estos casos pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz, T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-417 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-645 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, T-328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, T-177 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-185 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández, T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-523 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda, y T-523 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda, entre muchas otras.

⁸⁷ Una recopilación de la jurisprudencia constitucional en estas materias puede consultarse en ARBELÁEZ Rudas, Mónica, La protección a la salud: línea jurisprudencial y notas constitucionales, Centro de Investigación y Educación Popular – CINEP-, Acción Ecuémica Sueca – HAKONIA, 2002, y Diez años de protección constitucional del derecho

ONIA, 2002, y Diez años de protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, en Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/arbelaez.pdf

⁸⁸ PROFAMILIA, Salud sexual y reproductiva en Colombia. Encuesta nacional de demografía y salud 2000, Bogotá, 2000.

sistema de salud accesible y asequible por parte de toda la población. Para su plena realización el Estado debe garantizar además que los establecimientos, bienes y servicios de asistencia sanitaria sean apropiados desde el punto de vista científico y médico. Como se ha mencionado antes, el Estado tiene la obligación de mantener un *sistema sanitario apropiado, en términos de calidad*, para lograr la eficacia del derecho a la asistencia sanitaria y en igualdad de condiciones para toda la población.⁸⁹

Sobre este punto la propia Ley 100 de 1993 señala en su artículo 153.9 que la calidad es la regla general del servicio público en salud y rectora del SGSSS, para lo cual el propio Sistema establecerá mecanismos de control a los servicios que permitan garantizar a los usuarios una atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y adecuada a los estándares aceptados en los procedimientos y prácticas profesionales. De la misma manera, el artículo 227 de la Ley 100 de 1993 señala que es competencia del gobierno expedir “las normas relativas a la organización de un sistema obligatorio de garantía de la calidad de la atención en salud (...)”. En desarrollo de los anteriores postulados fue expedido el Decreto 2174 de 1996⁹⁰, posteriormente reformado por el Decreto 2309 de 2002 “por el cual se define el sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención en salud del SGSSS”. A partir de lo anterior se puede decir que el Estado colombiano ha cumplido al menos con la obligación de “adoptar medidas” normativas tendientes a garantizar un servicio de salud de calidad, en los términos propuestos por los indicadores internacionales. Sin embargo, son escasos los datos que se han encontrados en relación con la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de asistencia sanitaria desde el punto de

vista científico y médico⁹¹, de manera tal que no nos aventuraremos a hacer una evaluación en este sentido.

Con todo, una pequeña muestra de lo que podría arrojar una evaluación sobre la calidad de los servicios sanitarios en el país se desprende del estudio realizado por un grupo de investigación de la Universidad de Caldas⁹², el cual diseñó y realizó una investigación con el fin de evaluar la calidad de la atención en los servicios de nutrición y dietética, fonoaudiología, terapia respiratoria y fisioterapia, en seis hospitales de primero, segundo y tercer nivel del Departamento de Caldas, sobre la base de que cada tipo de servicio sanitario amerita una metodología específica de evaluación y valoración en términos de calidad. Como resultados el estudio refleja una preocupante situación en los hospitales en términos de la organización y funcionamiento de los servicios estudiados y de la situación de las profesiones comprometidas en ellos. A manera de ejemplo podemos citar que el informe de la investigación señala que en el campo de la nutrición sólo uno de los seis hospitales cuenta con un profesional vinculado medio tiempo y que en uno de ellos ni siquiera existe el servicio; en el campo de la terapia respiratoria todas las instituciones estudiadas presentan serias deficiencias y sólo una de ellas cuenta con un profesional terapeuta en esta área; cuatro de las seis instituciones carecen del servicio de fonoaudiología y dentro de las dos que lo ofrecen éste es prestado a través de estudiantes en prácticas, uno de los cuales cuenta con la tutoría de un profesional de medio tiempo. En cuanto a la calidad en relación con el nivel de complejidad hospitalaria, el informe señala que de los

⁸⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, *Observación General 14*, párrafo. 12

⁹⁰ Con base en los mandatos sobre sistema de garantía de la calidad del servicio de salud contenidos en el Decreto 2174 de 1996, el Ministerio de Salud expidió el documento “Hacia el fortalecimiento del sistema de garantía de la calidad en las entidades promotoras de salud –EPS- y las que se les asimilen”, contenido de una guía técnica de asesoramiento a las EPS con el propósito de facilitar el proceso de implantación y fortalecimiento de los diferentes componentes del Sistema de garantía de calidad en las diferentes entidades de salud de su jurisdicción.

⁹¹ ROLDÁN y otros señalan que “son escasos los logros en este campo [el del establecimiento de herramientas que propicien la evaluación de la atención de los servicios en salud], por la ausencia de metodologías prácticas y sencillas que puedan aplicarse a todas las instituciones, y mejor aún, que puedan ser utilizadas de manera específica a los diferentes servicios o unidades funcionales que conforman la atención en salud”. ROLDÁN y otros, *Universidad de Caldas, Programa de investigación en Salud Pública y Sistema de salud, Proyecto de investigación cofinanciado por Colciencias, Manizales, Informe de investigación publicado en Revista Colombia Médica Vol., 32 n. 1, 2001, pág. 15.*

⁹² ROLDÁN y otros, *Universidad de Caldas, Programa de investigación en Salud Pública y Sistema de salud, Proyecto de investigación cofinanciado por Colciencias, Manizales, Informe de investigación publicado en Revista Colombia Médica Vol., 32 n. 1, 2001.*

dos hospitales de primer nivel estudiados, sólo uno cuenta con un profesional vinculado a la institución en las áreas sanitarias estudiadas, de manera que en general los servicios estudiados son cubiertos por estudiantes en prácticas.

Reflexión final

Los elementos de análisis planteados hasta ahora en relación con la descentralización, la organización competencial y la eficacia del sistema normativo y financiero que sustenta el sistema sanitario en Colombia, y aquellos relacionados con los indicadores internacionales en materia sanitaria, muestran que las actuales condiciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud son realmente precarias en términos de garantizar la universalidad y la equidad en el acceso a los servicios sanitarios y de salud pública a la población colombiana. Del estudio de los compromisos adquiridos por el Estado en relación con el derecho a la salud, derivados tanto de su adhesión a tratados internacionales como de su propia normativa interna, se desprende que el Estado colombiano está incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones en relación con uno y otro sistema normativo. Además, y teniendo en cuenta la demora del Estado en la reglamentación y ejecución de los contenidos de la Ley 100 de 1993, las deficiencias estructurales demostradas dentro del proceso de descentralización en salud, el incumplimiento por parte del Estado en el pago de los aportes que le corresponden en materia sanitaria, los problemas sin resolver que presenta el sistema de identificación de beneficiarios –SISBEN– y todas las demás debilidades del Sistema que se han manifestado a lo largo de éste trabajo, parece claro que, aunque es innegable que con el SGSSS se han logrado avances significativos, lo cierto es que las medidas de implantación del sistema de seguro y el proceso de descentralización dejan bastante que desear tanto en relación con los mandatos constitucionales y legales, como en lo que se refiere a los mandatos e indicadores internacionales sobre el derecho a la salud. De todo ello da fe la proliferación de acciones de tutela que reclaman el derecho a la salud en Colombia las cuales se han convertido en un clarísimo barómetro de medición de las preocupantes

condiciones en que se va desarrollando todo el sistema sanitario en el país.⁹³

Todas las distorsiones señaladas hasta ahora y que se pueden resumir en la constatación de que ninguna de las metas de cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio planteadas por la Ley 100 de 1993 han llegado a buen término,⁹⁴ demuestran que, a pesar de las reformas, los tres subsistemas existentes antes de la Ley 100 (aseguramiento en salud dentro de la seguridad social para los trabajadores, sistema público para personas sin capacidad de pago –subsidiado en la oferta– y sistema privado de instituciones sanitarias) persisten actualmente y se mantienen claramente diferenciados, de manera que el aporte clave de la reforma, cual era el sistema de aseguramiento universal y solidario, está aún lejos de las posibilidades del sistema sanitario colombiano. Probablemente esta es la razón de que dentro de la actividad parlamentaria de los últimos años las propuestas de reforma del Sistema de salud (más de una decena) hayan tenido un papel protagónico. Con todo, a pesar de los trabajos parlamentarios en ambas cámaras, aún no se ha logrado consensuar el cambio.⁹⁵

Frente a este panorama, la Corte Constitucional señalaba ya en el año 2002 que aún cuando se reconoce que el derecho a la salud es de “naturaleza programática” y su consagración y la aplicación al sistema general de salud de los principios de solidaridad, universalidad e integralidad, “no apareja la obligación del Estado de diseñar un sistema general de seguridad social que esté en capacidad, *de una sola vez*, de cubrir integralmente y en óptimas condiciones todas las eventuales contingencias que puedan afectar la salud de cada uno de los habitantes del territorio, este hecho “no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de

⁹³ Sobre este tema se puede consultar Arbeláez, Mónica, El derecho a la salud en Colombia” capítulo tercero, Institut de Dret Públic de Bracelona -Colciencias – CINEP, Bogotá, 2006.

⁹⁴ Recuérdese que el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 planteaba que para el año 2000 se habría logrado al cobertura universal del SGSSS y que para el año 2001 se habría equiparado el paquete de servicios del POS-S con los del POS.

⁹⁵ Ver *Ut supra* nota 62

no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de los artículos 48 y 49 del Estatuto Supremo”. Y en la misma sentencia señaló la Corte que si bien es cierto que en el marco del SGSSS “el grupo de participantes *vinculados* está llamado a desaparecer, por cuanto para el año 2000 todos los habitantes del territorio nacional deberían estar ya formando parte de alguno de los dos (2) regímenes [de aseguramiento] y para esta época ya no debían existir vinculados al sistema, se observa que aún existe este grupo de personas cuando de hecho ha debido cumplirse la preceptiva legal desde hace dos (2) años, sin que hasta la fecha se haya dado estricto cumplimiento”. En atención a lo anterior, la propia Corte hizo un llamamiento en el sentido de que “es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana, destinando cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos.”⁹⁶

A pesar de la antigüedad del pronunciamiento, los postulados de esta sentencia tienen hoy total vigencia y por ello no podemos más que compartir esta opinión. El estudio sobre el estado del derecho a la salud en Colombia no permite hacer una evaluación positiva del mismo, no sólo porque los datos en relación la universalidad del derecho a la salud son realmente desalentadores, sino porque el panorama general es tan confuso y lleno de elementos contrapuestos que no permite definir fácilmente cuáles podrían o deberían ser las líneas de acción a seguir. Probablemente lo que se requiere es un cambio radical de todas las estructuras y un replanteamiento completo de las políticas sanitarias que pase por un proceso inicial de planeación serio y cuidadoso y que contemple todos los diferentes factores (orgánicos, administrativos, políticos, sociales, económicos, de

garantía de derechos, etc.) que pueden influir en el desarrollo de un sistema sanitario en condiciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian “Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Universidad de Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- AGHÓN, Gabriel (Director), *Desarrollo económico local y descentralización en América Latina: análisis comparado*, CEPAL – GTZ, Santiago de Chile 2001.
- ALONSO OLEA, Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, Editorial Civitas, Madrid, 2ª. Edición 1999.
- ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis, *Instituciones de seguridad social*, 16 Edición, Civitas, Madrid, 1998.
- ALVAREZ CASTAÑO, Luz Stella, “El derecho a la salud” en *Revista Pensamiento en Salud Pública*, Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia, 2001.
- AÑÓN ROIG, María José, “El test de la inclusión: los derechos sociales”, en *Trabajo, derechos sociales y globalización*, Talasa, Madrid, 2000.
- ARANDIA LEDESMA, Iván Carlos, “Descentralización y relaciones intergubernamentales en Bolivia”, en *Revista Reflexión Política*, no. 8, UNAB, Colombia, diciembre de 2002.
- ARBELÁEZ RUDAS, Mónica, *El derecho a la salud en Colombia*” capítulo tercero, Institut de Dret Públic de Bracelona -Colciencias – CINEP, Bogotá, 2006.
- ARBÓS, Javier y VERNET i LLOBET, Jaume, “Los nuevos federalismos en el constitucionalismo del siglo XXI”, en APARICO, Miguel Ángel (Director), *La descentralización y el fede-*

⁹⁶ Sentencia C- 130 de 2002 -F.j. 12

ralismo. Nuevos modelos de autonomía política, CEDECS, Barcelona, 1999.

- AYALA CAÑÓN, Luis, MARTÍNEZ López, Rosa, RUIZ-HUERTA, Jesús, *La descentralización territorial de las prestaciones asistenciales: efectos sobre la igualdad*, Papeles de trabajo n. 16, Serie economía, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.
- BARR, Nicholas, “Economic and the Welfare State: A Survey and Interpretation”, en *Journal of Economic Literature*, Jun 92, Vol. 30, parte 2.
- BARROS, M.E.; PIOLA, S.; y VIANNA, S.M. “Política de Saude no Brasil: Diagnóstico e perspectivas”, Texto para discusión, n. 4, Instituto de Investigación Económica Aplicada – IPEA-, 1996.
- BISANG, Roberto y CETRÁNGOLO, Oscar, “Descentralización de los servicios de salud en Argentina”, en Di GROPELLO, Emanuela y COMINETTI, Resella (Compiladoras), *La descentralización de la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-, 1998.
- BOBBIO, Norberto, La descentralización: un tema difuso y confuso. ILPES, Serie Ensayos, Documento 90/05, 1990.
- BONANATE, Luigi, “El papel de los Estados en el desarrollo internacional de los derechos humanos: derechos, deberes, obligaciones”, en *Derechos y Libertades* n. 8, 2000.
- BORJA, Jordi, Descentralización y participación ciudadana, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987.
- BORRAJO DACRUZ, “Artículo 43. Protección de la Salud”, en VVAA (Dirección de Oscar Alzaga) Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978, Tomo IV, Editoriales de Derecho Unidas, Madrid, 1996.
- BOSSERT, Thomas J.; RUIZ MIER, Fernando; ESCALANTE, Scarlet; CARDENAS, Marina; GUISANI, Bruno; CAPRA, Katherina; BEAUVAIS, Joel; BOWSER, Diana, La Descentralización de los Servicios de Salud en Bolivia, LACHSR Initiative Product Inventory n. 35, junio 2000. Consultado en Internet en <http://www.americas.healthsector-reform.org>, “LACHSR Initiative Product Inventory”.
- BOTTARI, Carlo, Principi costituzionali e assistenza sanitaria, Dott. A. Guiuffrè Editore, Milano, 1991
- BREWER-CARÍAS, Allan R, “El proceso de descentralización política en América Latina: la perspectiva federal”, en *Revista Iberoamericana de Administración Pública* n. 1, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.
- _____, “Los problemas de la federación centralizada” en IV Congreso Interamericano de Derecho Constitucional, UNAM, México D.F. 1992.
- CAMPBELL, Tim; PETERSON, George; ABRAKARZ, Jose, Descentralization to local government in Latin America Countries: national strategies and local response un planning, spending and management. World Bank, Latin America an the Caribbean Technical Department, Report. N. 5, 1991.
- CASTAÑO, Ramón, ARBELÁEZ, José, GIEDION, Ursula, Y MORALES, Luis G. “Evolución de la equidad en el sistema colombiano de salud”, Serie Financiamiento del desarrollo, CEPAL, Unidad de Estudios Especiales, Santiago de Chile, 2001.
- CÉSEDES, J.E., JARMILLO, I. y MARTÍNEZ, M. “Efectos de la reforma de la seguridad social en salud en Colombia sobre la equidad en el acceso y a utilización de servicios en salud”, en *Revista de Salud Pública* 2, 2000.
- COBREROS MENDOZANA, Eduardo, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español, HSEE/IVAP, Oñati 1988.
- COBREROS MENDOZANA, Edotra, “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política

- social y económica del Estado”, en Revista Vasca de Administración Pública no. 19, 1987.
- COHEN, John M. y PEERSON, Stephen B. *Methodological issues in the analysis of decentralization*, Cambridge, MA: Harvard Institute of International Development, 1996.
 - COLMENARES, Germán (editor); *Historia económica de Colombia, Siglo XXI*, Bogotá, 1987.
 - COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE –CEPAL
 - _____, *Descentralización fiscal: El caso de Chile*, Serie Política Fiscal n. 57, LC/L823-8/E, CEPAL, abril de 1994.
 - _____, *Informe Final de la Misión para la Descentralización titulado Colombia: Descentralización y Federalismo Fiscal*.
 - _____, *Panorama Social de América Latina 2001-2002*, Capítulo IV “Agenda Social. Capital social: sus potencialidades y limitaciones para la puesta en marcha políticas y programas sociales, CEPAL, 2002. <http://www.eclac.cl>
 - COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Observaciones Generales n. 1, n. 3, n.5, n. 6, n. 9 y n. 14*.
 - CONCHA, Ximena; PAVEZ, Angélica; RACZYNSKI, Dagmar; ROJAS, Carolina; TOHA, Carolina; WALKER, Eduardo, “Superación de la pobreza y gestión descentralizada de la política y los programas sociales”, en RACZYNSKI, Dagmar y SERRANO, D. (Editoras), *Descentralización. Nudos críticos*, CIEPLAN, Chile, 2001.
 - CRAVEN, M. "The domestic application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en *Netherlands International Law Review*, vol. XL (1993).
 - De CURREA-LUGO, Víctor de, “La salud: de la caridad al negocio sin pasar por el derecho”, en: *La Salud está grave: una visión desde los derechos humanos*, Plataforma Colombiana de Dere-
 - chos Humanos, Democracia y Desarrollo, Bogotá, 2000.
 - _____, *Derecho internacional humanitario y sector salud: el caso colombiano*, Plaza y Janés Ed., Bogotá, 1999.
 - DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, 2004.
 - DEPARTAMENTO NACIONAL DEL PLANEACIÓN –DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, “Marco Conceptual y resultados del progreso municipal” y “Avances y resultados de la descentralización política en Colombia” en *Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo I y Tomo II*. DNP, PNUD, Agencia de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002.
 - _____, *Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES n. 57, CONPES SOCIAL n. 57 del 28 de enero de 2002*.
 - Di GROPELLO, Emanuela y COMINETTI, Resella (Compiladoras), *La descentralización de la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-, 1998.
 - ECHEVERRY LÓPEZ, Esperanza, “La salud en Colombia: abriendo el siglo ... y la brecha de las inequidades”, en *Revista Gerencia y Políticas de Salud n. 3*, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Javeriana, 2003.
 - FAJARD Ortiz, Guillermo, “La descentralización de los servicios de salud en México (1981 – 2000)”, en *Revista Elementos, ciencia y cultura*, n. 53, Vol. 11, Marzo-Mayo 2004, <http://www.elemntos.buap.mx/num53/htm/45/htm>
 - FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicios público de sanidad: El marco constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984.
 - FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El federalismo en América Latina” en *Kverfassung und Recht in Ürbersee*. “Law and politics in Africa,

Asia and Latin America”, n. 36 Jahrgang-1. Quartal, 2003, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

- _____, “El Federalismo en Iberoamérica (1ª parte)”, en Revista Iberoamericana de Administración Pública n. 7, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, julio – diciembre de 2001.
- _____, “El Federalismo en Iberoamérica (2ª parte)”, en Revista Iberoamericana de Administración Pública n. 8, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, enero – junio de 2002.
- FINOT, Iván, CEPAL ILPES, Descentralización en América latina: teoría y práctica, Serie Gestión Pública, Santiago de Chile, mayo 2001(1).
- _____, Descentralización y participación en América Latina: una mirada desde la economía, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación económica y social –ILPES-, LC/IP/L.195, Boletín del Instituto n. 9, noviembre de 2001(2).
- _____, “Descentralización en América Latina: ¿cómo conciliar eficiencia y equidad?”, en Revista Reforma y Democracia n. 10, CLAD, Febrero de 1998.
- _____, “Elementos para una reorientación de las políticas de descentralización y participación en América Latina”, en Revista Reforma y Democracia n. 15, CLADCEPAL, Santiago de Chile, 1999.
- _____, “La corrupción en los procesos de adquisición del Estado. La descentralización del Estado como política contra la corrupción”, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES-, Artículo presentado a la Octava Conferencia Internacional Anticorrupción (IACC) realizada en Lima, Perú, en 1997.
- _____, Descentralización en América Latina: cómo hacer viable el desarrollo local, Serie Gestión Pública n. 38, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social –ILPES-CEPAL, Santiago de Chile, octubre de 2003.
- GARCÍA, González-Posada, “La organización del Sistema Sanitario español” en VVAA, Lecciones de derecho sanitario (Directores, José M. Gómez y Díaz-Castreverde y Francisco J. Sanz Larruga), Colección Cursos, Congresos y Simposios, Universidad de La Coruña, 1999.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la constitución” en RAMÍREZ, M. (Director) Estudios sobre la Constitución española de 1978, Pórtico, Zaragoza, 1979.
- GARGARELLA, Roberto, “Primeros apuntes para una teoría sobre derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales individuales?”, en Jueces para la Democracia n. 31, 1998.
- _____, La dificultad de defender el control judicial de las leyes, en Interpretación jurídica y decisión judicial, Fontamara, México, 1998.
- GARRIDO FALLA, Fernando, “Comentario al artículo 43” en VVAA Comentarios a la Constitución española, Madrid, 2ª edición, 1986.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis, "Introducción al derecho a la asistencia sanitaria", en El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos, Javier Gafo (editor), Universidad Pontificia ICAI-ICADE, Comilla, Madrid 1999.
- _____, “Salud y seguridad social: entre la solidaridad y la equidad”, en Revista Gerencia y políticas de salud n. 2, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Javeriana, 2002.
- GRANADOS Toraño, Ramón y GÓMEZ MONTROYA, María C., “La Reforma de los Sistemas de Salud en Chile y Colombia: Resultados y Balance” en: <http://www.medicina.unal.edu.co/ist/revistasp> Consultada en septiembre 2003.
- GUASTINI, Ricardo, “La Gramática de la Igualdad”, en Distinguiendo, Gedisa, Barcelona, 1999.

- HAEFNER, Carlos, “La descentralización y la planificación del desarrollo regional: ¿ejes de la modernización de la gestión Pública? Algunas notas sobre su discusión”, en Revista MAD n. 3, 2000, Departamento de Antropología de la Universidad de Chile.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Mario, “El Derecho a la Salud en Colombia: Obstáculos Estructurales para su Realización”, www.medicina.unal.edu.co/ist/revistasp.
- _____, “El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización”, en *La salud está grave, una visión desde los derechos humanos*, AAVV, Plataforma colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo - Provea, Bogotá, 2000.
- HERNÁNDEZ BELLO, Amparo y VEGA ROMER, Román, “El sistema colombiano de seguridad social en salud: desigualdad y exclusión”, en *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, n. 1, Facultad de ciencia económicas y administrativas, Universidad Javeriana, Bogotá, 2001
- HESSE, Conrad, “Significado de los derechos fundamentales” en *VVAA, Manual de derecho constitucional*, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996
- HINESTROSA, Fernando, “Notas sobre la descentralización en Colombia”, en *IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- JARAMILLO PÉREZ, Iván “Evaluación de la Descentralización SMS”, Fescol, Programa Harvard, Bogotá, 1996
- _____, “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. Departamento Nacional del Planeación –DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencia de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002.
- _____, Evaluación de la descentralización en salud en Colombia, Documento para el Desarrollo Territorial n. 48, Dirección de Desarrollo Territorial, Departamento Nacional de Planeación, 2001.
- _____, “Evaluación del Régimen subsidiado y la Descentralización en Salud”. Encuesta sobre 130 municipios realizada por el CIDER-REUNIRSE de la Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997
- El futuro de la salud en Colombia. Ley 100 de 1993 cinco años después. FESCOL, Bogotá, 1999.
- _____, “El derecho a la salud, estado actual y perspectivas”, en SARMIENTO, Libardo (compilador), *Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: balance y perspectivas*, Bogotá, Consejería presidencial para la política social – PNUD, 1995.
- JOLLY, Jean-Francoise, “Región y Descentralización: enfoque económico versus enfoque político”, Ponencia para el Seminario Nacional Lo Regional en Colombia del Siglo XXI, mesa de trabajo, Descentralización y Región, 4 de octubre de 2001.
- JORDANA, Jacint, *Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina: una perspectiva institucional*; Proyecto conjunto Endes – Unión Europea, INDES – Banco Interamericano de Desarrollo –BID-, Serie de Documentos de Trabajo I-22UE, Abril 2001
- MALDONADO, Alberto: “Resultados del proceso de descentralización territorial: muchos indicios y poca evidencia”, en *Territorios, Revista de Estudios Regionales y Urbanos* n. 4, enero-junio de 2000, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá.
- MARIÑO, Fernando, “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas”, en *Derechos y Libertades*, n. 6, 1998.
- MARTÍNEZ, Alejandro, “El derecho a la salud”, en *Ética y reformas a la salud*, Seminario Internacional, Ministerio de Salud de Colombia, Bogotá, julio de 1998.

- MASSIRIS CABEZA, Ángel, “Ordenación del territorio en América Latina”, en Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales, Scripta Nova Vol. VI, n. 125, octubre de 2002, consultado en Internet en febrero de 2004 en www.ub.es/geocrit/sn/sn125.htm
- Ministerio de Salud. Informe Situación de la Salud en Colombia: indicadores básicos 2002, apartado “Indicadores de Morbilidad: Cobertura de vacunación 2002.”.
- MORALES Sánchez, Luis Gonzalo, El financiamiento del sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, Proyecto CEPAL/GTZ Reformas financieras del sector salud en América Latina, Serie Financiamiento y Desarrollo n. 55, LV/L.1037, CEPAL, Santiago de Chile, 1997.
- MORELLI RICO, Sandra y SANTOFIMIO, Jaime Orlando, El centralismo en la nueva Constitución Colombiana, Colección: Temas de Derecho Público, n. 28, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1993.
- MORELLI RICO, Sandra, La autonomía territorial en Colombia, Colección: Temas de Derecho Público, n. 43, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1996.
- _____, “La autonomía territorial en Colombia”, en Jornadas colombovenezolanas de derecho público, Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica del Táchira y Católica Andrés Bello, 1995.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos” Alianza Editorial, Madrid 1995.
- _____, “La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios”, en Revista Vasca de Administración Pública no. 57, 2000
- NAVARRO, Andrés, Derecho a la protección de la salud y Sistema Sanitario Integrado, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona, 2001, mimeo.
- NOHLEN, Dieter, “Descentralización política. Perspectivas comparadas”, en Descentralización Política y consolidación democrática, Ed. Nueva Sociedad, Santiago de Chile, 1991.
- OCAMPO, José Antonio, “Centralismo, descentralización y federalismo en la historia de Colombia”, en OCAMPO, José Antonio y MONTENEGRO, Santiago, Crisis mundial, protección e industrialización: Ensayos de historia de Colombia, CEREC, Bogotá, 1984.
- _____, Colombia y la Economía Mundial: 1830-1910, Siglo XXI, México, 1984.
- _____, Ponencia Inaugural, “Seminario Internacional sobre descentralización fiscal en América Latina: Mejores prácticas y lecciones políticas”, ONU, CEPAL, Serie Política Fiscal n. 84, 1995.
- _____, “Fortalezas, debilidades y desafíos del pacto fiscal”, en Reforma y Democracia n. 13, 1999.
- ORLEANS, Carlos, “La descentralización de los servicios de educación y salud en México”, en Di GROPELLO, Emanuela y COMINETTI, Resella (Compiladoras), La descentralización de la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana, Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL-, 1998.
- PALMA, Eduardo; RUFÍAN, Dolores, Las nociones de centralización y descentralización. ILPES Santiago de Chile, 1989, Documento CPS-48.
- _____, “Los procesos de descentralización y desconcentración de las políticas sociales en América Latina: enfoque institucional”, en Seminario Internacional sobre la descentralización y desconcentración de los sectores y servicios sociales, Santiago de Chile, ILPES, LC/IP/R.81, 1991.

- PARDO FALCÓN, Javier, El Consejo Constitucional Francés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- PAREDES Natalia, “A cinco años de la reforma del sistema de salud colombiano, ¿qué a pasado con el derecho a la salud?, en La salud está grave, una visión desde los derechos humanos, AAVV, Plataforma colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo - Provea, Bogotá, 2000.
- _____, El derecho a la salud: su situación en Colombia, GTZ, CINEP, Bogotá, 2003.
- _____, Situación del derecho a la salud en Colombia: Una mirada a parir de la reforma a la seguridad social de 1993. Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2001, mimeo.
- _____, “La salud, ni se compra, ni se vende” en Revista Cien Días vistos por CINEP, Vol. 10, n. 44, abril – julio 1999.
- _____, “Pronostico reservado” en Revista Cien Días vistos por CINEP Vol. 10, n. 42, Julio – Noviembre 1998.
- _____, “Seguro Social frente a las EPS: La ley del embudo” en Revista Cien Días vistos por CINEP, Vol. 10, n. 41, abril–junio, 1998.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. El Estado social y administración pública, Civitas, Madrid, 1983.
- _____, "Constitución y valores del ordenamiento”, en Estudios sobre la Constitución Española, Civitas, Madrid, 1991.
- _____, “El Estado social y administración prestacional”, en Revista Vasca de Administración Pública no. 57, 2000.
- _____, Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa, Civitas, Madrid, 1983.
- PEMÁN GAVIN, Juan, Derecho a la Salud y Administración Sanitaria, Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- _____, “Del seguro obligatorio de enfermedad al sistema nacional de salud”, en Revista Aragonesa de Administración Pública, no. 13, 1998.
- _____, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes” en Revista Derecho y Salud Vol. 9, n. 2, 2001.
- _____, Derecho a la salud y administración sanitaria, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1989.
- PEREIRA ANDRADE, Antonio, "Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud" en Revista Actualidad Administrativa n. 10-11, 1992.
- Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Así van los DESC, Bogotá, 2000.
- PROFAMILIA, Salud sexual y reproductiva en Colombia. Encuesta nacional de demografía y salud 2000, Bogotá, 2000.
- RESTREPO, Mauricio, “Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia”, en GIRALDO VALENCIA, Juan Carlos (compilador), El ejercicio del derecho a la salud en Colombia, Defensoría del Pueblo. Bogotá, 2000.
- RESTREPO ZEA, Jairo Humberto, “El seguro en salud para los pobres en Colombia: una cuestión de derecho y economía”, en Revista Pensamiento en Salud Pública, El derecho a la salud, Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia, 2001.
- RIBERO LAMAS, Juan, Protección de la salud y Estado social de derecho, Real Academia de Medicina de Zaragoza, Zaragoza, 2000.
- RITTER, Gerhard, El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- ROLDÁN y otros, Universidad de Caldas, Programa de investigación en Salud Pública y Sistema de Salud, Proyecto de investigación confi-

nanciado por Colciencias, Manizales, “Informe de investigación” en Revista Colombia Médica Vol. 32 n. 1, 2001.

- RONDINELLI, D., NELLIS, J. Y CHEEMAN, G. S. , Decentralization in Developing Countries: a Review of Recent Experiences World Bank Staff, Working Papers, n. 581, Washington, D.C., 1986.
- RONDINELLI, Dennis A. “Analysing decentralization policies in developing countries: political-economy framework”, en Development and Change Vol. 20. n. 1, enero 1989.
- ROZO ACUÑA, Eduardo, Desarrollo político en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1974.
- RUIZ-MIER, Fernando y GIUSSANI, Bruno, “La descentralización y el financiamiento de la provisión de los servicios de educación y salud en Bolivia”, en Di GROPELLO, Emanuela y COMINETTI, Resella (Compiladoras), La descentralización de la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana, Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-, 1998.
- SALINAS, Jorge, Descentralización y desarrollo económico local: una visión general del caso en Bolivia”, CEPAL, LC/R.1971/E, 2000.
- SÁNCHEZ MORENO, Francisco, “Descentralización y salud”, Diario El Peruano, miércoles 12 de febrero de 2003, <http://www.editoraperu.com.pe/edc/03/02/12/opi.asp>
- SÁNCHEZ, Fabio, OLIVERA, Mauricio y CORTÉS, Giovanni, “Ahorro, inversión y transferencias en estructura territorial colombiana” en Planes de Desarrollo: Cómo va la descentralización, Vol. XXVIII, n. 3, julio – septiembre de 1997, DNP, Bogotá.
- TORRES TOVAR, Mauricio, Editor, ¿Equidad? El problema de la equidad financiera en salud”, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo – Observatorio Universitario de Política Social y Calidad de Vida – ALAMES, Bogotá, 2001.
- URIBE, Alirio, “Presentación”, en La salud está grave: una visión desde los derechos humanos, Plataforma Colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo, Bogotá, 2000.
- VILLAR BORDA, Luis, Democracia Municipal, Colección: Autores hispanoamericanos de derecho público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984.
- VON HALDENWANG, Christian (1990). “Hacia un concepto politológico de la descentralización del Estado en América Latina”, en EURE Vol. XVI, n. 50, Santiago de Chile.
- WEBER, Max, Economía y Sociedad, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- WIESNER, Eduardo, La descentralización, la estabilidad macroeconómica y la integración económica regional: enlaces de política y mecanismos de transmisión”, Inter-American Development Bank: Integration, Trade, and Hemispheric Issues Division, Bogotá, 2003. Documento presentado para el Taller Técnico: Impacto Fiscal de la Integración Económica organizado por el Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe y la Comunidad Andina en Marzo de 2003 en Lima, Perú.
- _____, La descentralización, el gasto social y la Gobernabilidad en Colombia, DNP – ANIF, Bogotá, 1995.
- YEPES ARCILA, Hernando, La reforma Constitucional de 1968 y el régimen político colombiano. Biblioteca de autores caldenses, Manizales, 1973.

DIAGNÓSTICO GENÉTICO EMBRIONARIO Y EUGENESIA: UN RETO PARA EL DERECHO SANITARIO

Fernando Abellán-García Sánchez

Abogado director de Derecho Sanitario Asesores y Doctor por la Universidad Complutense de Madrid en Medicina Legal y Forense. Profesor del Master Internacional de Derecho Sanitario de la Universidad Europea de Madrid

Sumario: I.- Introducción. II.- ¿Qué es el Diagnóstico Genético Embrionario Preimplantatorio?. II.1.- Fases de la técnica. II.2.- ¿Qué posibilidades diagnósticas ofrece?. II.3.- Datos de utilización de la técnica por los pacientes. III.- Regulación del Diagnóstico Genético Embrionario. III.1.- En España: la ley de reproducción asistida de 2006 y el Decreto andaluz. III.2.- Situación legal en otros países de nuestro entorno. III.3.- Declaraciones y otros documentos generados en el ámbito internacional. IV.- Consideraciones bioéticas: selección de embriones, “teoría de la pendiente resbaladiza”, el argumento de “jugar a ser Dios” y la “ética de la compasión”. V.- Eugenesia y Neoeugenesia. V.1.- Origen del concepto, clases y grados de eugenesia. V.2.- La “eugenesia laissez faire” y la “eugenesia utópica”. V.3.- La defensa a ultranza de “la eugenesia individual o liberal”. V.4.- La “eugenesia terapéutica”. V.5.- La crítica a la eugenesia liberal: la “teoría del paternalismo irreversible”. VI.- ¿Cuándo estamos en presencia de una enfermedad grave que justifique el Diagnóstico Genético Embrionario?. VI.1.- Tres enfoques para abordar el concepto de enfermedad. VI.2.- Calidad de vida limitada, calidad de vida mínima y calidad de vida por debajo del mínimo. VI.3.- El concepto de enfermedad desde el concepto de salud. VII.- Conclusiones

I.- Introducción

La puesta a disposición de las parejas y mujeres que acceden a las técnicas de reproducción humana asistida de un elenco cada vez mayor de pruebas de Diagnóstico Genético Embrionario Preimplantatorio (en adelante DGP), que permiten identificar no sólo a los portadores de enfermedades hereditarias, sino a quienes pueden tener ciertas predisposiciones a contraer enfermedades, y que, además, facultan para seleccionar determinados rasgos de origen genético, conduce al renacimiento inevitable en nuestros días del fenómeno eugenésico.

Sin embargo, hay razones de peso para pensar que esta nueva eugenesia es distinta de la eugenesia clásica, que conoció el mundo sobre todo a raíz de

los horrores del régimen nazi alemán, pues la misma no tiene por el momento el componente de política social que tuvo aquella, sino que se sustenta fundamentalmente sobre deseos individuales o de pareja.

Asimismo, al tiempo que se atisban zonas oscuras y preocupantes de esta corriente, se aprecia también que el DGP puede configurarse como un elemento valioso para el desarrollo de la denominada “libertad reproductiva” de aquellos padres que desean garantizar las mejores condiciones posibles de salud para sus hijos. Se habla entonces del surgimiento de un nuevo concepto de paternidad responsable que se vale de la información genética para decidir sus opciones reproductivas y de un nuevo tipo de eugenesia, la conocida como “neoeugenesia”, que presenta matices propios importantes que la

diferencian de forma clara de la eugenesia clásica, tal y como se verá a lo largo de este trabajo.

Ahora bien, estas características no la blindan, desde luego, de peligros evidentes propios de la sociedad de consumo en que vivimos. A la postre, uno de los problemas básicos será dónde situamos ética y jurídicamente el límite de la satisfacción de los deseos de los progenitores y las barreras de protección de la identidad genética de las generaciones futuras, pero también en qué medida, si es que debe hacerlo en alguna, ha de intervenir la sociedad, a través del Estado, para acotar la citada libertad reproductiva individual o familiar.

No hay que olvidar tampoco otro factor importante aquí, como es el hecho de que, desde la perspectiva de los investigadores, se incurre frecuentemente en la denominada omnipotencia tecnocientífica, consistente en la inclinación a realizar sistemáticamente una investigación conforme se abre una nueva posibilidad de conocimiento, sin preguntarse si está realmente justificada, cuáles son sus verdaderas consecuencias potenciales, a dónde nos conduceⁱ. De esta forma, lejos de propiciarse muchas veces un debate ético o social sobre las supuestas ventajas que se presentan, y actuar posteriormente de forma consensuada, se genera la sensación de que todo lo que la ciencia permite hacer, sea bueno o malo, termina necesariamente haciéndose.

Por lo que se refiere al campo específico de la medicina genética, no puede obviarse el hecho de que con el desarrollo actual de las biotecnologías, y con la manipulación genética en particular, la especie humana ha pasado a tener bajo su disponibilidad su propio sustrato orgánico. Por ello, la responsabilidad que la sociedad confía en manos de los investigadores y de los médicos genetistas es especialmente importante, siendo también exigible a estos últimos una prudencia reforzada en sus actuaciones sobre, por ejemplo, los gametos y embriones humanos.

Enlazado con lo anterior, una de las cuestiones más problemáticas para la medicina de nuestros días, por el desbordamiento respecto de sus fines tradicionales que conlleva, es la dificultad de distinguir las intervenciones terapéuticas de las perfeccionadoras, estas últimas cada vez más demandadas por los ciu-

dadanos al amparo de su derecho a la libertad de elegir y optar por una mejor calidad de vida.

Como alerta el profesor Pellegrino, el fenómeno anterior tiene el riesgo de contagiar también a los propios profesionales, en cuanto que los mismos pueden ver esta demanda de nuevas técnicas como un gran negocio con los pacientes. A ello contribuiría la peligrosa extensión del término paciente a cualquiera que tenga cierto descontento con su cuerpo, con su capacidad mental o física, o con su psicología, y también la “medicalización” de cada faceta de la existencia humana que todo ello podría conllevarⁱⁱ.

Ahondando en este análisis de la situación, sostiene el profesor Diego Gracia que, mientras en la medicina clásica venía siendo el profesional quien definía lo que era una necesidad sanitaria, de forma que desde la propia medicina se fijaban los criterios de salud y enfermedad, en la actualidad, por primera vez en la historia, son los usuarios quienes definen dichos conceptos y buscan su satisfacción en el sistema sanitario, que en muchas ocasiones no puede darles la respuesta que esperan, lo que a su vez genera gran frustración en aquéllos y descontento en los profesionalesⁱⁱⁱ.

Aplicado lo anterior al campo de las técnicas de reproducción asistida, podemos hablar de un nuevo perfil cultural de la procreación donde la misma ya no es tanto un “valor en sí”, como un “valor de consumo”: el hijo no es un bien incondicional o una inversión humana que un cierto cálculo de costos hace más o menos accesible, sino un objeto que entra a formar parte, a la par que otros, de una escala de preferencias contingentes valoradas por los ciudadanos o, incluso, por el propio Estado^{iv}.

Por este motivo, la ciencia trata a toda costa de complacer los deseos de los usuarios produciéndose lo que para algunos se ha dado en llamar un “encarnizamiento procreativo”^v, en referencia a algunas técnicas modernas de reproducción asistida, como la inyección intracitoplasmática (ICSI), que consiste en un tipo de fecundación mediante la que se traspasan artificialmente todas las barreras naturales para introducir el espermatozoide dentro de un óvulo^{vi}.

Por otro lado, la desenfadada carrera que conlleva la investigación genética obliga al sector médico a invertir grandes cantidades de dinero en investigación, a innovar continuamente, dejando obsoletas rápidamente las últimas novedades; y todo eso lo hace favoreciendo principalmente las necesidades, deseos y preferencias individuales, que no siempre se corresponden con el bien común.

Una consecuencia de este cambio de rumbo podría ser la intensificación de las desigualdades sociales y la pérdida de integridad de la medicina que quedaría un tanto a merced de las fuerzas del mercado. Pero es que, además, estas apreciaciones son especialmente constatables en el ámbito de la procreación artificial, ya que la misma ha entrado desde hace tiempo en los mecanismos del mercado capitalista y en los aparatos del bienestar.

Finalmente, este panorama puede conducir a un gasto inabordable por los Sistemas Públicos de Salud e, incluso en países como España, que gozan de un sistema sanitario público fuerte, esta presión va a originar a juicio de algunos expertos mayor protagonismo del sector privado de la sanidad, que puede terminar acaparando las técnicas más sofisticadas y caras^{vii}.

II.- ¿Qué es el Diagnóstico Genético Embrionario Preimplantatorio?^{viii}

El DGP es una técnica de reproducción asistida que consiste en el análisis genético de embriones vivos, obtenidos por fecundación «*in vitro*» (FIV), para la transferencia posterior al útero de una mujer de aquellos que se encuentren sanos y sean viables.

De forma más precisa, puede definirse el DGP como una “aproximación al diagnóstico de un defecto genético, mediante la biopsia y análisis «*in vitro*» de un corpúsculo polar seguido a un proceso de fertilización «*in vitro*», o de un blastómero^{ix}, o de un blastocisto^x, “con el objetivo de prevenir trastornos genéticos en parejas con riesgo de tener una descendencia afectada por una enfermedad genética”^{xi}.

II.1.- Fases de la técnica

El proceso en el que se incardina el DGP podría responder a la secuencia siguiente: en primer lugar se realiza una fecundación «*in vitro*», seguidamente, se lleva a efecto una biopsia del embrión para extraer del mismo una célula, y, en tercer lugar, se realiza el análisis genético de esta última. Finalmente, si del resultado del análisis se desprende que estamos ante un embrión sano, se lleva a cabo la transferencia del mismo al útero de la mujer.

De esta forma, comienza el proceso por la estimulación ovárica a la mujer mediante el empleo de determinados fármacos (gonadotropinas^{xiii}), para conseguir el desarrollo de folículos ováricos. Tras ello, se obtienen los ovocitos generados mediante aspiración del fluido folicular, vía transvaginal, para seguidamente trasladarlos a medios de cultivo adecuados donde se llevará a cabo la inseminación y fertilización «*in vitro*», que puede ser espontánea o por inyección espermática intracitoplasmática (ICSI), esto es, inyectando directamente un solo espermatozoide en el ovocito, que es actualmente la técnica más utilizada^{xiii}.

Cuando se produce con éxito la fertilización comienza el proceso de biopsia, que puede llevarse a cabo en tres etapas diferentes, según el estadio de la realidad biológica analizada:

a).- *Al ovocito*: análisis del corpúsculo polar, que resulta útil para el diagnóstico de aneuploidías^{xiv}, ya que el 90 % son de origen materno. Se trataría en este caso realmente de un diagnóstico genético preconceptivo.

b).- *Al embrión en estado precoz* (6-8 células, también llamadas blastómeros). Se llega a esta fase hacia el tercer día tras la inseminación y se trata del momento ideal para el DGP, ya que antes del mismo (entre 4 y 6 células) puede condicionarse el desarrollo del propio embrión y, más adelante (estadio de 8 a 16 células) comienza ya la fase de compactación embrionaria, que dificulta el proceso.

c).- *Al blastocisto*, que es la estructura celular, de unas 100 células aproximadamente, que se desarrolla hacia los 5 o 6 días posteriores a la inseminación. Tiene la ventaja de que pueden obtenerse más

células para el análisis y la desventaja de que en ese momento existen ya en el embrión células con diferente constitución cromosómica, lo que puede dar lugar a errores de diagnóstico (por ejemplo, las células del trofocotodermo^{xv} pueden no ser representativas del embrión).

II.2.- ¿Qué posibilidades diagnósticas ofrece?

Una vez realizada la biopsia, se trata de diagnosticar las enfermedades genéticas heredables que, en función de la forma de transmitirse (es decir, del patrón de herencia), podemos clasificarlas de la siguiente forma:

a) Anomalías cromosómicas

Las anomalías cromosómicas pueden ser heredadas o producto de algún fallo en la maduración del óvulo o del espermatozoide, generalmente por problemas de no disfunción durante la gametogénesis^{xvi} y que, en el caso de la mujer, aumentan significativamente con la edad materna. Suelen estar asociadas a síndromes clínicos específicos y en muchos casos comportan retraso mental o defectos físicos importantes.

Se observan anomalías cromosómicas en el 0,6% de los nacidos vivos y en el 6% de los mortinatos. Además, estas anomalías se suponen responsables de más del 50% de las gestaciones interrumpidas espontáneamente.

b) Enfermedades monogénicas

Las enfermedades monogénicas son aquellas causadas por la mutación de un gen. Éstas, a su vez, pueden ser:

- *Autosómicas dominantes*: la cualidad o enfermedad se expresa tanto si el individuo es heterocigoto u homocigoto para ese gen (no hay portadores de la enfermedad), es decir, basta para que se produzca la enfermedad con que el embrión reciba una copia del alelo mutado de cualquiera de sus progenitores, por lo que el riesgo de transmisión es del 50 % si es heterocigoto^{xvii} y del 100 % si es homocigoto^{xviii}. Representan el 0,7 % de los nacidos vivos. Ejemplos: Distrofia Miotónica de Steinert, Enfermedad de Huntington, Enfermedad de Charcot-Marie-Tooth, Síndrome de

Marfan, Poliposis Colónica Familiar, Enfermedad AD Riñón Poliquistico.

- *Autosómicas recesivas*: la cualidad o enfermedad sólo se expresa si el individuo es homocigoto (cuando los dos alelos presentan el gen mutante, porque lo ha recibido de ambos progenitores), ya que los heterocigotos son portadores de la enfermedad y pueden transmitirla a su descendencia. Representan el 0,25 % de los nacidos vivos. Ejemplos: Fibrosis Quística, Beta Talasemia, Anemia Falciforme, Atrofia Muscular Espinal, Enfermedad de Tay-Sachs, Hiperplasia Adrenal Congénita, Incompatibilidad Factor Rhesus.
- *Enfermedades ligadas al sexo*: lo frecuente es que el gen mutado se halle en el cromosoma X. Mayoritariamente son enfermedades de tipo recesivo (Hemofilia, Distrofia Muscular de Duchenne), aunque también pueden existir de tipo dominante (Hipofosfatemia o raquitismo resistente a la vitamina D). En estos casos, el riesgo clínico y la severidad de la enfermedad es diferente según se trate de un hombre o de una mujer. Los hombres, que sólo poseen un cromosoma X, siempre estarán afectados, mientras que las mujeres serán portadoras sanas cuando sólo posean uno de los dos cromosomas X mutados. Las enfermedades ligadas al cromosoma X se presentan en 0,05% de los recién nacidos.

Ejemplos: Hemofilia, Distrofia Muscular de Duchenne, Distrofia Muscular de Becker, Síndrome de X Frágil, Síndrome de Lesch-Nyham, Síndrome de Wiscott-Aldrich.

C) Anomalías multifactoriales

Por último, debería aludirse a las anomalías multifactoriales en las que se hallan implicados varios genes y, además, factores ambientales. Se considera que la patología multifactorial es responsable de aproximadamente el 50 % de las malformaciones congénitas, como los defectos del tubo neural, fisura palatina, etc.

II.3.- Datos de utilización de la técnica por los pacientes

Para conocer datos fiables de utilización del DGP por los pacientes europeos podemos acudir a los resultados publicados por la *Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE)*. En concreto, por el Consorcio DGP perteneciente al grupo de especial interés en Genética Reproductiva de dicha sociedad, que publicó en 2002 los datos relativos a la actividad de 25 centros repartidos en todo el mundo^{xix}.

El estudio llevado a cabo recogió información sobre 1.561 ciclos de DGP y sobre la historia reproductiva de las parejas del registro, de la que se desprende lo siguiente: el 62 % de las mujeres que se sometieron a un DGP habían tenido un embarazo previo, aunque la mayoría no tenía hijos. El 20 % de las parejas tenían hijos sanos y el 26 % tenían hijos afectados por una enfermedad de carácter genético.

En cuanto a los motivos por los que solicitó el DGP, fueron los siguientes: en primer lugar por alteraciones cromosómicas (43 %); en segundo lugar, por patologías ligadas al cromosoma X (19 %), y patologías autosómicas recesivas (19 %), seguidas de patologías autosómicas dominantes (16 %), selección de sexo por motivos no terapéuticos (2 %), y otros (1 %).

Dentro de las alteraciones cromosómicas, de las patologías ligadas al cromosoma X, la más frecuente fue la del Síndrome X Frágil; de las patologías autosómicas recesivas, la más habitual resultó ser la Fibrosis Quística; y de las patologías autosómicas dominantes, la de mayor frecuencia fue la de la Distrofia Miotónica.

Respecto a la situación en Estados Unidos de América, una reciente encuesta dirigida por el "Genetics and Public Policy Center", de Estados Unidos, y realizada en un número importante de clínicas de fertilidad existentes en dicho país, revela que entre el 4 y el 6 por ciento de todos los ciclos de FIV incluyen ya DGP. Al mismo tiempo, indica que el 28 por ciento de las clínicas que realizan esta técnica la han proporcionado para evitar enfermedades que se ma-

nifiestan en la edad adulta, como Huntington, cáncer de mama hereditario o Alzheimer^{xx}.

Por lo que se refiere a la utilización del DGP en España, aunque su implantación es todavía escasa, podemos extraer también datos significativos de la petición de esta técnica por los pacientes en 2003, a través del Informe financiado por el Instituto de Salud Carlos III, sobre «*Diagnóstico Preimplantacional de Portadores de Cromosoma X Frágil y otros trastornos hereditarios en técnicas de fecundación artificial*»^{xxi}. En este trabajo se recoge una encuesta realizada entre los centros de reproducción asistida españoles, de la que resulta que las patologías por las que se realizó DGP fueron en orden de frecuencia las siguientes^{xxii}: abortos de repetición por sospecha de aneuploidías, anomalías estructurales, y enfermedades ligadas al cromosoma X.

El trabajo referido concluye que la patología por la que se solicita DGP con mayor frecuencia es la de abortos de repetición, y más concretamente las alteraciones cromosómicas numéricas (aneuploidías).

Finalmente, hay que hacer alusión a los datos de utilización del DGP recabados por la *Sociedad Española de Fertilidad* y referidos a la actividad del año 2002, de los que se desprende que los abortos de repetición fueron igualmente la causa mayoritaria de indicación de la técnica, seguida de la edad materna y de las enfermedades hereditarias. Otro dato de interés es que el porcentaje de embarazo por transferencia embrionaria se elevó hasta el 35,8 % en ciclos de DGP^{xxiii}.

No obstante la todavía poco relevante implantación del DGP en España, lo previsible a corto plazo es un aumento del uso de la técnica como lo demuestra, por ejemplo, la realización de un Concierto, suscrito en 2004, entre la Consellería de Sanidad de Valencia y el Instituto Valenciano de Infertilidad, para ofrecer un servicio público de DGP a las parejas de la citada comunidad que sean portadoras de alteraciones cromosómicas o genéticas susceptibles de diagnóstico. Y, también, la aprobación de un Decreto en Andalucía que regula el establecimiento del DGP dentro de las prestaciones del sistema sanitario público de dicha Comunidad Autónoma, en los tér-

minos y para las patologías que se comentan en el apartado jurídico de este trabajo^{xxiv}.

III.- Regulación del Diagnóstico Genético Embrionario

III.1.- En España: la ley de reproducción asistida de 2006 y el Decreto andaluz

La ley de reproducción asistida española de 1988^{xxv} recogía la posibilidad de llevar a cabo un diagnóstico embrionario cuando afirmaba que toda intervención sobre el preembrión^{xxvi}, vivo, «in vitro», con fines diagnósticos, no podría tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia^{xxvii}. No obstante, en la nueva ley de reproducción de 2006, recientemente aprobada por el Parlamento español^{xxviii}, se recoge una regulación mucho más exhaustiva que la referida anteriormente y que incluye los avances científicos de los últimos tiempos.

De esta forma, en el nuevo texto se prevé con relación al DGP la autorización directa de la técnica en dos casos, en los que bastará simplemente con comunicar su realización a la autoridad sanitaria correspondiente, que habrá de informar a su vez a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida^{xxix}: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembiones no afectados para su transferencia; b) y la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión (cromosopatías fundamentalmente).

La nueva ley no cierra la puerta a otras situaciones en las que pueda efectuarse el DGP, si bien las condiciona a la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe preceptivo favorable de la citada Comisión, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso.

Por último, incorpora también la autorización del DGP extensivo, o con finalidad terapéutica para terceros, estableciendo que la aplicación de las técnicas de DGP, combinadas con la determinación de antígenos de histocompatibilidad de los preembiones «*in vitro*» con fines terapéuticos para terceros, requerirá igualmente de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe preceptivo favorable de la Comisión, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso. Además, hay que tener en cuenta en estos supuestos el papel de la Organización Nacional de Trasplantes, como organismo coordinador y asesor del Ministerio de Sanidad y Consumo, en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos^{xxx}.

En cuanto a la normativa autonómica española, el Gobierno de la Comunidad Autónoma Andaluza dictó en 2005 la primera norma autonómica reconociendo el derecho al DGP dentro de un Sistema Sanitario Público, en este caso el de Andalucía, a las personas con vecindad en dicho territorio que presenten riesgo de transmitir a sus descendientes alguna de las enfermedades siguientes: Atrofia Muscular Espinal, Distrofia Muscular de Duchenne, Enfermedad de Huntington, Fibrosis Quística, Hemofilia A, Hemofilia B, otras enfermedades con herencia recesiva ligada al cromosoma X y Síndrome de Alport ligado al cromosoma X^{xxxi}.

Al mismo tiempo, la norma referida creó la Comisión Andaluza de Genética y Reproducción, entre cuyas funciones se incluyen la de garantizar el derecho a la información sanitaria, el derecho a la intimidad y el respeto a la autonomía del paciente en la toma de decisiones, así como la correcta cumplimentación del consentimiento informado.

Igualmente, se prevé que la citada Comisión debe proponer a la Consejería de Salud el establecimiento y actualización de los criterios de indicación de la técnica y velar por la igualdad efectiva en las condiciones de acceso a los procedimientos de DGP para las parejas candidatas conforme a los criterios establecidos, respetando la confidencialidad de la información y documentación a que tenga acceso.

III.2.- Situación legal del DGP en otros países de nuestro entorno

En el ámbito europeo no puede hablarse de una situación armonizada en esta materia pues no existe ninguna norma supranacional al respecto, siendo dispar la regulación en cada uno de los países como se observa a continuación:

En Francia, el *Código de Salud Pública*, reformado parcialmente por la *Ley relativa a la bioética* de agosto de 2004^{xxxii}, admite el DGP de forma restringida incidiendo en la necesidad de que se aplique sólo en casos de enfermedad grave y con fuertes controles.

De esta forma, establece que para poder realizarlo se requiere que un médico especialista en genética médica, que ejerza su actividad en un centro de diagnóstico prenatal multidisciplinar autorizado, atestigüe una fuerte probabilidad de dar a luz un hijo con una enfermedad genética de particular gravedad que en el momento en que se practique el diagnóstico sea incurable. Además, la anomalía debe haberse detectado con antelación en uno de los progenitores, de modo que, a la hora de realizar el análisis genético sobre su embrión, sólo cabrá buscar esa anomalía. Se prevén sanciones administrativas y penales para el caso de contravención de la ley.

Por otro lado, la citada ley de bioética francesa ha incorporado al Código de Salud la autorización del DGP extensivo, a título experimental, y siempre bajo condiciones rigurosas^{xxxiii}: que la pareja haya tenido un niño que padezca una enfermedad genética que conlleve la muerte durante los primeros años de vida y que esté reconocida como incurable en el momento del diagnóstico; que el pronóstico vital de ese niño pueda ser mejorado, de forma decisiva, aplicándole una terapéutica que no comporte un menoscabo de la integridad del cuerpo del ser que vaya a nacer (a partir del embrión que se transfiera al útero materno), etc.

En cuanto al sistema británico, éste tiene la peculiaridad de que existe una autoridad administrativa independiente, la denominada "*Human Fertilisation and Embriology Authority*" (HFEA), que tiene capacidad para autorizar y supervisar por sí misma las

peticiones de diagnóstico de cada nueva patología, y para conceder licencias a los centros que desean llevar a cabo la técnica, ya que entre otras cuestiones la ley de dicho país sobre fertilización y embriología de 1990^{xxxiv} no se pronuncia expresamente sobre la admisibilidad del DGP.

En noviembre de 2001, después de una consulta pública sobre la materia, la HFEA publicó unas recomendaciones del grupo de trabajo en DGP, abogando por la creación en los centros de una guía para el uso apropiado del DGP que determinara que este último únicamente debería ser realizado cuando existiera un "riesgo importante de que el embrión sufriera un condicionamiento genético grave"^{xxxv}.

Asimismo, la HFEA tiene actualmente autorizado el DGP en una serie de casos clínicos, que incluyen patologías de aparición tardía como algunos tipos de cánceres, y ha establecido además que los centros con licencia para DGP no pueden hacer la técnica a cada paciente que se lo solicite de manera generalizada, sino que deben considerar la situación médica de forma individual^{xxxvi}.

Después de ciertos avatares judiciales, se ha reconocido también por los tribunales británicos la capacidad de la HFEA para conceder autorizaciones de DGP extensivo, que permitan seleccionar embriones compatibles con hermanos gravemente enfermos, al objeto de utilizar en el futuro las células del cordón umbilical del recién nacido, y bajo estrictas condiciones:^{xxxvii} las autorizaciones para los tratamientos han de concederse caso por caso, analizando los detalles que concurren en cada situación individual; se requiere una aprobación expresa por el comité de licencias de la HFEA; deben haberse explorado todas las alternativas posibles de tratamiento y que no haya otra fuente para obtener los tejidos para el niño afectado; las condiciones de salud del niño receptor deben ser graves o de amenaza de su vida; los embriones no pueden ser modificados genéticamente para conseguir la compatibilidad; cada pareja que use estas técnicas debe recibir un consejo apropiado sobre las implicaciones de las mismas; los padres no podrán ser los receptores; y los pacientes y sus familias deben ser animados insistentemente a participar en los estudios de seguimiento.

Por otro lado, el DGP está prohibido en Alemania en virtud de una *ley sobre protección de embriones* de 1990^{xxxviii}. Esta norma sanciona con pena privativa de libertad de hasta tres años a quien utilice un embrión para cualquier otra razón que no sea su conservación. A este respecto, hay que tener en cuenta que la ley define como embrión tanto al óvulo humano fecundado (susceptible de desarrollo a partir de la fusión de los núcleos) como a cualquier célula totipotente extraída de un embrión susceptible de desarrollarse hasta convertirse en un individuo.

Aunque ha habido algunas iniciativas para intentar modificar la ley alemana en este aspecto dando entrada al DGP, han sido rechazadas sobre la base de considerar que el DGP contraviene el derecho a la protección del embrión y también por el riesgo de favorecer tendencias eugenésicas.

Por su parte^{xxxix}, el DGP está prohibido en Austria^{xl} y Suiza^{xli}, y se encuentra admitido en Dinamarca (siempre que su campo de actuación se limite a la detección de enfermedades hereditarias graves o de anomalías cromosómicas importantes en el caso de tratamientos de reproducción asistida)^{xlii}, Noruega (limitado a enfermedades hereditarias graves sin posibilidad de tratamiento)^{xliii} y Suecia (limitado al diagnóstico de enfermedades graves y progresivas que conduzcan a una muerte prematura y para las cuales no haya tratamiento ni curación en el momento del diagnóstico)^{xliv}. En cuanto a Italia, hay que recordar que en 2005 fracasó un referéndum para modificar su restrictiva “ley 40”^{xlv}, en el sentido de permitir el DGP y otras técnicas.

Finalmente, hay que significar que en los Estados Unidos no existe regulación federal ni estatal del DGP, prohibiéndose además el destino de fondos públicos a la investigación con embriones humanos. Cabría destacar, no obstante, el caso del Estado de Nueva York donde se han desarrollado unos criterios de calidad para los laboratorios, que afectan también a las pruebas genéticas asociadas al DGP, y que deben respetar los centros que ofrecen esta técnica, o que aceptan células procedentes de otros lugares para realizar su análisis dentro del propio Estado de Nueva York^{xlvi}. En definitiva, y con la salvedad anteriormente citada, el DGP se practica en la mayoría de

los hospitales privados que ofrecen fecundación «*in vitro*» siguiendo cada uno sus propias pautas^{xlvii}.

III.3.- Declaraciones y otros documentos generados en el ámbito internacional

a) Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo)

En el marco europeo el documento más relevante es sin duda el *Convenio relativo a los Derechos Humanos y Biomedicina*, hecho en Oviedo en 1997, que prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético y establece el contexto en el que deben realizarse las pruebas genéticas, limitándolo al contexto médico y de investigación médica^{xlviii}.

Además, esta norma, de aplicación en España desde el año 2000, obliga a que, con ocasión de las pruebas genéticas, se realice siempre un asesoramiento genético adecuado. El “consejo genético” se configura así como un requisito inexcusable para la realización de análisis genéticos. En esencia, se trata de un acto médico que, como tal, sólo se entiende en el contexto de las relaciones médico paciente. Además, es un acto médico de asesoramiento que ha de preceder y seguir a la elaboración de un diagnóstico tendente a la averiguación de la base genética de un problema de salud.

Pero también el consejo genético es un derecho del paciente, en cuanto que puede incardinarse dentro de los derechos de información sanitaria contemplados por la normativa vigente^{xlix}.

b) Recomendaciones Grupo de Expertos Comisión Europea

Con un alcance menor, pero también de interés, es el documento elaborado en 2004 por un Grupo de Expertos de la Comisión Europea, titulado “*25 Recomendaciones sobre las repercusiones éticas, jurídicas y sociales de los test genéticos*”^l, donde si bien se reconoce que los test genéticos constituyen un avance para la asistencia sanitaria y una oportunidad para desarrollar la medicina preventiva, se concluye que la sociedad debe garantizar que el recurso a los test genéticos sea siempre libre y nunca impuesto.

Entre las recomendaciones vertidas por el grupo referido se encuentra la de evitar el denominado “excepcionalismo genético”, postura que considera que los datos genéticos difieren de otros tipos de información médica y que deben ser considerados como una categoría aparte. Para el Grupo esta diferenciación no es correcta pues todos los datos médicos, incluidos los genéticos, merecen en todo momento los mismos niveles de calidad y confidencialidad^{li}.

Hay que decir que esta postura de sostener que los datos genéticos no tienen una relevancia especial respecto de otros datos de salud no es en absoluto pacífica, ya que son muchos los autores que consideran lo contrario habida cuenta de las características singulares de la información genética (afecta a la familia, es predictiva, permanente, etc.), que la harían acreedora de una protección claramente reforzada por los poderes públicos.

En cualquier caso, también aboga el Grupo por que los test genéticos con fines médicos se consideren parte integrante de los servicios sanitarios, matizando que sólo se debe ofrecer la posibilidad de acceder a los mismos si se ha demostrado que el test es fiable y existe una razón médica sólida que induzca a hacerlo. De esta forma, en la recomendación 8ª se indican una serie de elementos que deben producirse para que los test genéticos puedan considerarse justificados, de los que destacan los siguientes:

- La alteración que se busque debe ser grave.
- Las pruebas han de tener gran valor de pronóstico.
- Debe existir la posibilidad de llevar a cabo acciones de seguimiento en términos de intervenciones sanitarias (incluidas las opciones reproductivas).
- Antes de ofrecer los servicios de cribado se debe crear el entorno médico adecuado y facilitar información previa y posterior a los test genéticos, ofreciendo consejo médico y asesoramiento individualizado.

- La pertinencia de la alteración genética buscada se debe validar y evaluar con frecuencia en el marco de la sanidad pública.

c) Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos

Por otro lado, en el contexto mundial destacan sin duda tres Declaraciones promovidas por la UNESCO, relativas al genoma, a los datos genéticos y a la bioética, respectivamente.

La primera de ellas es la *Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos*, de 1997^{lii}, que proclama, en sentido simbólico, que el genoma humano es patrimonio de la humanidad, y que cada individuo tiene derecho al respeto a su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.

Asimismo, en la declaración se determina que una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo sólo podrá llevarse a cabo previa evaluación rigurosa de los riesgos y de las ventajas que entrañe y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional. Además, hace hincapié en la necesidad de contar con el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada, en el respeto al derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias, en el respeto también a la confidencialidad de los datos genéticos asociados a una persona identificable, etc.

d) Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos

En segundo lugar, es importante también resaltar la *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, de 2003^{liiii}, cuya motivación de fondo es la de conciliar el lógico interés de la medicina y de la ciencia en general por la obtención y estudio de los datos genéticos y proteómicos humanos con el respeto a la dignidad humana y a la protección de los derechos y libertades fundamentales, todo ello en aras de evitar fenómenos de discriminación o estigmatización de una persona, familia, grupo o comunidades.

La Declaración, además de fijar el principio de consentimiento informado del interesado para la

obtención de sus datos genéticos, establece que los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos podrán ser tratados, utilizados y conservados solamente con los fines siguientes^{liv}:

- Diagnóstico y asistencia sanitaria, que incluye pruebas de cribado y predictivas.
- Investigación médica y otras formas de investigación científica, comprendidos los estudios epidemiológicos, en especial los de genética de poblaciones, así como los estudios de carácter antropológico o arqueológico.
- Medicina forense y procedimientos civiles o penales u otras actuaciones legales.
- Y cualesquiera otros fines compatibles con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Finalmente, interesa resaltar también que la Declaración establece que, por imperativo ético, en los casos en que se contemple la realización de pruebas genéticas que puedan tener consecuencias importantes para la salud de una persona, debería ponerse a disposición de ésta, de forma adecuada, asesoramiento genético, de carácter no directivo, adaptado a la cultura de quien se trate, e, igualmente, atender al interés superior de la persona interesada^{lv}.

e) Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos

Por último, hemos de referirnos a la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, de 2005^{lvi}, que tiene entre sus objetivos el de proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética.

Esta Declaración contiene un precepto que afecta indirectamente al DGP, y es aquel en el que se afirma que deberían tenerse debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética^{lvii}.

IV. Consideraciones bioéticas: selección de embriones: “teoría de la pendiente resbaladiza”, el argumento de “jugar a ser Dios” y la “ética de la compasión”

El DGP conlleva la selección de unos embriones en detrimento de otros. En el plano teórico, el criterio fundamental de dicha selección es el de la salud genética del embrión, o lo que es lo mismo, el propósito de evitar transmitir a la descendencia enfermedades hereditarias graves. No obstante, ni todas las enfermedades condicionan de igual forma la vida de los individuos, ni todas las motivaciones que se esgrimen para la selección embrionaria son siempre de carácter médico. A partir de aquí se producen planteamientos encontrados.

Por un lado, la postura de quienes descartan completamente cualquier tipo de selección por considerarla contraria a la dignidad humana. Por otro, la de quienes aceptan dicha selección y, por tanto, el recurso al DGP, cuando se trate realmente de evitar enfermedades. Y, finalmente, la de aquellos que admiten el DGP de forma amplia más allá del ámbito médico (fines de carácter familiar o social, deseos perfectivos, etc.).

Del contexto referido se derivan algunos de los temores ante el avance del conocimiento del genoma humano y su posible manipulación, que se concretan en el miedo a entrometernos en el reloj de la herencia. Como apunta Mc. Gee —¿Tenía Dios la intención de que los seres humanos rehicieran su patrimonio genético o es contrario a su voluntad?— ¿Perderemos el contacto con los ritmos biológicos naturales del planeta?— Para algunos la investigación genética representa una ingerencia humana indeseada en el orden biológico, que es delicado y sostenible^{lviii}.

El Papa Benedicto XVI, en su época de Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, hablaba de una auténtica revolución del hombre de nuestro tiempo contra los presupuestos biológicos. De esta forma, resaltaba que ya no se admite que la naturaleza tenga algo que decir, que para muchos es mejor que el hombre pueda modelarse a su gusto, que se libere de cualquier presupuesto de su ser. Para el Papa todo esto, en el fondo, disimula una insurrec-

ción del hombre contra los límites que lleva consigo en cuanto ser biológico. Según esta concepción, el hombre se opone en último extremo a ser criatura y piensa que tiene que ser su propio creador, versión moderna de aquel “seréis como dioses”. Cree el hombre, en definitiva, que tiene que ser como Dios^{lix}.

En el sentido referido, desde ciertos sectores se acusa a los médicos, a los consejeros genéticos y a los padres de arrogancia en cuanto que se atreven a poner en duda el diseño de Dios, a corregir los errores del Creador. En definitiva, a jugar a ser Dios.

La argumentación de que la genética suponer jugar a ser Dios presupone que Dios creó a los seres humanos exactamente como deseaba que fueran, que Dios concibió un sistema, al que llamamos evolución natural, en el que participamos todos pero sobre el que no hemos de ejercer dominio, y que el don genético que Dios nos dio se encarna en la biología específica que poseemos^{lx}.

Desde otro punto de vista, Hans Jonas, reparando en el cambio de mentalidad operado en los últimos tiempos, señala con acierto que los experimentos del pasado hacían una distinción entre los seres humanos y el objeto del ensayo, en cuanto que no experimentábamos con nosotros mismos ni con nuestro futuro. Sin embargo, el advenimiento de la ingeniería biológica marca una ruptura de importancia metafísica: el hombre pasa a ser tanto el objeto directo, esto es, su beneficiario, como el propio sujeto del arte de la ingeniería^{lxi}.

Por otro lado, uno de los argumentos más relevantes de la teoría de la pendiente resbaladiza aplicable al campo de la investigación genética es que, a la hora de decidir actuar sobre el genoma humano, habría que admitir que, en líneas generales, existe más confianza en conocer los rasgos malos, para excluirllos, que los rasgos buenos. Es siempre más fácil identificar lo indeseable que lo deseable, el *malum* que el *bonum*. Para Jonas es incontrovertible que la diabetes, la epilepsia, la esquizofrenia y la hemofilia son indeseables, pero ¿qué es mejor, una cabeza fría o un corazón cálido, una gran sensibilidad o la robustez, un temperamento plácido o rebelde, y en qué proporción o distribución?^{lxii}.

Sobre esta cuestión de la pendiente resbaladiza, Mc. Gee refiere que los que temen que el camino que empieza por las pruebas genéticas para diagnosticar enfermedades hereditarias culmina en una expectativa del bebé perfecto, consideran al mismo tiempo que, una vez que los padres hayan aceptado la modificación del estado natural como un componente más del ejercicio de la paternidad, será fácil cambiar también ese estado por razones menos meritorias que la evitación de enfermedades^{lxiii}.

Por el contrario, quienes se oponen al tipo de planteamientos referido consideran que no se puede caer en la falacia naturalista, consistente en oponer como si tal cosa la tecnología a la naturaleza, ya que la primera es una parte inevitable de la existencia humana. No podemos tener como objetivo la preservación del orden natural dado que todas nuestras actividades necesariamente preservarán o variarán una parte de ese orden. Por esta razón, entienden que un debate inteligente ha de centrarse en qué técnicas son las más adecuadas para las necesidades contrapuestas de una sociedad y un ambiente complejos^{lxiv}.

En última instancia, puede decirse que para un sector importante de la sociedad las pruebas prenatales y el aborto no tienen por qué concebirse necesariamente como el resultado de la actuación de científicos alocados que esperan jugar a ser Dios, sino que pueden ser entendidos como valiosos instrumentos para evitar el sufrimiento de seres humanos cuyo destino sería una vida trágica.

Se habla entonces, en terminología de Hans Jonas, de la “ética de la compasión”, que consistiría en la compasión anticipada por un sujeto que se imagina en abstracto (el futuro ser), en virtud de la cual se decide ahorrarle la existencia para evitarle las dolencias que se imaginan padecería si llegara a vivir. Para el citado autor, en estos casos no se puede decir que se infrinja ningún derecho del potencial descendiente por dejar de engendrarlo, porque no hay ningún derecho a la existencia por parte de individuos hipotéticos que aún no han sido concebidos.

Antes al contrario, para Jonas se podría argumentar que su derecho sería lesionado al engendrarlo si previsiblemente (es decir, con probabilidad apreciable) ello le llevara a una existencia desgraciada^{lxv}.

De aquí se desprendería una argumentación a favor de la selección de embriones dirigida a descartar a aquellos que presenten enfermedades graves, y, por tanto, un cierto aval a la técnica de DGP.

V.- Eugenesia y Neoeugenesia

V.1.- Origen del concepto, clases y grados de eugenesia

A juicio de algunos autores, las técnicas de reproducción asistida (de las que forma parte el DGP), que se presentaron originariamente como la respuesta ante el deseo de tener hijos por parte de las parejas estériles, podrían haber derivado en una nueva modalidad de práctica eugenésica desde el momento en que las mismas se aplican a la procreación humana y alimentan el sueño de la perfección^{lxvi}.

Debe recordarse que el término eugenesia fue acuñado por Francis Galton a finales del siglo XIX, quien la definió como «la ciencia que trata de todos los factores que mejoran las cualidades propias de la raza, incluidas las que las desarrollan de forma óptima». Galton, que había tomado como antecedente para sus teorías la obra de Charles Darwin, propugnaba el recurso a todos los factores sociales utilizables que pudieran mejorar las cualidades raciales, tanto físicas como mentales, de las generaciones sucesivas^{lxvii}.

Por otro lado, es común distinguir doctrinalmente entre dos clases de eugenesia: la *eugenesia positiva*, que consiste en favorecer la transmisión de caracteres estimados deseables (fomentando matrimonios seleccionados, utilizando semen o gametos de personas con rasgos físicos o intelectuales óptimos), y la *eugenesia negativa*, que pretende evitar la transmisión de caracteres apreciados como no deseables (mediante la esterilización, contracepción, aborto, etc.). La selección de embriones propia del DGP sería por tanto un ejemplo de eugenesia negativa, siempre que persiga que no se transmitan a la descendencia enfermedades hereditarias graves. Y se convertiría, sin embargo, en un caso de eugenesia positiva si el objetivo fuera favorecer la transmisión de caracteres estimados deseables (por ejemplo, la

selección del sexo de los embriones por razones de preferencia familiar de los progenitores).

Por su parte, algún autor distingue tres grados de eugenesia^{lxviii}: en el primero estaría la eugenesia clásica ya comentada; en el segundo grado la nueva eugenesia, que clasifica gametos y embriones para descartar o eliminar los que no posean las características solicitadas (aquí se encuadraría el DGP); y habría un tercer grado, llamado por algunos “eugénica”^{lxix}, que se referiría a la combinación de las técnicas de reproducción artificial con la manipulación genética propiamente dicha (dentro de este grado estarían la clonación y la ingeniería genética).

Pues bien, sin que se puedan olvidar los trágicos resultados de los movimientos eugenésicos de principios de siglo, que propugnaban una mejora de la raza y la protección de la especie, y se orientaban hacia los efectos sociales de dichas prácticas (dando lugar incluso en algunos casos a decisiones políticas), los descubrimientos actuales sobre el genoma humano y la potencialidad de algunas técnicas asociadas a la reproducción humana asistida (como el DGP), permiten llevar a cabo en nuestros días un replanteamiento del pensamiento eugenésico.

De esta forma, desde algún sector doctrinal se manifiesta que sería utópico, y puede que incluso contrario a la dignidad humana, rechazar cualquier acción eugenésica, porque si hay vidas dignas de ser vividas, hay otras que no lo son. Desde la citada perspectiva, la actitud razonable en la actualidad consistiría en colocar barreras para limitar la naturaleza y el grado de intervención eugenésica^{lxx}.

Surge así una nueva eugenesia, denominada por algunos “*neoeugenesia*”, que presenta caracteres muy distintos a los de la eugenesia clásica. De esta forma, como indica Romeo Casabona, la nueva eugenesia está planteada por el momento como una cuestión médica, propia de la esfera de la relación médico-paciente y, por ello, como un asunto de salud individual vinculada a las decisiones reproductivas de las parejas^{lxxi}.

V.2.- La “eugenesia *laissez faire*” y la “eugenesia utópica”

Uno de los autores que con mayor profundidad ha analizado las connotaciones de la nueva eugenesia ha sido Philip Kitcher, para quien también es posible distinguir perfectamente entre la eugenesia clásica y la nueva eugenesia, a la que él llama “eugenesia *laissez-faire*”, que derivaría del conocimiento molecular y a la que considera en principio éticamente aceptable^{lxxii}. Sostiene este autor que, una vez que hemos perdido la inocencia genética, estamos comprometidos inevitablemente con alguna forma de eugenesia.

Para Kitcher la característica más atractiva de la nueva eugenesia es que intenta respetar la *libertad reproductiva* de cada individuo, en cuanto que permite que las personas decidan por sí solas cuáles son los rasgos que desean promover y cuáles evitar.

Ahora bien, Kitcher resalta la existencia de dos impedimentos para que pueda hablarse realmente de libertad reproductiva y para que la nueva eugenesia se diferencie claramente de la anterior:

- En primer lugar, la discriminación. Cuando los recursos de las pruebas prenatales no están al alcance de todos los miembros de la población por igual surge la discriminación que, en el campo de que aquí se trata, podría hacer que las enfermedades genéticas se configuraran como enfermedades de la “clase baja”.
- Seguidamente, la coacción directa o indirecta. Si la sociedad no sustenta valores y medios adecuados para ayudar a las familias que, por ejemplo, decidan no abortar a pesar del riesgo de tener un hijo con síndrome de Down, se producirá también, de forma indirecta, una merma de la libertad reproductiva individual. Sólo con la certeza de que todas las personas tienen una posibilidad seria de recibir el respeto y apoyo que necesitan, podrán los padres decidir libremente en función de sus propios valores.

En otro caso, sus decisiones estarán siempre mediatizadas por el destino que espera a su hijo y, en definitiva, por los valores imperantes en la sociedad. El juicio de estas parejas coaccionadas acusaría al

medio social como culpable de su falta de libertad para decidir y no al genotipo ni al rasgo.

Paralelamente a lo anterior, Kitcher cuestiona también la posibilidad de que pudiera garantizarse la libertad reproductiva a ultranza, y ello en la medida en que las decisiones prenatales de los padres no les afectan sólo a ellos, sino también a los otros miembros de la sociedad, que tendrán probablemente que contribuir al sustento del niño que nazca.

A partir de aquí, Kitcher formula la que denomina “eugenesia utópica” o ideal, que trataría de conjugar la libertad reproductiva individual con la educación y la discusión pública de la procreación responsable, y que estaría sustentada en los siguientes elementos: una información genética al alcance de todos los ciudadanos por igual y un respeto a las decisiones reproductivas individuales sobre la base de una educación previa sin coacción. Por último, en el contexto de esta eugenesia utópica existiría un respeto universalmente compartido por las diferencias, aunado a un compromiso público de hacer realidad el desarrollo potencial de todos los que nacieran.

Pero, además, esta eugenesia utópica necesitaría un límite que circunscribiera el objetivo de las pruebas prenatales que usaría el ciudadano bien informado y con sensibilidad moral (y que las separe de las prácticas eugenésicas no ilustradas). La propuesta que hace el citado autor es elegir las condiciones que constituyen la enfermedad y señalarlas como el blanco correcto de las pruebas y de los supuestos de interrupción del embarazo.

Finalmente, ahondando en esta línea de pensamiento, otros autores consideran que para que pueda decirse que la actual revolución genética repudia y ha triunfado verdaderamente sobre la siniestra promesa del anterior movimiento eugenésico convencional, ha de trazarse un objetivo político en la regulación de la utilización social de los frutos de dicha revolución mediante el cual se garantice que, al tiempo que se obtiene un beneficio máximo sin coerción, se evite la exclusión y estigmatización de cualquiera de nuestros ciudadanos, incurriendo en ciertos

costes para conservar el denominado ‘*valor de inclusión*’ basado en el respeto igual para todos^{lxxiii}.

V.3.- La defensa a ultranza de la “eugenesia individual o liberal”^{lxxiv}

Arthur L. Caplan es un ejemplo de firme partidario de admitir abiertamente la selección de caracteres genéticos por los sujetos o parejas que deseen reproducirse, siempre que las decisiones que tomen respondan a su libertad individual y no haya imposición de terceros en las opciones reproductivas.

Su planteamiento consiste en preguntarse qué hay de malo o inmoral en la eugenesia y llega a la conclusión de que no hay principios morales que por sí mismos supongan razón suficiente para condenar los propósitos eugenésicos individuales.

A partir de la idea anterior, desgrana y rebate los tres aspectos que a su juicio laten con mayor intensidad en la crítica a la eugenesia individual o liberal:

- El primero de ellos, la posibilidad de coerción en las conductas reproductivas por parte de los gobiernos o instituciones. A este respecto, Caplan considera que el derecho a reproducirse sin interferencias de terceros es una de las libertades fundamentales reconocidas por el derecho internacional y las teorías morales. Pero, al mismo tiempo, entiende el citado autor que el mero hecho de perseguir la consecución de determinados rasgos o la ausencia de enfermedades, cuando la elección es libre e informada y no va dirigida a dañar al hijo, no puede reputarse inmoral o que haya sido forzada por terceros. Habrá que demostrar en cada caso que se ha producido esa inmoralidad o que ha existido verdadera coerción.
- El segundo factor de crítica al que se enfrenta la eugenesia individual es el hecho de la subjetividad de los cánones de perfección humana y las consecuencias que las decisiones reproductivas de los padres puedan tener sobre los hijos. A ello responde Caplan que esta cuestión no es un problema nuevo creado por la tecnología genética y equipara las consecuencias de la selección de la dotación genética que pueden hacer los padres

respecto de sus futuros hijos, con las consecuencias que pueden derivarse para estos últimos de las decisiones de aquéllos en materia de elección de la formación que van a recibir, de la educación en valores morales, políticos o religiosos, etc.

Sobre este tema Caplan plantea incluso que si consideramos ético que cualquier persona con una nariz grande se someta libremente a una operación de cirugía estética para corregir su defecto, no hay razón para entender que no es moralmente correcto que los padres busquen también lo mejor para sus hijos antes de que nazcan recurriendo a la tecnología genética.

- El tercer elemento de crítica a la eugenesia individual es el relativo a que la misma puede generar desigualdades y conducir a una clasificación de los ciudadanos en función de sus posibilidades de acceso a la tecnología genética creando élites (“genetic overclass”). También argumenta Caplan que éste no es un problema nuevo, y manifiesta al respecto que en un mundo que tolera tanta desigualdad respecto a las circunstancias en que nacen los niños es difícil sostener que hay algo más ofensivo o moralmente más problemático en las ventajas biológicas que en las ventajas sociales y económicas, actualmente asumidas por la sociedad.

De forma paralela a lo anterior, dentro de esta tercera línea de crítica se cuestiona el efecto contrario, esto es, si la eugenesia individual, una vez accesible para todos, puede conducir a una sociedad homogénea en la que la diversidad y la diferencia desaparezcan en una carrera por producir sólo gente perfecta con caracteres iguales o similares. Igualmente, descarta Caplan el peso de esta crítica al recordar que esa homogeneidad se produce ya en la sociedad de alguna forma, por ejemplo, cuando las familias pudientes seleccionan para sus hijos los mismos colegios, clases de

música, prácticas religiosas, campos de verano, etc.

Concluye Caplan afirmando que mientras la fuerza, la coerción, la obligación y el miedo no interfieran en las opciones reproductivas, y mientras las decisiones individuales no tengan consecuencias negativas para la colectividad, no está claro que sea algo menos ético permitir a los padres elegir el color de los ojos de su hijo o favorecer genéticamente su capacidad para las matemáticas, que permitirles enseñarles los valores de una religión en particular, o tratar de inculcarles el gusto por el deporte llevándoles a los partidos de fútbol, o fomentarles tocar el piano.

No obstante, una de las críticas más interesantes al planteamiento anterior la formula Habermas, cuando afirma que el mismo se olvida del hecho primario y básico de toda persona de ser cuerpo, del que también vive el proceso de conformación personal. De esta manera, Habermas resalta que, con carácter previo a valorar la influencia de las interacciones socializadoras, es necesaria la identificación previa con un cuerpo, y ello para que podamos diferenciar entre “lo que somos” y “lo que pasa con nosotros”. Para que una persona se considere autor de sus propios actos es necesaria la continuidad de su identidad y, si sólo nos referimos al factor de la socialización, no obtenemos esa continuidad^{lxxv}.

V.4.- La “eugenesia terapéutica”^{lxxvi}

Para el profesor Romeo Casabona no debe confundirse la conceptualización de la eugenesia con su valoración jurídica, que dependerá de sus métodos y de sus propósitos, pudiéndose distinguir claramente entre una eugenesia lícita, cuando alude a decisiones tomadas libremente por los padres, de otra eugenesia ilícita, que incluiría aquéllas prácticas que son impuestas coactivamente por los poderes públicos o por otras personas.

Entiende dicho autor que quedaría fuera de la problemática eugenésica en su sentido tradicional la

modalidad lícita citada, que denomina “eugenesia terapéutica”, de la que formaría parte del DGP, y que consistiría en aquellas prácticas preventivas que pretenden garantizar una descendencia sana, eliminando los riesgos de transmisión de enfermedades hereditarias de las que fueran portadores los padres. Además, se requiere que dichas prácticas sean fruto de la libre decisión de estos últimos con el concurso del asesoramiento genético por parte del médico.

Para Romeo Casabona la pretensión de asegurarse una descendencia sana o libre de patologías o malformaciones hereditarias en cuanto tal nada tiene de censurable, si bien reconoce la existencia de algunos problemas específicos que se irán intensificando en el futuro: la delimitación de qué debe entenderse por enfermedad grave (para distinguirla de lo que no es patológico, raro o infrecuente), o las responsabilidades reproductivas de las parejas en orden a evitar tener hijos con patologías hereditarias, si ello está aparentemente en sus manos.

En una línea similar de pensamiento, afirmaba Jonas que todo deslizamiento de conceptos distintos de los estrictamente médicos, e incluso su aceptación más allá de la clase más grave de aquéllos, la verdaderamente minoradora de la vida, era objetable tanto desde el punto de vista biológico como ético. De esta manera, para Jonas únicamente la exclusión del embrión dañado entraba en el terreno de la eugenesia de la compasión preventiva^{lxxvii}, que dicho autor consideraba correcta desde el punto de vista ético.

Resulta igualmente de interés mencionar los tres requisitos que enuncia Testart para evitar abusos a través de la eugenesia médica: en primer lugar, que la decisión eugenésica corresponda a las personas más interesadas, que son los futuros padres; en segundo lugar, que se establezcan frenos a la ambición eugenésica para que no pretenda resolver fantasías sin límites; y, en tercer lugar, que se reconozcan valores no genéticos con el fin de que no se defina a los individuos por sus características genéticas.

Más concretamente referido al DGP, Testart considera que dicha técnica es una modalidad eugenésica potencialmente ilimitada, porque no cuenta con los frenos naturales de la eugenesia tradicional asociados al dolor físico y percepción del daño moral

(aborto, infanticidio, esterilizaciones) y porque puede ponerse al servicio de fantasías paternas sobre el llamado ‘niño perfecto’. Por este motivo, entiende dicho autor que el problema de esta técnica es que sus indicaciones sólo pueden verse limitadas por la intransigencia médica o el coste económico, conceptos bastante subjetivos y evolutivos para constituir fronteras precisas y definitivas^{lxxviii}.

Por último, debe recordarse que una de las objeciones que se plantean respecto de la eugenesia terapéutica es que su aplicación podría dar al traste con genios que, pese a su discapacidad física, han realizado a lo largo de la historia aportaciones muy relevantes al arte o al conocimiento científico. Son los casos, por ejemplo, de Beethoven y su sordera, o de nuestro contemporáneo, el científico británico Stephen Hawking, aquejado de una esclerosis lateral amiotrófica, enfermedad degenerativa neuromuscular en la que las neuronas que controlan el movimiento de la musculatura voluntaria disminuyen gradualmente su funcionamiento y mueren, provocando debilidad y atrofia muscular.

Sin embargo, frente a lo anterior, cabría aducir el carácter verdaderamente excepcional de esos casos, y el hecho de que no se pueda establecer una correlación entre los impedimentos físicos y la mayor capacidad intelectual. Muy al contrario, lo habitual es que la discapacidad física de un individuo le haga más dificultoso su progreso intelectual por los inconvenientes asociados.

V.5.- La crítica a la eugenesia liberal: la “teoría del paternalismo irreversible”

Habermas señala como diagnóstico de la situación actual que estamos viviendo, el hecho de que asistimos a un proceso en el que se produce un desplazamiento desde una eugenesia negativa, que comienza por imponer como algo de sentido común el deseo de evitar el desarrollo de enfermedades hereditarias graves (para contemplar luego otras no tan importantes), bajo la premisa de que no debemos gravar a la siguiente generación si está en nuestras manos evitarlo, hasta llegar al predominio de una perspectiva liberal que impulsa someter a las leyes de mercado las crecientes posibilidades de una euge-

nesia positiva, desplazando las flexibles fronteras móviles entre intervención terapéutica e intervención perfeccionadora^{lxxix}.

Al mismo tiempo, más allá del carácter sagrado o no de la vida humana, se plantea si es compatible con la dignidad de esta última ser engendrado con reservas y sólo ser declarado digno de existir y desarrollarse después de un examen genético.

Ante este panorama, Habermas no es partidario de reacciones alarmistas, sino que aboga por construir barreras morales necesarias para asegurar que la mezcla cromosómica conserve una cierta medida de contingencia o naturalidad necesaria para mantener la “autocomprensión ética” de nuestra especie, de forma que nos permita seguir reconociéndonos como autores indivisos de nuestra biografía, como individuos de igual condición que los de las generaciones precedentes. Dicho autor se pronuncia, en definitiva, a favor de la consideración de un “derecho a una herencia genética en la que no se haya intervenido artificialmente”.

En otro caso, piensa Habermas que la eugenesia liberal puede terminar consagrando un paternalismo irreversible, en el que el individuo que va a nacer ya no tendrá ninguna posibilidad de revisar su biografía en lo que respecta a las interferencias ajenas recibidas. Nos encontraríamos, por tanto, con la conformidad virtual de un ser proyectado, cuyo acuerdo futuro es completamente aleatorio, por lo que su pérdida de libertad sería patente, produciéndose consecuentemente también una clara perturbación para poder ser en el futuro “sí mismo” y una cierta pérdida de su autocomprensión como persona^{lxxx}, con efectos desconocidos hasta ahora.

Antes que Habermas, Jonas aludía ya en sus escritos a la irreversibilidad e irrevocabilidad de la técnica biológica como rasgo diferenciador de la técnica mecánica, y para subrayar que los actos cometidos sobre otros por los que no hay que rendirles cuentas son injustos. Lo anterior lo sustenta en que el dilema moral de toda manipulación biológico-humana que vaya más allá de lo puramente negativo de la prevención de los defectos hereditarios, es que la posible acusación de la descendencia contra su creador ya no encontraría a nadie que pudiera res-

ponder y purgar por ella, ni ningún instrumento de indemnización^{lxxxii}. En otras palabras, no se produciría en estos casos, como puntualiza Habermas, la simetría de responsabilidad existente entre personas libres e iguales.

Finalmente, para Jonas el *superhombre* es un deseo de la insolencia, no de la necesidad, en cuanto que el propósito de la mejora de la especie humana desconoce que ésta, tal y como es, contiene ya en sí misma la dimensión en la que tienen su espacio tanto lo mejor como lo peor, tanto la ascensión como la caída. Concluye dicho autor diciendo que, excepto en los casos más inequívocos de la eugenesia negativa, donde el elevado precio humano de tal injerencia aún está por justificar, y sin duda en el territorio de ensueño de la perfectibilidad genética positiva, no adquirimos mayor seguridad con el cambio de lo imprevisto (el azar natural) por lo planeado^{lxxxiii} (la selección y la manipulación genética).

VI.- ¿Cuándo estamos en presencia de una enfermedad grave que justifique el Diagnóstico Genético Embrionario?

Si aceptamos el planteamiento de que el factor clave para admitir la técnica de DGP, y la subsiguiente selección embrionaria que conlleva, ha de ser el de evitar transmitir a los hijos una enfermedad grave, hemos de ponernos de acuerdo respecto de tal concepto. Sobre este particular hay quienes piensan que la decisión debe recaer en los progenitores que, por los antecedentes familiares que han conocido, son en principio los que mejor saben los sufrimientos aparejados a tal o cual enfermedad.

De esta opinión es, por ejemplo, el científico James Watson, para quien las decisiones genéticas deben tomarlas las propias madres o acordarlas con sus familias de acuerdo con sus concepciones culturales y circunstancias personales, sin que el Estado influya de ninguna manera^{lxxxiii}. No obstante, vemos a continuación diferentes maneras de enfocar esta cuestión.

VI.1.- Tres enfoques para abordar el concepto de enfermedad

Como sostiene Lagrée, recordando la fórmula de Bichat, la salud es «la vida en el silencio de los órganos», pero también un cierto régimen de vida caracterizado por su capacidad de adaptación al medio^{lxxxiv}. Conjugando estos factores, Kitcher realiza una aproximación al concepto de enfermedad distinguiendo varios enfoques^{lxxxv}:

a) Perspectiva de los objetivistas de la enfermedad

Los objetivistas de la enfermedad consideran que existen datos del cuerpo humano, de lo que es su funcionamiento normal, que son el fundamento del concepto de enfermedad. Se trata, por tanto, de una visión básicamente biológica cuyos partidarios entienden que las pruebas prenatales debieran quedar limitadas a los casos en que la presencia de ciertos alelos provoque algún fallo en el funcionamiento normal del cuerpo.

b) Perspectiva de los constructivistas de la enfermedad

Para los constructivistas de la enfermedad no se puede trazar una línea divisoria sobre los datos objetivos que los separe nítidamente de los que no lo son, sino que hay que apelar al consenso social para determinar lo que verdaderamente es una enfermedad. Para los seguidores de esta postura, que aplicada al DGP corre el riesgo de conectar con la vertiente clásica de la eugenesia, todas las intervenciones médicas involucran juicios de valor que están aceptados ampliamente por la sociedad.

c) La teoría de la calidad previsible de la vida humana

En tercer lugar estaría la posición de los que, como el propio Kitcher, fundamentan el concepto de enfermedad en la calidad previsible de la vida humana, en las posibilidades de ésta de desarrollar una personalidad. La clave de esta perspectiva se encontraría en nuestra capacidad para hacer juicios de valor acerca de la calidad de las vidas humanas. A este respecto, dicho autor propone tres dimensiones para evaluar la calidad de una vida humana^{lxxxvi}:

1. La primera se refiere a determinar si la persona ha desarrollado alguna noción acerca de lo que es importante y cómo se formó dicha concepción. A propósito de esta cuestión, Paul Ricoeur considera que hay dos cosas fundamentalmente estimables en el "sí mismo": en primer lugar, la capacidad de elegir "por razones", de preferir una cosa a otra, esto es, la capacidad de actuar intencionalmente; y, en segundo lugar, la capacidad de introducir cambios en el curso de las cosas, de comenzar algo en el mundo, o dicho brevemente, la capacidad de iniciativa^{lxxxvii}.

Por este motivo, las enfermedades neurodegenerativas que se manifiestan en la infancia, o las alteraciones del material genético más graves, que cancelan por completo los prospectos de la configuración del yo, impiden conocer por sí mismo la realidad.

2. La segunda alude a la capacidad de autodesarrollo del yo, al grado en el que se satisfacen los deseos centrales de la vida. Enfermedades como el Síndrome de Down o el Síndrome Sanfilippo limitan el alcance del desarrollo del yo. Asimismo, ideas como movilidad e independencia son importantes para casi todas las personas y son ajenas, en principio, a las personas nacidas con afecciones musculares degenerativas graves que las confinan en una cama o en una silla de ruedas desde la infancia.

Aunque Kitcher no lo resalta, lo cierto es que esta dimensión habría que entenderla como un problema contextual, que puede variar en función del tipo de sociedad o de estatus social dentro de una misma sociedad, ya que determinadas discapacidades resultan menos importantes en las sociedades opulentas que en las subdesarrolladas.

3. La tercera dimensión se relaciona con el carácter de la experiencia de la persona, con el equilibrio de dolor y placer. ¿Hasta qué grado deben ser terribles el dolor o las limitaciones en las actividades y el desarrollo para que reduzcan tanto la calidad de una vida que el aborto, o el descarte de un embrión, se conviertan en un acto de clemencia?. Las afecciones genéticas más devastadoras no permiten más que un desarrollo mínimo y tan invalidante, que no hay posibilidad de que el ni-

ño entienda el cuidado que le brindan otros, ni de que se ría con la más simple de las bromas.

De esta forma, para Kitcher sería preciso obtener un juicio de valor positivo respecto de las citadas tres dimensiones del concepto de calidad de vida, para descartar la presencia de una enfermedad o, al menos, de una enfermedad grave.

VI.2.- Calidad de vida limitada, calidad de vida mínima y calidad de vida por debajo del mínimo

Por otro lado, Jonsen, Siegler y Winslade, realizan también en su obra *Ética Clínica* una propuesta de criterios objetivos para la determinación de la calidad de vida, distinguiendo las siguientes situaciones^{lxxxviii}:

- Calidad de vida limitada: situación en la que alguien sufre graves carencias de salud psíquica y mental, esto es, cuando sus facultades funcionales se alejan de la media normal encontrada en los humanos. Se trataría de un juicio que cualquiera podría hacer, bien el interesado, bien cualquier observador del paciente.
- Calidad de vida mínima: situación en la que se ve a alguien en un estado físico general muy deteriorado, no exento de molestias y dolores, y con grandes limitaciones en su capacidad comunicativa con los demás. También puede hacer dicha valoración el propio afectado o cualquier observador (médico o familiar).
- Y calidad de vida por debajo del mínimo: situación en la que el paciente sufre un extremo debilitamiento físico, además de haber perdido de forma total e irreversible la actividad sensorial e intelectual. El enfermo, en razón de su estado, ha perdido toda capacidad de evaluación personal.

Pues bien, para los citados autores muy pocas personas considerarían buenas cualquiera de las dos últimas situaciones referidas, y los que se encuentran en ellas optarían por no estarlo si pudieran elegir e incluso, en muchos casos, preferirían estar muertos. Extrapolando estos criterios al caso del DGP podría decirse que estaría realmente justificado en los dos últimos casos el descarte de embriones con enferme-

dades que condujeran a dichas situaciones, siendo para algunos más discutible la decisión en el primer supuesto.

VI.3.- El concepto de enfermedad desde el concepto de salud

Otra forma de indagar en el concepto de enfermedad es a partir de su negativo fotográfico, esto es, del concepto de salud. Aquí encontramos de entrada la definición propuesta por la *Organización Mundial de la Salud* en 1947, que ponía su énfasis en la salud como estado de “completo bienestar, físico, mental y social”. Ahora bien, como se razona en el Informe sobre los fines de la medicina, del *Hastings Center* de Nueva York, no es posible, ni ahora ni nunca, que la medicina aporte un bienestar “completo”, ni siquiera en el sentido físico, con el que está más familiarizada. Los males, de mayor o menor gravedad, forman parte de la vida de todas las personas en un momento u otro, y al final todos sucumbiremos a ellos^{lxxxix}.

Por este motivo, resulta más adecuada la concepción de la salud que se recoge en dicho documento y que habla “de la experiencia de bienestar e integridad del cuerpo y la mente. La salud se caracteriza por la ausencia de males de consideración y, por tanto, por la capacidad de una persona para perseguir sus metas vitales y desenvolverse adecuadamente en contextos sociales y laborales habituales”. Con esta definición se quiere poner énfasis en la importancia de la integridad y el buen funcionamiento del cuerpo, en la ausencia de disfunciones relevantes y en la consiguiente capacidad de actuar en el mundo.

En consecuencia, por este camino se podría deducir que la enfermedad grave es aquella que impide al individuo un mínimo desarrollo y desenvoltura social y laboral en el medio y cultura en el que se encuentra.

VII.- Conclusiones

El Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP), cuyo objetivo fundamental es evitar la transmisión de enfermedades hereditarias a la descendencia, constituye una de las técnicas más pro-

metedoras de la medicina preventiva y predictiva de nuestro tiempo. El auge de esta última supone un cambio en el punto de mira de los fines clásicos de la medicina, tradicionalmente centrados en la prolongación de la vida, la conservación de la salud o el alivio del dolor.

Desde el punto de vista científico, el DGP, en combinación con otras técnicas de reproducción asistida, se configura como una herramienta valiosa para la detección en el embrión de multitud de anomalías cromosómicas (numéricas y estructurales), de enfermedades monogénicas (dominantes, recesivas y ligadas al sexo) y de enfermedades multifactoriales.

El uso de la técnica de DGP en España es todavía escaso aunque va en claro aumento, siendo la patología más frecuente por la que se solicita su realización la de abortos de repetición por sospechas de aneuploidías, seguida de anomalías cromosómicas estructurales, enfermedades ligadas al cromosoma X y enfermedades autosómicas dominantes.

El DGP no está exento de fuertes controversias bioéticas en la medida en que conlleva la utilización de las técnicas de reproducción artificial, la manipulación de embriones y la selección genética de los mismos.

Por lo que se refiere a la regulación del DGP en España, tras la publicación de la ley de reproducción asistida de 2006, está contemplado su uso tanto en beneficio del embrión diagnosticado como con fines terapéuticos para terceros, en estos últimos supuestos previa autorización caso a caso de la autoridad administrativa y previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

En cuanto a la situación legal de los países de nuestro entorno, el DGP está admitido para enfermedades graves en Francia y Reino Unido (también el DGP extensivo), y no se prohíbe en Estados Unidos. No se acepta, por el contrario, en países como Italia, Alemania, Austria o Suiza.

La tendencia general desde el punto de vista bioético y jurídico es la de aceptar el DGP en los casos de enfermedades genéticas hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal, o de alteraciones cromosómicas

que pudieran comprometer la viabilidad del embrión. Y encomendar a comités éticos específicos la valoración del resto de casos (DGP extensivo, DGP en enfermedades de aparición tardía, de expresión fenotípica variable y multifactoriales), con el fin de asegurar que, detrás de los mismos, existe verdaderamente un propósito de evitar enfermedades graves y no el de llevar a cabo una selección caprichosa de los individuos.

Para una parte significativa de los autores, la eugenesia no es un fenómeno esencialmente inmoral, sino que dependerá de los objetivos que persiga. Asimismo, el avance en el conocimiento del genoma humano hace inevitable en nuestros días un replanteamiento del fenómeno eugenésico. Puede afirmarse que tenemos la responsabilidad de no caer en los errores del pasado (eugenesia clásica), pero también la de aprovechar el conocimiento actual para evitar vidas desgraciadas, niños con enfermedades incurables.

La “neoeugenesia” o eugenesia terapéutica, basada en la libertad reproductiva, circunscrita a un ámbito médico y enfocada como un problema de salud individual, de pareja o, incluso, de familia, es

netamente diferente de la eugenesia clásica, que estaba concebida como un asunto de política social, y en la que se producía un intervencionismo del Estado. No obstante, su reto fundamental para lograr una mayor aceptación ética es fijar bien las fronteras entre lo que debe entenderse por una intervención terapéutica y una intervención perfeccionadora.

La eugenesia liberal, que propugna una postura abierta respecto de la selección de embriones mediante el DGP y un uso de la ingeniería genética para elegir rasgos genéticos a voluntad de los progenitores (por ejemplo, el sexo o el color de los ojos) y para potenciar capacidades y habilidades humanas (como la aptitud para las matemáticas), carece en la actualidad de un consenso doctrinal y científico suficiente para imponer sus criterios, si bien puede gozar en el futuro del viento a favor que le proporcionen factores tales como las leyes del mercado, la creciente concepción consumista de los derechos reproductivos y la dificultad mencionada de establecer fronteras sólidas e inamovibles entre lo que debe entenderse por actuación médica terapéutica y actuación médica perfecta.

Madrid, diez de noviembre de dos mil seis.

ⁱ Lagrée, J.: *El médico, el enfermo y el filósofo*, Ed. La esfera de los libros, primera edición, 2005, pp. 46-47.

ⁱⁱ Pellegrino, E.: «*Biotechnology, Human Enhancement, and the Ends of Medicine*», Dignity. Center for Bioethics and Human Dignity (CBHD), 2004.

ⁱⁱⁱ Gracia, D.: Como arqueros al blanco. Estudios de Bioética. Ed. Triacastela, Madrid, 2004, pp. 83-84.

^{iv} Vega Gutiérrez, A.: «*Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?*». Derechos reproductivos y técnicas de reproducción Asistida, Granada. Ed. Comares, 1998, p. 27.

^v Sanchez Abad, P. y Pastor García, L.: La inyección intracitoplasmática de espermatozoides. ¿Avance o imprudencia científica?. Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2005, pp. 9-13.

^{vi} La ICSI consiste básicamente en facilitar el camino al espermatozoide inyectándolo directamente en el óvulo.

^{vii} V. Informe «*Medicina personalizada. La salud a la carta*», Future Trends Forum (FTF), Fundación de la Innovación Bankinter, 2005.

^{viii} V. Boada, M. y Veiga, A.: «*Pruebas genéticas en embriones y fetos*». Pruebas Genéticas. Genética, Derecho y Ética. Universidad Pontificia de Comillas, 2004, pp. 19-47.

V. también Informe «*Diagnóstico preimplantacional de portadores de cromosoma X frágil y otros trastornos hereditarios en técnicas de fecundación artificial*». Proyecto FIS. Victoria-Gasteiz. Departamento de Sanidad. Gobierno Vasco, 2005. Informe n.º.: Osteba D-05-01.

Igualmente, Diccionario Mosby de la Salud (1996). Mosby/Doyma Libros.

^{ix} Blastómero es cada una de las dos células que se desarrollan en la primera división miótica de la segmentación del núcleo de un óvulo fertilizado. Los dos blastómeros se dividen y subdividen para formar la mórula en los primeros días de la gestación.

^x Blastocisto es la forma embrionaria que sigue a la fase de mórula en el desarrollo humano. Es una masa esférica de células con una cavidad central llena de líquido rodeada de dos capas de células. La mórula, por su parte, es una masa sólida y esférica de células que son producto de la división del óvulo fertilizado en las fases precoces del desarrollo embrionario.

^{xi} Estas definiciones están atribuidas a Hazme (1999), Gianaroli (2002) y Handyside (1992), en el proyecto de investigación sobre Diagnóstico Preimplantacional de Portadores de Cromosoma X frágil y otros trastornos hereditarios, anteriormente referido.

- ^{xiii} La gonadotropina es una sustancia de carácter hormonal que estimula la función de los testículos y de los ovarios.
- ^{xiii} La inyección intracitoplasmática de espermatozoides, conocida como ICSI (intracytoplasmic sperm injection), consiste en la inyección de un espermatozoide dentro de un óvulo.
- ^{xiv} Se trata de una alteración cromosómica que afecta a un único par de cromosomas de los 23 pares que tiene el ser humano, como por ejemplo la trisomía 21 o Síndrome de Down.
- ^{xv} El trofotodermo o trofoblasto es una capa de tejido que forma la pared del blastocisto de los mamíferos placentarios en los estadios tempranos del desarrollo embrionario.
- ^{xvi} La gametogénesis es el origen y maduración de los gametos, que se produce a través del proceso de meiosis.
- ^{xvii} Heterocigoto significa que tiene dos genes diferentes en el locus correspondiente de cromosomas homólogos.
- ^{xviii} Homocigoto es cuando el individuo tiene genes idénticos en el mismo locus de un par de cromosomas.
- ^{xix} Los datos referidos en este apartado han sido obtenidos a través del citado trabajo sobre «Diagnóstico Preimplantacional de Portadores de Cromosoma X frágil y otros trastornos hereditarios en técnicas de fecundación artificial», pp. 61-62.
- ^{xx} Baruch, Kaufman y Hudson, 2006: «Genetic testing of embryos: practises and perspectives of U.S. IVF clinics, Fertility and Sterility (en prensa).
- ^{xxi} «Diagnóstico preimplantacional de portadores de cromosoma X frágil y otros trastornos hereditarios en técnicas de fecundación artificial». Proyecto FIS. Victoria-Gasteiz. Departamento de Sanidad. Gobierno Vasco, 2005. Informe nº.: Osteba D-05-01, ob. cit., pp. 67-70.
- ^{xxii} Los datos se refieren al año 2003. Se enviaron un total de 116 encuestas a otros tantos centros de reproducción y 55 encuestas a los laboratorios de genética, públicos y privados, que realizan las técnicas necesarias para el DGP, obteniéndose de todos ellos una tasa de respuesta del 40 % (27 % respecto de los centros de reproducción asistida y 70 % de los laboratorios de genética).
- ^{xxiii} Informe del registro FIV-ICSI de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), de 2002, que hace referencia a los datos de DGP de 14 centros, existiendo un número importante de indicaciones de DGP no especificadas.
- ^{xxiv} Decreto 156/2005, de 28 de junio, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- ^{xxv} Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- ^{xxvi} Por “preembrión” se entiende al embrión configurado por el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el útero.
- ^{xxvii} Art. 12.1 de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ya derogada.
- ^{xxviii} Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- ^{xxix} V. art. 12 de la ley de reproducción indicada.
- ^{xxx} Disposición adicional 3ª, de la ley 14/2006.
- ^{xxxi} Decreto 156/2005, de 28 de junio, por el que se regula el Diagnóstico Genético Preimplantatorio en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y se crea la Comisión Andaluza de Genética y Reproducción. Anexo.
- ^{xxxii} Loi n° 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.
- ^{xxxiii} Art. L. 2131-4-1, del Código de la Salud Pública francés, incorporado por la ley bioética anteriormente referida.
- ^{xxxiv} Human Fertilisation and Embryology Act, 1990.
- ^{xxxv} «Outcome of the Public Consultation on Preimplantation Genetic Diagnosis» (2001): HFEA (consultada en febrero de 2005, de la web oficial de la HFEA: <http://www.hfea.gov.uk/>).
- ^{xxxvi} <http://www.hfea.gov.uk/AboutHFEA/HFEAPolicy/Preimplantationgeneticdiagnosis> (consultada en septiembre 2005).
- ^{xxxvii} <http://www.hfea.gov.uk/PressOffice/Backgroundpapers/PreimplantationTissueTyping> (consultada en febrero 2005).
- ^{xxxviii} Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz-ESchG), Vom 13 Dezember 1990. Arts. 1.2 y 8.1 de la ley.
- ^{xxxix} Las referencias a la legislación de Dinamarca, Noruega, Suecia, Alemania, Austria y Suiza proceden de los siguientes trabajos: Alkorta Idiaketz, I.: Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado, Ed. Aranzadi, 2003: 316-321. Y Romeo Casabona, C. Mª.: Código de leyes sobre genética, Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Fundación BBVA-Diputación foral de Vizcaya, 1997.
- ^{xl} Fortpflanzungsmedizingesetz (BGBI. núm. 275, de 8 de junio de 1992).
- ^{xli} Ley Federal, de 18 de diciembre de 1998, sobre la procreación médicamente asistida, Arts. 5.3 y 37, lit.e.
- ^{xlii} Ley nº. 460, de 10 de junio de 1997. Arts. 7 y 8.
- ^{xliiii} Ley nº. 56, de 1994, sobre aplicación de Biotecnología y Medicina. Art. 4.
- ^{xliv} Ley nº. 115, de 14 de marzo de 1991 y Directivas del Ministerio de Sanidad y de Asuntos Sociales sobre el diagnóstico prenatal y el diagnóstico preimplantatorio de 1995.
- ^{xlv} Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

^{xlvi} *New York State Department of Health, Wadsworth Center, Laboratory Standard, Clinical Laboratory Evaluation Program, § 5, Revised Dec. 12, 2005.*

^{xlvii} *Concretamente en el 74 % de los centros de este tipo según un estudio concluido en 2006. Baruch, Kaufman y Hudson: «Genetic Testing of Embryos: Practices and Perspectives of U.S. IVF clinics», Genetics & Public Policy Center, Berman Bioethics Institute, Johns Hopkins University, Washington, DC. Fertility and Sterility (en prensa), ob. cit.*

^{xlviii} *V. arts. 12 y 13 de este documento denominado 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. Publicado en el B.O.E. núm. 251, de 20 de octubre de 1999. Este convenio no ha sido suscrito por Reino Unido ni por Alemania. Sí lo fue por Francia e Italia, si bien ninguno de estos dos países lo ha ratificado todavía. (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadrelisteTraiter.htm>), mayo 2005.*

^{lix} *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.*

^l *«25 Recomendaciones sobre las repercusiones éticas, jurídicas y sociales de los test genéticos». Grupo de Expertos invitados por la Dirección General de Investigación de la Comisión Europea y presidido por la eurodiputada Eryl Mc Nally, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004.*

^{li} *Recomendación 3ª.*

^{lii} *«Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos». Aprobada por la XXIX Comisión de la Conferencia General de la UNESCO, en París, el 11 de noviembre de 1997, y por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1998.*

^{liii} *«Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos» (2003). Aprobada por la XXXII Conferencia General de la UNESCO, concluida en París, el 16 de octubre de 2003.*

^{liv} *V. art. 5 de esta Declaración Internacional.*

También Sánchez-Caro, J. y Abellán, F.: Datos de Salud y Datos Genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España. Fundación Salud 2000 y Editorial Comares, Granada, 2004, pp. 113-117.

^{lv} *Art. 11 de la Declaración Internacional de la UNESCO.*

^{lvi} *«Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos». Adoptada por la XXXIII Conferencia General de la UNESCO, celebrada en París, el 19 de octubre de 2005.*

^{lvii} *Art. 16 de la Declaración referida.*

^{lviii} *Mc. Gee, G.: El bebé perfecto. Tener hijos en el nuevo mundo de la clonación y la genética. Ed. Gedisa, 2003, pp. 77-79.*

^{lix} *Ratzinger, J.: La sal de la tierra. Quién es y cómo piensa Benedicto XVI. Una conversación con Peter Seewald. Ediciones Palabra, 7ª ed., Madrid, Ed. 2005, p. 142.*

^{lx} *Mc. Gee, G., ob. cit., p. 91.*

^{lxi} *Jonas, H.: «Biological Engineering—A Preview». Philosophical Essays from Ancient Creed to Technological Man. Englewood Cliffs. Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1974, p. 143.*

^{lxii} *Jonas, H.: Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad, Paidós, Ed. 1997, p. 118.*

^{lxiii} *Mc. Gee, G., ob. cit., p. 170.*

^{lxiv} *Mc. Gee, G., ob. cit., p. 102.*

^{lxv} *Jonas, H.: Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad, ob. cit., pp. 115-117.*

^{lxvi} *Díaz de Terán, Mª. C.: Derecho y nueva eugenesia. Un estudio desde la Ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida. Eunsa, Pamplona, 2005, p. 65.*

^{lxvii} *Galton, F.: Inquiry into human faculty (1883) y Darwin, C., El origen de las especies (1859).*

^{lxviii} *Díaz de Terán, Mª. C., ob. cit., pp. 66-71.*

^{lxix} *Eugénica es el conjunto de normas o manipulaciones conducentes a la consecución de un genotipo óptimo. En su aspecto positivo implica, por ejemplo, la actuación por medio de inseminación artificial y el empleo del ADN recombinante. Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, Espasa Calpe, Madrid, 1990, p. 290.*

^{lxx} *Testart, J.: «La eugenesia médica: una cuestión de actualidad». Revista Derecho y Genoma Humano 8/1998, p. 22.*

^{lxxi} *Romeo Casabona, C. Mª.: «Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas». La eugenesia hoy, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizcaia de Derecho y Genoma Humano, Ed. Comares, 1999, pp. 5-11.*

^{lxxii} *Kitcher, P.: Las vidas por venir. La revolución genética y sus posibilidades para los seres humanos. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México 2002, pp. 185-205.*

^{lxxiii} *Wikler, D.: «Implicaciones políticas». Genética y Justicia, Cambridge University Press, 2001, pp. 303-315.*

^{lxxiv} *Caplan, A., Mc. Gee, G., Magnus, D.: «What is immoral about eugenics?». BMJ, 1999; 319,1284.*

Caplan, A.: «What is wrong with eugenics?». Controlling our destinies. P.R. Sloan (ed), Notre Dame University Press, Notre

Dame, 2000.

^{lxxv} Habermas, J.: El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?. *Paidós Ibérica, Barcelona, 2002, p. 83.*

^{lxxvi} Romeo Casabona, C. M^a.: Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano. *Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya de Derecho y Genoma Humano. Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, pp. 136-139.*

^{lxxvii} Jonas, H.: Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad, *ob. cit., pp. 116-117.*

^{lxxviii} Testart, J., *ob. cit. pp. 25-27.*

^{lxxix} Habermas, J., *ob. cit., pp. 34-42.*

^{lxxx} *Ibidem, pp. 72-80.*

^{lxxxi} Jonas, H.: Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad, *ob. cit., pp. 133-134.*

^{lxxxii} *Ibidem, p. 119.*

^{lxxxiii} Watson, J.: «No hay que limitar legalmente la investigación genética». *Entrevista Diario El País, Suplemento Domingo, 11 de septiembre de 2005, pp. 6-7.*

^{lxxxiv} Lagrée, J., *ob. cit., p. 75.*

^{lxxxv} Kitcher, P., *ob. cit., pp. 203-216.*

^{lxxxvi} Kitcher, P., *ob. cit., pp. 279-300.*

^{lxxxvii} Ricoeur, P.: «Ética y moral». Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX. *Alianza Editorial, 2002, p. 243.*

^{lxxxviii} Jonsen, A., Siegler, M. y Winslade, W.: Ética Clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica. *Ariel, 2005, pp. 217-219.*

^{lxxxix} «Los fines de la medicina.- El establecimiento de unas prioridades nuevas», *Informe del Proyecto del Hastings Center de Nueva York. Ed. Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2004, pp. 35-36.*

LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA A LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Djamil Tony Kahale Carrillo

Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca

Sumario: I. Introducción. II. Bases constitucionales del derecho a la protección de la salud de los extranjeros. III. Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. IV. Beneficiarios de la asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería: A) Los extranjeros residentes de forma legal. B) Extranjeros en situación irregular: 1) Extranjeros sin previa autorización para trabajar que prestan servicios por cuenta ajena. 2) Extranjeros sin residencia y desocupados: a) Extranjeros empadronados y mayores de dieciocho años. b) Extranjeros menores de edad. c) Extranjeros ingresados en centros de internamiento. C) Extranjeros en riesgos específicos: 1) Derecho a la asistencia sanitaria de urgencia. 2) Derecho a la asistencia sanitaria a mujeres extranjeras embarazadas. D) Derecho a la asistencia sanitaria: 1) Los apátridas. 2) Los refugiados. V. Bibliografía. VI. Recursos en Internet.

I. INTRODUCCIÓN

España hasta hace pocos años era un país emisor de emigrantes. Muchos españoles por motivos políticos y económicos, decidieron inmigrar a otros países. Es a partir de la última década de los años 80 cuando España comienza a transformarse en un país de destino. Según los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadísticas la población residente en España a 1 de enero de 2005 alcanza la cifra de 44,11 millones de habitantes, según las cifras de la última revisión del Padrón Municipal. De éstos 40,38 millones de personas son de nacionalidad española y 3,73 millones son extranjeros, lo que supone el 8,5 % del total de empadronados. No hay que desconocer la mayor internacionalización del fenómeno migratorio, al encontrarnos ante una realidad con evidentes implicaciones internacionales, ante un fenómeno que no puede ser abordado únicamente de forma individualizada por el país de origen, ni por el país de destino de los inmigrantes. En foros como el

de la Unión Europea la inmigración va adquiriendo una mayor importancia, al haber tomado conciencia los Estados miembros de la necesidad de encontrar, de forma conjunta, salidas a los retos derivados de la inmigración.

El fenómeno de la inmigración cada día va teniendo más importancia, es sin duda uno de los grandes retos que debe afrontar España en este siglo que recién inicia. El objetivo de los movimientos migratorios, no es más que la búsqueda de trabajo, y esta realidad incontestable permite establecer una relación muy estrecha entre Derecho del Trabajo y migración. Los Estados han llegado a restringir la entrada de extranjeros a través de mecanismos jurídicos que imposibiliten su acceso al mercado de trabajo con el fin de evitar la avalancha de este co-

¹ RAMOS QUINTANA, M., "El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica", Ponencia Temática del XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en www.aedtt.com/congresos.htm [Consulta: 23 de marzo de 2006]

lectivo. Desde una perspectiva crítica, hoy se reconoce que las migraciones internacionales lejos de responder a decisiones individuales están en función de una dinámica económica transnacional y geopolítica de mayor alcance. La presencia e incremento de estos flujos, se interpreta como una más de las manifestaciones atribuibles al sistema económico en su fase global actual, sin embargo no todos los desplazamientos están fundados en causas económicas, también es cierto, que muchos de los que se establecen en nuestras sociedades constituyen un aporte adicional de mano de obra, al ocupar una parte variable de los empleos disponibles y, en muchos casos, su contratación permite reducir costes laborales y garantizar la rentabilidad de ciertas inversiones. Por tanto, la realidad migratoria actual no se puede entender ni al margen de la dinámica económica internacional, ni tampoco al margen de las características de los mercados de trabajos nacionales, regionales y locales.

El control de flujos migratorios ha generado una clasificación de la inmigración en España como la legal y la ilegal, o lo que es lo mismo los llamados «con papeles» o «sin papeles». La inmigración legal, comprende a todos los extranjeros que llegan a un país con sus respectivas autorizaciones de estancia o autorización de residencia y trabajo. Dentro de esta categoría se agrupan: a) los inmigrantes denominados «asentados e integrados» que vienen a un país ya con puestos de trabajo bien remunerados en grandes empresas importantes; b) extranjeros con recursos económicos altos que vienen de países subdesarrollados; c) los residentes no activos, que fijan la residencia en un país, como el caso de los pensionistas; y, d) los inmigrantes «económicos», que representan aquellas personas con pocos recursos económicos que buscan mejorar su nivel de vida y provienen de países acuciados por la pobreza. Los inmigrantes que se encuadren en esta situación se benefician de las condiciones de trabajo y de los sistemas de pro-

tección social del país a que llegan, en las mismas condiciones que los nacionales.

Mientras que los inmigrantes ilegales, son aquellas personas que a pesar de los controles de los flujos migratorios realizados por el Estado, acceden al país que se destinan, esquivando los controles administrativos, con el fin de intentar efectuar actividades laborales para su sustento. Este grupo de inmigrantes presentan un problema similar al que se produce con los ciudadanos nacionales que desarrollan actividades profesionales sin respetar la legislación del país, como es el incumplimiento de las obligaciones fiscales y las cargas sociales. La diferencia entre ambos colectivos, es que mediante denuncia de esta situación, trae como consecuencia la expulsión de los inmigrantes ilegales del país, mientras que a sus nacionales sólo les correspondería cumplir con las sanciones que la Administración pública les imponga.

En sentido genérico la protección social es la institución globalizadora de todas las medidas sociales dirigidas a todos los ciudadanos, comprendiendo el sistema de Seguridad Social, así como la Asistencia Social del Estado o de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, ello no supone la aparición de una nueva institución de carácter social como un concreto objeto de regulación denominada protección social, sino que se alude en términos generales a aquél conjunto de medios de protección otorgados por los diversos entes responsables de su concesión.

La Organización Mundial de la Salud ha definido la salud como el «estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedades o dolencias». La enfermedad es una eventualidad que en un momento dado afecta a los sujetos, independientemente de que el estado de salud de la población sea bueno, ya que se trata de un

² Clasificación efectuada por GÓMEZ BAHÍLLO, C., "Peculiaridades y problemas de integración de los inmigrantes en la década de los noventa", *AeIS*, N° 4, 1996, pág. 172.

³ «la inmigración de extranjeros es la noción descriptiva de un fenómeno socio-económico, que hace referencia a la venida a España de individuos de países empobrecidos para ganarse la vida mediante su trabajo». CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 23.

⁴ Conferencia Internacional de la Salud. Nueva York, 22 de junio de 1946.

riesgo genérico que afecta a cualquier persona en cualquier momento. Desde este punto de vista, la enfermedad produce un doble efecto, por un lado el gasto extraordinario por ser las prestaciones sanitarias en ciertos casos elevadas; y por el otro, produce un defecto de ingreso, en vista que la enfermedad puede impedir la obtención de rentas de trabajo. La salud en estos tiempos se hace valer como un bien social que tiene que ser tutelado por el Estado, configurando la protección de la salud como un derecho-prestación que al ser una función garantista, exige por parte de los poderes públicos actuaciones concretas para su atención.

II. BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS

La Constitución Española reconoce expresamente el derecho a la protección de la salud en su artículo 43. Es de resaltar, que no siendo éste el único precepto constitucional que lo reconoce, existen artículos que directa o indirectamente se relacionan a la protección de la salud, como el derecho a la vida o a la integridad física; la protección a la familia; la seguridad e higiene en el trabajo; el derecho a un medio ambiente adecuado; la protección a minusválidos; y, la protección a la salud de los consumidores.

El derecho a la protección de la salud de los extranjeros, viene cobijado en los instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos del Hombre; el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³; la Carta Social Europea¹⁴; y, el Convenio N° 97 de la OIT que España ha ratificado, «a raíz del cual todos los trabajadores inmigrantes, con independencia de su nacionalidad, quedaron equiparados a los españoles en términos absolutos, con las únicas excepciones de la gente del mar, los autónomos, los fronteirizos y los artistas liberales en breve estancia»¹⁵. Todo éste conjunto normativo internacional, ha reconocido el derecho a la Seguridad Social como el derecho que tiene toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno.

El mantenimiento de un sistema de Seguridad Social; el reconocimiento del derecho a la protección de la salud; y, la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud mediante las medidas preventivas, las prestaciones y los servicios necesarios son obligaciones de los poderes públicos¹⁶, como derechos específicos de las personas. Mención que se establece en el Texto I de la Carta Magna,

¹³ El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que «los Estados partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social».

¹⁴ La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, en el artículo 12 atribuye a «todos los trabajadores y a las personas a su cargo» el derecho a la Seguridad Social y, a todas las personas que carezcan de recursos suficientes «el derecho a la asistencia social y médica» atribuido por el artículo 13.

¹⁵ Realizado el 21 de marzo de 1967. Propone la unificación de los sistemas de seguro social, la extensión de los mismos a todos los trabajadores y a sus familias, incluyendo las poblaciones rurales y los trabajadores independientes, y la ampliación de los riesgos cubiertos a todos aquellos casos en los que el asegurado se ve impedido de ganar su subsistencia. Los regímenes de seguridad de los medios de vida deben aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo en un nivel razonable los ingresos o rentas perdidos a causa de la incapacidad para trabajar o para obtener trabajo remunerado o por la muerte del cabeza de familia. Esta seguridad debe organizarse, siempre que sea posible, por medio del seguro social obligatorio, según el cual los asegurados que hayan cumplido todas las condiciones exigidas tendrán derechos, en los casos previstos por la ley, en virtud de cotizaciones que hayan aportado a una institución de seguro social, a prestaciones pagaderas de acuerdo con la tasa fijada por la ley. Pero las necesidades que no queden cubiertas por el seguro social obligatorio deben estarlo por la asistencia social; y ciertas categorías de personas, especialmente niños, inválidos, ancianos y viudas necesitadas, deben tener acceso a asignaciones de cuantía razonable, según un baremo preestablecido.

¹⁶ Vid. UGUINA MERCADER, J., «Reformas organizativas y programas públicos en materia de extranjería e inmigración», RL, N° 15-16, 2001, pág. 71.

⁵ Art. 15 CE

⁶ Art. 39 CE

⁷ Art. 40.2 CE

⁸ Art. 45 CE

⁹ Art. 49 CE

¹⁰ Art. 51.1 CE

¹¹ Vid. BLÁSQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea, Serie de publicaciones, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.*

¹² El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, establece que «toda persona, en cuanto miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social».

existiendo una conexión con su artículo 13.1¹⁷, beneficiando a los extranjeros de la asistencia sanitaria pública¹⁸. En la Constitución Española no se reconoce el derecho a la salud, por no ser un derecho originario de tener buena salud, sino un derecho a la protección de la salud¹⁹.

La salud se hace valer como un bien social que es tutelado por el Estado, y se exige de los poderes públicos actuaciones para su atención. El mencionado reconocimiento además de aparecer unido a la condición de ciudadano debe vincularse a la de persona. Sin embargo, hacer efectivo este derecho prestacional necesita de la concurrencia de los Estados a través de su actividad, principalmente a las actuaciones positivas en su establecimiento y defensa, creando las condiciones que aseguren a todos sus nacionales la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Cada Estado, a través de los poderes públicos está llamado a garantizar la asistencia médica de sus ciudadanos y también a la de los extranjeros, poniendo a disposición de éstos sujetos los medios que faciliten la mejor atención posible de la salud. Constituyendo un derecho de medios, y no de resultados. Hay que tener presente que la protección de la salud como garantía institucional no impide, al tiempo, su consideración como derecho fundamental²⁰.

¹⁷ El STC 90/1985, de 30 de septiembre estableció el efecto expansivo de la Constitución a los extranjeros partiendo del principio de la dignidad humana, siguiendo lo recogido en las normas internacionales, manifestando que «es verdad que nuestra Constitución «es obra de españoles» pero ya no lo es afirmar que es sólo «para españoles». El párrafo 1 del art. 13 de la CE no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los Tratados y las Leyes. Significa que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española».

¹⁸ Trabajo de los extranjeros en España. La acción protectora del Sistema de la Seguridad Social se extiende a los accidentes de trabajo sufridos por extranjeros no comunitarios que carecen de los oportunos permisos administrativos para desempeñar en territorio español una actividad por cuenta ajena. STSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2002.

¹⁹ DE VAL TENA, A., "El derecho de los extranjeros a la protección de la salud", REDT, N° 109, 2002, pág. 50.

²⁰ Así lo puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en su sentencia 26/1987, y recientemente reconoce sin paliativo alguno, como auténtico derecho la tutela de la salud en su STC 95/2000, de 10 de abril. Entendiendo que los extranjeros gozan del derecho a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes.

Los artículos 41²¹ y 43 de la Constitución Española²² forman verdaderos derechos constitucionales a la Seguridad Social y a la protección de la salud, independientemente que su tutela jurisdiccional quede deferida al momento de la promulgación de las leyes de desarrollo y al amparo de sus propios términos. Constituyen derechos que, comparativamente, disponen de una garantía constitucional menos plena en relación con el resto de derechos proclamados en la parte dogmática de la Carta Magna²³. La Seguridad Social y la protección de la salud comparten, ciertamente dentro de la tutela constitucional, una parcela de su respectiva realidad, pero distan sobre manera de ofrecer un frente unitario²⁴.

El sistema sanitario posee como núcleo el conjunto de órganos y acciones a cargo de los poderes públicos obligados a garantizar la salud pública. El régimen jurídico que dispone la Ley con el fin de hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria podrá ser de carácter provisional, como el asistencial público; teniendo derecho a las prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos las personas necesitadas o sin recursos económicos²⁵.

Por lo dispuesto en los artículos 53.1²⁶ y 81.1 de la Carta Magna, se entiende que existe una reserva

²¹ Vid. VIDA SORIA, J., "Artículo 41 Seguridad Social", en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo IV, Artículos 39 a 55*. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1984, págs. 83 - 108.

²² Vid. Los derechos constitucionales laborales en PALOMEQUE LÓPEZ, M., *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 23. MONTOYA MELGAR, A., "La protección constitucional de los derechos laborales", en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Estudios de Trabajo y Previsión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 275.

²³ PALOMEQUE LÓPEZ, M., "Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución", en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución, Estudios de Trabajo y Previsión*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 336.

²⁴ *Ibidem*, pág. 306.

²⁵ BORRAJO DA CRUZ, E., "Artículo 43 Protección de la Salud", en AA.VV. (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo IV, Artículos 39 a 55*, op. cit., pág. 172.

²⁶ «Nuestra Constitución, aunque sin duda satisface esta función de «norma normarum», ha sabido recuperar también el verdadero significado de la idea constitucional, superando los planteamientos políticos decimonónicos, que concebían la Constitución como la norma regulado-

de la Ley Orgánica de Extranjería. Señalando por una parte, que no existe la posibilidad de que se produzcan reglamentos autónomos sobre la materia, puesto que los únicos posibles son los que desarrollan las previsiones de la norma con rango de ley. Por otro lado, la reserva de Ley Orgánica como lo señala el artículo 81.1 de la Constitución Española, hace referencia que son «leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución». De la simple lectura de este precepto se desprende que es necesaria la forma de Ley Orgánica cuando se refiera a leyes que desarrollen los derechos y libertades, pero no cuando tan solo limiten su ejercicio en cuestiones puntuales. De hecho, en materia de extranjería el tratamiento puntual de ciertos aspectos se encuentran recogidos en leyes que carecen del rango de Ley Orgánica²⁷.

III. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA ASISTENCIA SANITARIA

El derecho a la protección de la salud se reconoce en la Constitución Española en su artículo 43²⁸,

ra de la vida «interna» del Estado (...) Que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos sin excepción, precisamente porque aparecen reconocidos en verdaderas normas jurídicas, no es una decisión caprichosa del legislador constituyente, sino que representa la culminación de una larga y costosa evolución de la idea constitucional (...) Supone, en síntesis, una firme y consecuente rehabilitación de la soberanía popular». En PRIETO SANCHIS, L., “Artículo 53 Protección de los Derechos Fundamentales”, en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLAS-MIL, O.), Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo IV, Artículos 39 a 55, op. cit., págs. 451-452. «El art. 53.1 CE, al establecer la posibilidad de que mediante ley se regule el ejercicio de los derechos fundamentales, obliga a que esa regulación respete su «contenido esencial». Se trata, pues, de reconocer un núcleo en el contenido de los derechos fundamentales que nunca pueda sobrepasarse; dicho de otra forma, en todo caso debe de salvaguardarse un mínimo contenido del derecho, incluso frente a otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes». PÉREZ TREMPES, P., “Los Derechos Fundamentales”, en AA.VV., Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 121.

²⁷ BALLESTER PASTOR, M., *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 25.

²⁸ Como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, en su sentencia 95/2000, de 10 de abril, «que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contiene en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión del artículo 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse

configurándose como un derecho de la personalidad, aunado al derecho fundamental a la vida y a la integridad física – señalados en el artículo 15 de la Carta Magna²⁹ – por lo que le corresponde a los poderes públicos y no exclusivamente al Estado organizar y tutelar la salud pública, siendo la ley la encargada de configurar los derechos y deberes que todos tenemos al respecto.

La asistencia sanitaria se regula básicamente a través del artículo 12 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), reconociendo la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, a «los ciudadanos extranjeros que tengan³⁰ establecidas su residencia en territorio nacional». De igual manera, los extranjeros no residentes en España se les garantiza este derecho de conformidad con las leyes y convenios internacionales³¹. Los supuestos de la normativa internacional se obtienen en los artículos 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³²; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³³; el artículo 11

de las asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes».

²⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 15 Derecho a la vida”, en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLAS-MIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo II, Artículos 10 a 23. Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas*, Madrid, 1997, pág. 269.

³⁰ Vid. MONEREO PÉREZ, J., “Artículo 1”, en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999, pág. 3 – 30.

³¹ Art. 1.3 LGSS.

³² Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos «1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social».

³³ Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidé-

de la Carta Social Europea³⁴; y, el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵ –a pesar de su obligatoriedad³⁶–.

El artículo 12 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (en adelante LDE)³⁷; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la

micas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

³⁴ Art. 11 de la Carta Social Europea: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras».

³⁵ Art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana».

³⁶ «Debemos conceder que en la Comunidad Europea ya existen Derechos sociales fundamentales. El mérito de haberlos desarrollado le corresponde indiscutiblemente al Tribunal Europeo de Justicia. Sin embargo, el Tribunal no puede llevar a cabo la tarea de desarrollar un concepto general sobre los Derechos sociales fundamentales sin someterse a una considerable presión de legitimación. A la larga no puede usurpar una posición que le corresponde a quienes en realidad son los señores de los Tratados: los Estados miembros. Son ellos quienes deben marcar en el Tratado el rumbo que servirá de orientación al Tribunal de Justicia y le permitirá mantener su rolo jurisdiccional. En suma: el asentamiento de los Derechos sociales fundamentales en la Carta le permitiría al Tribunal hacer lo que le corresponde a un tribunal: recoger, interpretar y concretar precedentes normativos. Se sobreentiende que esto no significa una simple aplicación del derecho, sino también un progreso del derecho. Aún así, la diferencia cualitativa con respecto al status que no sería considerable y revestiría una importancia nada desdeñable para la conservación de la estructura institucional de la Comunidad». WEISS, M., «Conferencia Marco», Seminario Internacional Los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea, ante el Consejo Europeo de Niza, op. cit., pág. 43.

³⁷ Vid. AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 110. AA.VV., (Dir. ASENSI SABATER, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*; Editorial Edijus, Zaragoza, 2000, pág. 85. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 40.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, señala que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria, en «iguales condiciones que los españoles»³⁸. Al contrastar las dos normas – art. 12 de la LGSS y el art. 12 de la LDE– se confirma que los extranjeros irregulares tienen derecho a la asistencia sanitaria en plano de igualdad con los ciudadanos españoles, con el único requisito de encontrarse empadronados. Recibiendo un tratamiento especial por la LDE, los supuestos de mujeres embarazadas, urgencia y menores³⁹.

En el desarrollo del antiguo mandato de extranjería, el Ministerio de Sanidad y Consumo elaboró el 27 de enero de 2000⁴⁰, la Instrucción General del Ministro de Sanidad y Consumo, de inmediata aplicación al INSALUD y su debida comunicación a las Comunidades Autónomas para su conocimiento y efecto, señalando que el INSALUD mediante sus servicios propios o concertados, prestarán la asistencia sanitaria pública a los extranjeros que se encuen-

³⁸ «Derecho a la asistencia sanitaria: STC 95/2000, de 10 de abril. En el supuesto que dio lugar al recurso de amparo resuelto por la STC 95/2000, el actor y luego recurrente en amparo (ciudadano español que era titular del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social) solicitó se incluyeran como beneficiarios del mismo a su compañera en relación estable (de nacionalidad rumana) y a su hija. La petición había sido denegada en vía administrativa por no poder ser considerada la compañera del solicitante como extranjera residente, al no poseer la correspondiente tarjeta de autorización, conforme a lo establecido en el art. 13.4 LO 7/1985. Habiendo acudido a la vía judicial, la demanda prosperó en la instancia, pero la Sentencia dictada resolviendo el recurso de suplicación acogió el recurso, dejó sin efecto la Sentencia del Juzgado de lo Social y absolvió a las entidades gestoras (Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social) de la prestación deducida con la demanda. Al mismo tiempo los interesados había acudido a la vía contencioso-administrativa para conseguir se eximiera de visado a la compañera del titular. Y en el proceso contencioso-administrativo se había dictado un Auto en el que, como medida cautelar, se acordaba la exención de visado mientras durase la tramitación del procedimiento. Dicho Auto, dictado antes de que en el proceso social hubiese recaído la Sentencia resolutoria del recurso de suplicación laboral, no fue tenido en cuenta por esta Sentencia: La Sentencia de suplicación (se dice en la STC 95/2000) extrajo, en realidad, “del carácter temporal de la exención del visado una consecuencia jurídica contraria al sentido del Auto que ordenó aquélla”, que no era sino permitir provisionalmente la residencia de la interesada en tanto durase el procedimiento». CACHÓN VILLAR, P., “Los extranjeros: Derechos Constitucionales”, en AA.VV. (Dir. SALINAS MOLINA, F.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo del Poder Judicial Madrid, Madrid, 2001, págs. 193 – 194.

³⁹ Apartado 2, 3 y 4 del art. 12 LDE

⁴⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de 2000 y corrección de errores de 24 de enero).

tren en España, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la LDE, obligándoles a:

- a) Facilitar a los interesados y a sus familiares o allegados la información y documentación sanitaria precisa para el acceso a los servicios sanitarios⁴¹ ;
- b) A los extranjeros que soliciten asistencia y no dispongan de documentación adecuada para acreditar su derecho a la asistencia, se les otorgará de un documento provisional, sin perjuicio de promover las gestiones necesarias para que puedan adquirir el documento definitivo que corresponda en cada caso;
- c) A las personas que carezcan de recursos se les aplicará en su caso, los requisitos y trámites previstos en el Real Decreto 1088/1989 de 8 de septiembre⁴² , donde se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos⁴³ , sin discriminación alguna cualquiera que sea su nacionalidad⁴⁴ ;
- d) Se promoverá la coordinación con los servicios sociales de las Administraciones públicas competentes y demás organismos, entidades u organizaciones para la atención a los problemas sociales o asistenciales no sanitarios que concurran en las situaciones de enfermedad o pérdida de salud de los extranjeros que se encuentren en España, sin especificar la naturaleza de su estancia. Y de manera muy especial cuando se refieran a menores, mujeres embarazadas y personas en situación de especial necesidad.

⁴¹ Conforme a lo previsto en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud. BOE de 10 de febrero.

⁴² Art. 1.

⁴³ BOE de 9 de septiembre de 1989.

⁴⁴ Vid. KAHALE CARRILLO, D., "El principio de igualdad por razón de nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social", en AA.VV., La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005, págs. 255 – 270.

IV. BENEFICIARIOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA LEY DE EXTRANJERÍA

El derecho a la asistencia sanitaria lo contempla la LDE en su artículo 12, del cual devienen los extranjeros beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria:

A) Los extranjeros residentes de forma legal

Los extranjeros que residan en forma legal en España y ejerzan una actividad profesional o laboral⁴⁵ , se beneficiaran de la asistencia sanitaria, atribuida en el artículo 38.1.a) de la Ley General de Seguridad Social. La LDE extiende estos beneficios a todos los extranjeros residentes, independientemente de cualquiera que sea su condición laboral⁴⁶ . La prestación de servicios sanitarios a los extranjeros residentes en régimen de gratitud no dependerá exclusivamente de su inclusión o no en el Régimen General o en el régimen especial de la Seguridad Social que le corresponda según la actividad que éste desempeñe – sea por cuenta propia o por cuenta ajena – sino depende de la cuantía de los recursos económicos disponibles – tanto se considere la existencia de un nivel no contributivo en la prestación de asistencia sanitaria, como si se admitiera que ésta forma parte de las prestaciones sociales básicas– que se reconocen a todos los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa⁴⁷ .

El derecho a la prestación de asistencia sanitaria gratuita que gozan todos los españoles que tengan establecidas su residencia en territorio nacional⁴⁸ y carezcan de recursos económicos suficientes⁴⁸ , se

⁴⁵ Vid. CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HUIDOBRO, J., "La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes? (I)", DLL, N° 5063, 29/05/2000, págs. 1- 6.

⁴⁶ BALLESTER PASTOR, M., "Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional", JL, N°2, 2000, pág. 5.

⁴⁷ VAL TENA, A., "El derecho de los extranjeros a la protección de la salud", REDT, N° 109, 2002, pág. 61.

⁴⁸ Artículo 1 del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes: «Se reconoce el derecho a las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes. A estos efectos se entienden comprendidas las personas cuyas rentas, de cualquier

extiende a los extranjeros con residencia legal cuyo umbral de rentas sea igual o inferior, en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional. Culmina así la progresiva extensión de la asistencia sanitaria pública a todos los titulares inicialmente nombrados, es decir, los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional⁴⁹. Desde luego la gratitud no se reconocerá cuando el nivel de renta supere el umbral reglamentario, pudiendo acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados⁵¹. La asistencia sanitaria dispuesta en el artículo 12.1 de la LDE se refiere al derecho de asistencia sanitaria en el nivel asistencial no contributivo, en vista que los extranjeros con su debida autorización de trabajo, al efectuar una actividad laboral, quedan incluidos de forma automática en la aplicación del sistema de la Seguridad Social⁵².

naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional. Se reconoce, asimismo, este derecho, aunque se supere dicho límite, si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del salario mínimo interprofesional».

⁴⁹ Disposición Transitoria Quinta LGSS: «En los casos en que las Comunidades Autónomas no cuenten con competencias suficientes en materia de sanidad para adaptar plenamente el funcionamiento de sus servicios de salud a lo establecido en la presente Ley, el Estado celebrará con aquellas acuerdos y convenios para a implantación paulatina de lo establecido en la misma y para conseguir un funcionamiento integrado de los servicios sanitarios. La extensión de la asistencia sanitaria pública a la que se refieren los artículos 3.2, y 20 de la presente Ley se efectuará de forma progresiva».

⁵⁰ Artículo 1.2 LGSS: «Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional».

⁵¹ Artículo 16 LGSS: «Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados, de acuerdo con los siguientes criterios: 1. Por lo que se refiere a la atención primaria, se les aplicarán las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los usuarios. 2. El ingreso en centros hospitalarios se efectuará a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única, por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente. 3. La facturación por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas administraciones de los centros, tomando base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los servicios de salud. En ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes».

⁵² De conformidad con los artículos 10 y 14 LDE y el art. 7 LGSS. En relación al artículo 7 de la LGSS, Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J., «Artículo 7. Extensión del campo de aplicación», en AA.VV. (Dir. ALARCÓN

B) Extranjeros en situación irregular

Gracias a la nueva Ley de Extranjería se benefician de la protección de la salud los extranjeros no residentes legalmente. El legislador ha querido protegerles, al otorgarles la protección sanitaria a los siguientes beneficiarios:

1) Extranjeros sin previa autorización para trabajar que prestan servicios por cuenta ajena

Los llamados «sin papeles» son los extranjeros que no estando autorizados para trabajar en España, por carecer de la respectiva autorización de trabajo, prestan sus servicios por cuenta ajena⁵³. Antiguamente cuando se iniciaba una actividad de trabajo entre un empresario y un extranjero sin autorización para trabajar, era una situación que no generaba una relación válida, trayendo como consecuencia que sea nulo el contrato de trabajo⁵⁴. En la actualidad se ha defendido la validez del contrato de trabajo existente en los casos que reúnan todos los elementos y requisitos esenciales preceptivos, aunque el ordenamiento jurídico español sujete la eficacia del contrato de trabajo a la obtención de la autorización de trabajo, de tal modo que las consecuencias derivadas del mismo sólo son jurídicamente exigibles cuando se disponga de modo expreso como sucede en materia de retribución⁵⁵, según lo señala el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁶. El concepto de re-

CARACUEL, M.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 72 – 73. TORTUERO PLAZA, J., «Art. 7.º * Extensión del campo de aplicación», en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo I, Comares Editorial, Granada, 1999, págs. 149 – 151.

⁵³ BALLESTER PASTOR, M., «Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero tras la reforma de la Ley de Extranjería y la aprobación de su Reglamento», JL, N.º 8, 2001, pág. 27.

⁵⁴ Vid. PALOMEQUE LOPEZ, M. y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Ceura Editorial, Madrid, 1999, págs. 652-661 y 718-719. POLO SÁNCHEZ, M., *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los Trabajadores Extranjeros en España*, CES Colección Estudios, Madrid, 1994, pág. 154.

⁵⁵ AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, op. cit., pág. 269.

⁵⁶ Art. 9.2 ET: «En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido». *Trabajador extranjero sin permiso de trabajo ni de residencia, que sufre un accidente laboral sin estar dado de alta en la Seguridad Social. Se declara la responsabilidad*

muneración a que alude el mencionado precepto no puede quedar limitado a la simple contraprestación dineraria, sino que debe abarcar todo el contenido que la Ley confiere al sinalagma laboral de la prestación de los servicios⁵⁷.

La LDE regula los efectos que produce la falta de autorización administrativa⁵⁸ para trabajar por parte del extranjero en el contrato. Es una importante

prestacional directa de la empresa societaria. STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005. Trabajador marroquí que sin autorización de trabajo y residencia, puede solicitar el abono de la indemnización de daños y perjuicios contra el empresario por la vía del artículo 1.902 del Código Civil, pues al mismo le resulta imputable el daño originado a los actores como consecuencia del contrato suscrito. STSJ de Andalucía de 12 de noviembre de 2004. Trabajo de extranjeros en España. Accidente de trabajo sufrido por trabajador rumano sin permiso de trabajo ni residencia. Procede el reconocimiento de la prestación de Gran Invalidez derivada de accidente de trabajo, siendo responsable la empresa que incumplió el deber de dar de alta y cotizar, responsabilidad que no puede extenderse a la Mutua, que no se cometió ninguna irregularidad, y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS. STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2004.

57

STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005. La propia jurisprudencia contencioso-administrativa, ante la cuestión básica planteada, referida a si los trabajadores extranjeros en España que han prestado trabajo para un empresario sin estar en posesión del permiso de trabajo, causan o no cotización en el Régimen aplicable de la Seguridad Social por razón de la actividad que hayan desempeñado, y si el empresario tiene o no la obligación de cotizar por ellos, entiende que: «La remuneración exigible a un contrato válido prevista en el art. 9.º 2 del ET implica la introducción en el ámbito del Derecho Social de una especificación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, superando el ET la regla segunda del art. 1.306 del CC. Sin duda este principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón al tiempo trabajado, es aplicable a la cotización a la SS, pues la referencia del art. 7.º 4 LGSS/1974 a lo establecido en los tratados y convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la relación laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y conocedora en lo usual de sus obligaciones básicas, mientras que la persona del trabajador inmigrante se halla respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento de las obligaciones legales del empresario con la Seguridad Social en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del art. 9.º 2 ET, lo que como señala la doctrina más autorizada tiene su reflejo en el art. 70.1 de la LGSS/1974 al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales: la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad); y aún más, señala la norma que la mera solicitud al antiguo INP hoy Tesorería de la Seguridad Social de la afiliación o alta el trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tal afiliación o alta, surtirá en todo caso idéntico efecto (en cuanto a la cotización); es decir, aun no siendo procedente la afiliación y el alta, se cotiza en función al tiempo trabajado. Consecuencia de todo ello es la obligación de cotizar por el tiempo que prestó servicio el trabajador». STS de 2 de diciembre de 1998.

58

«Toda la regulación del trabajador extranjero por cuenta ajena está construida sobre el principio de sine qua non del contrato de trabajo, cuya celebración sin el permiso está prohibida. Por lo tanto el contrato sin permiso es nulo conforme a CC artículos 6.3 y 1.275. En consecuen-

novedad, por el hecho de que un trabajador extranjero en situación irregular se le reconozca sus derechos como trabajador, como es la Seguridad Social en relación a las prestaciones, y así como las sanitarias. En este sentido el empresario es responsable directo en relación a las prestaciones de Seguridad Social.

2) Extranjeros sin residencia y desocupados

Son los extranjeros que no se encuentran realizando una actividad lucrativa, sea laboral o profesional, que se les atribuye el derecho a la asistencia sanitaria en nivel contributivo,⁵⁹ siempre que no residan de forma legal en España⁶⁰, teniendo de igual manera acceso a las coberturas sanitarias. Pudiendo clasificarse en:

a) Extranjeros empadronados y mayores de dieciocho años

Los extranjeros en situación regular o con residencia legal que se encuentren empadronados⁶⁰ tendrán derecho a la asistencia sanitaria⁶⁰ al igual o en las mismas condiciones que los españoles. En el caso de los extranjeros en situación irregular y mayores de dieciocho años, la LDE permite que disfruten el derecho a la asistencia sa-

cia, la confusa regla de LOEx artículo 36.4, según la cual la falta de permiso «por parte del empleador (??)... no invalidará el contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero» ha de entenderse como un reflejo del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al que «en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido». Y ambos, LOEx y ET, reflejo del omnis labor optat praemium de la vieja fórmula». ALONSO OLEA, M., Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001, pág. 60.

59

En un artículo del diario EL País, escrito por GONZÁLEZ MIGUEL, señala al respecto «Bastantes extranjeros que entran legalmente acaban en la clandestinidad cuando se les agota el visado de turista y no logran renovarlo. Viven al margen de la ley, evitando siempre a la policía. Trabajando en la capa más profunda de la economía sumergida», en www.elpais.es/especiales/2000/2000e/qdicende/ddebate3.htm [Consulta: 25 de abril de 2006].

60

Empadronamiento según el artículo 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril: «El registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio». Y en principio, «sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo». Art. 16 de la Ley 7/1985. Sin embargo, la inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal, no constituye prueba de su residencia legal en España, como previene el art. 18.2 de la Ley de Bases de Régimen Local. Son dos cuestiones que de momento se encuentran separadas: la exigencia de empadronarse a los nacionales y extranjeros que habitan en un municipio, y la residencia legal que se obtiene por otra vía.

nitaria⁶¹, con el simple hecho de empadronarse, siendo éste el único requisito formal para poder disfrutar de este derecho. Así carezcan de recursos económicos suficientes, tienen beneficio a las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en igualdad que los españoles. El temor a la expulsión en los supuestos en que las Autoridades conozcan el paradero de un extranjero en situación irregular puede producir la no solicitud del empadronamiento en el municipio de residencia por aquél, por la desconfianza que existe en que le retornen a su país de origen por acudir ante una Administración pública⁶².

La Administración municipal deberá conceder de conformidad con la legislación vigente, la inscripción en el padrón municipal a cualquier extranjero, independientemente de su situación administrativa, siempre que cumpla con el único requisito de tener residencia habitual en el municipio. Es de advertir que esta inscripción no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de⁶³ derechos y libertades de los extranjeros en España. La novedad de la nueva Ley 14/2003, de 20 de noviembre, señala al respecto en su artículo primero, al introducir la Disposición Adicional quinta en la Ley de Extranjería, concerniente al acceso a la información y colaboración entre Administraciones Públicas, en especial al Instituto Nacional de Estadística, que facilitará el acceso directo a los ficheros en lo relativo al Padrón Municipal de Habitantes de las personas que sean consideradas interesados en los procedimientos regulados en la actual LDE. De igual manera en su artículo tercero, modifica los artículos 16 y 17 y se incorpora una nueva disposición adicional en la Ley 7/1985, de 2

de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Los otros requisitos secundarios para poder disfrutar el derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y obtener la respectiva tarjeta sanitaria, previo al empadronamiento, el extranjero deberá dirigirse a la Tesorería General de la Seguridad Social con el documento de empadronamiento y solicitar el número de afiliación. Posteriormente se trasladará al Centro de Salud más cercano a su domicilio y solicitará cita con la trabajadora social para rellenar el formulario de asistencia sanitaria presentando para ello el documento de identificación, empadronamiento y el número de afiliación en la Seguridad Social.

b) Extranjeros menores de edad

El Tribunal Constitucional ha señalado, que todos los menores tienen un estatuto de derechos indisponibles, que les corresponden por el hecho de serlo y que, por tanto, no admite que se introduzcan diferencias relacionadas con la nacionalidad o cualquier otro elemento⁶⁴. Sea por cualquier circunstancia que un menor de edad extranjero permanezca en España, tiene el derecho a la asistencia sanitaria⁶⁵. No necesita el menor ningún requisito formal, como el empadronamiento, para poder disfrutar de este derecho⁶⁶.

⁶⁴ STC 141/2000, de 29 de mayo.

⁶⁵ Vid. AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.), Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000), *op. cit.*, pág. 114. AA.VV., (Dir. ASENCI SABATER, J.), Comentarios a la Ley de Extranjería", *op. cit.*, pág. 89. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería, *op. cit.*, págs. 41 y 462.

⁶⁶ Vid. en este sentido, Asociación Pro Derechos humanos Andalucía, "El marco legal de la protección de menores", en www.extranjeria.info/revista/008/08_08.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006]. ARCE ELENA., "Menores extranjeros", en www.extranjeria.info/revista/004/04_02.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006]. Conselleria de Bienestar social. Notas de prensa. "Bienestar social duplica la protección de menores extranjeros", en www.trg.gva.es/esp/utildades/noticias/menoresinmigrantes_02abr02.htm [Consulta: 08 de mayo de 2006]. MORANT VIDAL, J., "Situaciones de los extranjeros en España. Regulación vigente tras la reforma de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; por L.O. 8/2000, y la aprobación de su Reglamento de ejecución por RD 864/2001)", en www.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/15Derecho%20Administrativ/o/2001115517151010143180.html [Consulta: 22 de mayo de 2006].

⁶¹ Vid. SALINAS MOLINA, F., "El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica", en AA.VV. (Dir. SALINAS MOLINA, F.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, *op. cit.*, págs. 104 – 107.

⁶² ÁLVAREZ CORTÉS, J., "Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería", RL, Tomo I-2001, pág. 387.

⁶³ DE MATEO MENÉNDEZ, F., "Una aproximación a la nueva Ley de Extranjería", JPLD, N° 40, 2001, pág. 10.

La Constitución Española en su artículo 39.4 ratifica que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». El artículo 10 de la Ley 1/1996,⁶⁷ de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁶⁸, señala que «tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residan legalmente en España». De la simple lectura de éste último precepto, se deduce que el legislador no ha querido reconocer la asistencia sanitaria a los menores extranjeros que no tengan residencia legal, a los que no se les considere su situación de riesgo, y aquéllos menores que no se encuentran bajo la guarda de la Administración pública, careciendo de este derecho básico de la persona. Gracias a la LDE en su artículo 12, extiende la asistencia sanitaria a todos los menores extranjeros sin ninguna otra condición, al establecer que los «extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

Estas normas hacen referencia a los planteamientos del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989⁶⁹, que reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades, así como su rehabilitación, la cual los Estados partes asegurarán que ningún niño pueda ser privado de su derecho a la asistencia sanitaria⁷⁰. El

artículo 26 de la misma Convención recoge el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que se encuentre sometido y del resto de circunstancias relacionadas a su internación.

En definitiva todo niño tiene derecho a ser atendido y cuidado, con independencia de que no sean protegidos en sus países de procedencia. Así pues, las autoridades españolas tienen la obligación negativa de no adoptar ninguna medida que pueda poner en peligro su integridad física o moral y la obligación positiva de adoptar las medidas⁷⁰ necesarias para su adecuada protección y promoción⁷¹.

El menor de edad extranjero⁷¹ tiene el derecho a la expedición de la respectiva tarjeta sanitaria por sí mismo o a través de sus representantes legales. Lo cual cumplimentará el formulario que debe estar disponible en todos los Centros de Salud, Gerencias de Atención Primaria y Direcciones Provinciales y Territoriales del INSALUD y los presentará en los Centros de su residencia para que ejercite su derecho a la elección de facultativo, con el único requisito de acreditar su minoría de edad, con copia del documento donde se comprueba su identidad y hacer una declaración sobre la escasez de recursos económicos. Una vez cumplida su mayoría de edad, continuará disfrutando de la asistencia sanitaria como persona sin recursos, condicionada al empadronamiento.

⁶⁷ BOE de 17 de enero de 1996.

⁶⁸ BOE de 31 de diciembre de 1990.

⁶⁹ Art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las ma-

dres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo».

⁷⁰ Obligaciones señaladas en los arts. 9 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989.

⁷¹ Vid. MURILLAS ESCUDERO, J., "Aspectos Jurídicos de Protección al menor inmigrante", DLL, N° 5605, 05/09/2002, págs. 1-9.

c) Extranjeros ingresados en centros de internamiento

En el caso de que un extranjero no se le permita el ingreso a España por la frontera⁷², la legislación señala que deben ser retornados a su país en el plazo más breve posible. Sin embargo, el artículo 60 de la LDE dispone que si el regreso del extranjero a su país se retrasase por más de setenta y dos horas, «la autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción (...) para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno».

Cabe destacar que los lugares de internamiento⁷³ no tienen carácter penitenciario y se encontrarán dotados de «servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios». Los extranjeros en estas circunstancias tienen derecho a la asistencia sanitaria mientras se encuentren internados⁷⁴.

Existen ciertas diferencias entre el término de retorno y el término de expulsión, que se distinguen por la situación que provoca la salida del territorio español. En este caso el retorno se produce cuando el extranjero no puede entrar por la frontera, y por consecuencia se debe devolver a su punto de origen en el plazo más breve que sea posible. Mientras que la expulsión se efectúa por infringir las faltas tipificadas como muy graves del artículo 54 de la LDE y las señaladas como grave, en los apartados a) hasta la h) del artículo 53 de la LDE, a cambio que la Administración no las transforme en multas⁷⁵.

El período de internamiento a que se encuentra sujeto el extranjero es por un tiempo imprescindible para fines del expediente, y no puede excederse de los cuarenta días que señala el artículo 64 de la LDE. El sitio donde se realice el internamiento debe estar dotado de una serie de servicios, incluyendo el de la asistencia sanitaria. Con la reforma de la LDE se han extendido las situaciones en las que un extranjero puede ser expulsado de España, endureciendo cada vez más el Gobierno las sanciones establecidas a éste colectivo.

C) Extranjeros en riesgos específicos

1) Derecho a la asistencia sanitaria de urgencia

El apartado 2) del artículo 12 de la LDE, señala que «los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contratación de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica» en igualdad que los españoles.

Uno de los inconvenientes que existe para aplicar este precepto es determinar cuando una enfermedad es considerada urgente. La LDE se refiere a la urgencia inmediata, sin que se derive un peligro inminente para la vida del extranjero⁷⁶. Así pues, el derecho a la asistencia sanitaria se ofrecerá para accidentes graves o no independientemente de cualquier causa que los origine. Mientras, que las enfermedades para ser beneficiadas de este derecho, deben ser catalogadas como graves.

La atención sanitaria a los extranjeros sea cual fuese su situación administrativa en el territorio español, es una manifestación más de la protección al derecho a la vida, reconocido a los extranjeros y españoles por igual, bajo el artículo 15 de la Carta Magna. Desde la óptica internacional⁷⁷, este tipo de

⁷² Vid. ALONSO PÉREZ, F., "La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería", *DLL*, N° 5582, 08/07/2002, págs. 1-10.

⁷³ Vid. ALARCON MOHEDANO, I. y DE MARTIN SANZ, L., "Aula de Migración. Centros de Internamientos", en www.extranjeria.info/revista/004/04_01.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006].

⁷⁴ TOLOSA TRIBIÑO, C., "Las garantías jurídicas y los derechos sociales en la nueva Ley de Extranjería", *RL*, Tomo I, 2000, pág. 775.

⁷⁵ Vid. AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, op. cit., págs. 372 - 392. AA.VV., (Dir. ASENSI SABATER, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, op. cit., págs. 273 -288. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, op. cit., págs. 712 - 721. DORADO NOGUERAS, F., "Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador", en AA.VV., (Coord. MOYA ESCUDERO, M.), *Comentarios sistemáticos a la Ley de Extranjería*, Comares Editorial, Granada, 2001, págs. 835 - 908.

⁷⁶ La asistencia sanitaria urgente, es entendida como «aquella situación de riesgo grave que, para la vida del paciente o su salud, puede suponer el retraso en la prestación de la asistencia sanitaria requerida». ROMÁN VACA, E., *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Edersa, Madrid, 1998, pág. 113.

⁷⁷ Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 295- 315.

derecho en situación de urgencia se le ha reconocido a los trabajadores migrantes y se ha extendido a los miembros de su familia, por lo tanto los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o empleo⁷⁸.

La LDE es del todo coherente con las normas internacionales en esta materia y, de manera concreta con lo señalado en el artículo 28 del Convenio de Naciones Unidas sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus familias, a tenor del cual «los trabajadores migrantes y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo».

2) Derecho a la asistencia sanitaria a mujeres extranjeras embarazadas

La LDE en el apartado 4 del artículo 12 hace referencia a «las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto». En este supuesto no interesa la situación administrativa de la extranjera, incluso, no es necesario el empadronamiento, ya que es un derecho absoluto sin limitación, hasta que se recupere del postparto.

El precepto recoge la obligación originada de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 24 señala el deber que pesa sobre los Estados Partes de adoptar las medidas apropiadas para

asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal a las madres.

La asistencia sanitaria ofrecida a las mujeres embarazadas, no incluye la decisión personal de interrumpir voluntariamente el embarazo. Sin entrar en valoraciones éticas o relacionadas con creencias religiosas, lo cierto es que en España no hay una ley de interrupción voluntaria del embarazo y, por consiguiente un derecho positivizado⁷⁹. Lo regulado en España son simplemente supuestos de exención de responsabilidad penal cuando en un aborto voluntario concurren determinadas circunstancias⁸⁰.

Se le debe informar a la mujer embarazada su derecho a la asistencia sanitaria que tiene si se empadrona. Los trámites administrativos necesarios para el disfrute de este derecho es cumplimentar una serie de formularios para la expedición de la tarjeta sanitaria. Si solicita el derecho que señala el artículo 1 del Real Decreto relativo al régimen de gratuidad de la prestación de servicios sanitarios, tendrá que llenar el respectivo impreso que demuestre la insuficiencia de recursos. Requerirá la fotocopia del documento de identidad, la declaración no estar incluido en ningún régimen de la Seguridad Social y la acreditación de insuficiencia de recursos de conformidad a los apartados b), c) y d) de la Instrucción Tercera de la Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria de 29 de diciembre de 1989, y entregar una certificación de su condición de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento.

De primera vista, pudiera pensarse que el Derecho positivo otorga un trato más favorable a los extranjeros que acceden a las prestaciones sanitarias en determinadas circunstancias de riesgo específico para la salud por cuanto la población de nacionalidad española que no tuviera reconocido el derecho a la asistencia sanitaria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, están obligadas a rembolsar los

⁷⁸ Art. 28 Convención de Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1990, sobre la Protección de todos los Trabajadores migratorios y de sus familiares.

⁷⁹ Una noción desde la óptica del Derecho Penal, Vid. BORONAT TORMO, M., "Reflexiones sobre una futura regulación penal de la interrupción voluntaria del embarazo", AA.VV. (Coord. LATORRE, V), *Mujer y derecho penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 167 – 175.

⁸⁰ VAL TENA, A., "El derecho de los extranjeros a la protección de la salud", *op. cit.*, págs. 74-75.

gastos siempre que sus rentas anuales superen los umbrales⁸¹ mínimos que dan derecho a la asistencia gratuita. Sin embargo, tal discriminación positiva, no es tal, puesto que según el criterio general de interpretación consignado en el artículo 3 de la LDE, «los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles».

D) Derecho a la asistencia sanitaria

1) Los apátridas

En este supuesto especial los apátridas que legalmente residan en territorio español gozan de igual trato en relación a los trabajadores nacionales⁸². De conformidad con el artículo 9.10 del código Civil «se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual», significando de este modo la aplicación a este colectivo en las mismas condiciones que a los nacionales, con relación a las normas del sistema de Seguridad Social.

2) Refugiados

Los extranjeros reconocidos en tal condición⁸³, tienen derecho a residir en el territorio español y desarrollar cualquier actividad laboral, profesional e incluso mercantil. Al desarrollar cualquiera de estas actividades, a la previa obtención de la respectiva autorización de residencia y trabajo, se incluirá en el sistema de Seguridad Social, de conformidad con el artículo 7.1 de la Ley General de Seguridad Social, con relación a las prestaciones contributivas.

Cuando un extranjero entra a España en la condición de asilado o refugiado⁸⁴, tendrá una autoriza-

ción de permanencia provisional que podrá quedarse en el país por un periodo máximo de sesenta días⁸⁵, mientras se sustancia el expediente. En el supuesto que el extranjero en esta condición no traiga ninguna documentación, el Ministerio de Justicia e Interior acordará la residencia obligatoria al interesado hasta la resolución definitiva de su expediente. La mayoría de las veces dicha residencia son los centros de internamiento, y como ya se ha dicho, en estos centros se tendrá derecho a la protección sanitaria.

Es de recalcar, que tanto los apátridas como los refugiados gozan del nivel de protección nacional permitiéndoles el otorgamiento de autorizaciones de residencia y trabajo «por razones de protección internacional», a su vez se benefician, en virtud de ciertas previsiones legales, a una protección superior de nivel europeo. La Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración contempla la concesión de residencia permanente a refugiados y apátridas, lo que les permite, además de no necesitar autorización de trabajo, acceder al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración. Por su parte el Reglamento Comunitario 883/2004⁸⁶, al igual que el Reglamento 1408/1971, al que sustituye, contempla expresamente en su artículo 1, referido al ámbito subjetivo de aplicación, a los refugiados y apátridas⁸⁷.

V- Bibliografía

AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.), Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000), Civitas, Madrid, 2001.

rios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de fecha 22 de julio de 1978. Su art. 3 prohíbe cualquier discriminación por motivos de raza, religión o país de origen. ÁLVAREZ CORTÉS, J., "Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería", op. cit., pág. 396.

⁸⁵ Para la tramitación de este procedimiento Vid. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería", op. cit., pág. 637.

⁸⁶ Vid. SEMPERE NAVARRO, A., "Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004", AS, Nº 9, 2004.

⁸⁷ Acerca de la integración de estos colectivos, Vid. OLIVÁN LÓPEZ, F., Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 216 - 220.

⁸¹ Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F., "La protección social de los extranjeros en España", AS, Nº 21, 2001, págs. 45 - 64.

⁸² Vid. La Convención sobre los Estatutos de los Apátridas, adoptada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVIII) de 26 de abril de 1954 y ratificada por España mediante Instrumento de fecha 24 de abril de 1997.

⁸³ Vid. LORD PONSONBY, "Condiciones sanitarias de los inmigrantes y refugiados en Europa", en <http://www.imsersomigracion.upco.es/> [Consulta: 03 de abril de 2006].

⁸⁴ Vid. La Convención sobre los Estatutos de los Refugiados, Adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotencia-

- AA.VV., (Dir. ASENSI SABATER, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*; Editorial Edijus, Zaragoza, 2000.
- AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001.
- ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001.
- ALONSO PÉREZ, F., “La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería”, *DLL*, N° 5582, 08/07/2002.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J., “Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería”, *RL*, Tomo I-2001.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J., “Artículo 7. Extensión del campo de aplicación”, en AA.VV. (Dir. ALARCÓN CARACUEL, M.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- BALLESTER PASTOR, M., *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- BALLESTER PASTOR, M., “Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional”, *JL*, N°2, 2000.
- BALLESTER PASTOR, M., “Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero tras la reforma de la Ley de Extranjería y la aprobación de su Reglamento”, *JL*, N° 8, 2001.
- BLÁSQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Serie de publicaciones, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.
- BORONAT TORMO, M., “Reflexiones sobre una futura regulación penal de la interrupción voluntaria del embarazo”, AA.VV. (Coord. LATORRE, V), *Mujer y derecho penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- BORRAJO DA CRUZ, E., “Artículo 43 Protección de la Salud”, en AA.VV. (Dir. ALZAGA VILLAMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV, Artículos 39 a 55, Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997.
- CACHÓN VILLAR, P., “Los extranjeros: Derechos Constitucionales”, en AA.VV. (Dir. SALINAS MOLINA, F.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo del Poder Judicial Madrid, Madrid, 2001.
- CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000.
- CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HUIDOBRO, J., “La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes? (I)”, *DLL*, N° 5063, 29/05/2000.
- DE MATEO MENÉNDEZ, F., “Una aproximación a la nueva Ley de Extranjería”, *JPLD*, N° 40, 2001.
- DE VAL TENA, A., “El derecho de los extranjeros a la protección de la salud”, *REDT*, N° 109, 2002.
- DORADO NOGUERAS, F., “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, en AA.VV., (Coord. MOYA ESCUDERO, M.), *Comentarios sistemáticos a la Ley de Extranjería*, Comares Editorial, Granada, 2001.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F., “La protección social de los extranjeros en España”, *AS*, N° 21, 2001.
- GÓMEZ BAHÍLLO, C., “Peculiaridades y problemas de integración de los inmigrantes en la década de los noventa”, *AeIS*, N° 4, 1996.
- KAHALE CARRILLO, D., “El principio de igualdad por razón de nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social”, en AA.VV., *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005.
- MONEREO PÉREZ, J., “Artículo 1”, en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.

MONTOYA MELGAR, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Estudios de Trabajo y Previsión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

MURILLAS ESCUDERO, J., “Aspectos Jurídicos de Protección al menor inmigrante”, *DLL*, N° 5605, 05/09/2002.

OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004.

PALOMEQUE LOPEZ, M. y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Colección Ceura, Madrid, 1999.

PALOMEQUE LÓPEZ, M., “Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Estudios de Trabajo y Previsión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

PALOMEQUE LÓPEZ, M., *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

PÉREZ TREMPES, P., “Los Derechos Fundamentales”, en AA.VV., *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

POLO SÁNCHEZ, M., *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los Trabajadores Extranjeros en España*, CES Colección Estudios, Madrid, 1994.

PRIETO SANCHIS, L., “Artículo 53 Protección de los Derechos Fundamentales”, en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV, Artículos 39 a 55, Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 15 Derecho a la vida”, en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo II, Artículos 10 a 23. Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997.

ROMÁN VACA, E., *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Edersa, Madrid, 1998.

SALINAS MOLINA, F., “El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica”, en AA.VV. (Dir. SALINAS MOLINA, F.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo del Poder Judicial Madrid, Madrid, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A., “Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004”, *AS*, N° 9, 2004.

TOLOSA TRIBIÑO, C., “Las garantías jurídicas y los derechos sociales en la nueva Ley de Extranjería”, *RL*, Tomo I, 2000.

TORTUERO PLAZA, J., “Art. 7.º * Extensión del campo de aplicación”, en AA.VV. (Dir. MONE-REO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo I, Comares Editorial, Granada, 1999.

UGINA MERCADER, J., “Reformas organizativas y programas públicos en materia de extranjería e inmigración”, *RL*, N° 15-16, 2001.

VAL TENA, A., “El derecho de los extranjeros a la protección de la salud”, *REDT*, N° 109, 2002.

VIDA SORIA, J., “Artículo 41 Seguridad Social”, en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV, Artículos 39 a 55. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1984.

VI- Recursos en Internet

ALARCON MOHEDANO, I. y DE MARTIN SANZ, L., “Aula de Migración. Centros de Internamientos”, en www.extranjeria.info/revista/004/04_01.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006].

ARCE ELENA., “Menores extranjeros”, en www.extranjeria.info/revista/004/04_02.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006].

Asociación Pro Derechos humanos Andalucía, “El marco legal de la protección de menores”, en www.extranjeria.info/revista/008/08_08.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006].

CONSELLERÍA DE BIENESTAR SOCIAL. Notas de prensa. "Bienestar social duplica la protección de menores extranjeros", en www.tra.gva.es/espa/utilidades/noticias/menoresinmigrantes_02abr02.htm [Consulta: 08 de mayo de 2006].

GONZÁLEZ MIGUEL, www.elpais.es/especiales/2000/2000e/qdicende/ddebate3.htm [Consulta: 25 de abril de 2006].

LORD PONSONBY, "Condiciones sanitarias de los inmigrantes y refugiados en Europa", en <http://www.imsersomigracion.upco.es/> [Consulta: 03 de abril de 2006].

MORANT VIDAL, J., "Situaciones de los extranjeros en España. Regulación vigente tras la reforma de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; por L.O. 8/2000, y la aprobación de su Reglamento de ejecución por RD 864/2001", en http://www.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/15-Derecho%20Administrativo/200111-415517151010143180.html [Consulta: 22 de mayo de 2006].

RAMOS QUINTANA, M., "El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica", Ponencia Temática del XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en www.aedtt.com/congresos.htm [Consulta: 23 de marzo de 2006].

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
AeIS	Acciones e Investigaciones Sociales
art./arts.	Artículo/Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CES	Consejo Económico Social
Coord.	Coordinador
DLL	Diario La Ley
Dir./Dir.	Director/Directores
Idem	Del mismo autor
JL	Justicia Laboral
JPLD	Jueces para la Democracia
LDE	Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
MTAS	Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales
Op. cit.	Obra citada
RL	Relaciones Laborales
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
Vid.	Véase

SOBRE EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA ASISTENCIA SANITARIA NO CONSENTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Gonzalo Arruego
Departamento de Derecho Público
Universidad de Zaragoza

I.-Introducción; II.-Vida y derecho fundamental a la vida en la CE de 1978; A.-El significado constitucional del derecho fundamental a la vida; B.-La vida humana como objeto del derecho fundamental a la vida; C.-Titularidad del derecho fundamental y *status* constitucional del no nacido; D.-El contenido del derecho fundamental; III.-El derecho fundamental a la integridad física y moral; IV.-Otros derechos fundamentales relacionados con el principio de autonomía del paciente; A.- Los derechos a la libertad ideológica y religiosa; B.-El derecho fundamental a la intimidad; V.-La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria coactiva; VI.-Conclusiones.

I.- Introducción.

Durante las últimas décadas, las ciencias biomédicas han experimentado innumerables y vertiginosos adelantos que se han acompañado, además, de un progresivo cambio en la concepción de los parámetros que deben regir las relaciones médico-asistenciales. Ambos hechos han transformado sustancialmente dicho contexto y han obligado a los operadores jurídicos a un constante y profundo esfuerzo de adaptación, reconstrucción e innovación de su marco jurídico.

Desde la ciencia del derecho constitucional, ello es especialmente palpable con relación a la dogmática de los derechos fundamentales. Se asiste, en este sentido y entre otras cuestiones, a las tensiones gene-

radas por la necesidad, por una parte, de dar respuesta desde un entramado jurídico construido tras un lento y complejo proceso evolutivo, a situaciones absolutamente novedosas que requieren de una solución precisa e inmediata, y, por otra, de reconstruir en clave iusfundamental el complejo de derechos y deberes que conforma las relaciones médico-asistenciales. El intérprete de la Constitución se ve, así, enfrentado a los límites de la exégesis de la norma fundamental y compelido, además, por la necesidad de elaborar una dogmática suficientemente flexible para no provocar, si quiera parcialmente, la petrificación del ordenamiento jurídico en un contexto, como el biomédico, especialmente sujeto a la evolución científica. De entre el catálogo de derechos fundamentales proclamado por la Constitución, este cúmulo de tensiones es especialmente patente,

* *Este estudio ha sido realizado en el seno del proyecto de investigación Problemas jurídicos fundamentales del ordenamiento español ante los nuevos escenarios de la biomedicina y la genética (SAF 2002-03693), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.*

por motivos diversos, con relación a los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y moral y a la intimidad.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, proclamados en el artículo 15.1 CE, es expresiva de estas dificultades y de los peligros a ellas anudados. No se trata tan sólo, y este es otro de los problemas que afronta el operador jurídico en el ámbito de la biomedicina, de una doctrina que en ocasiones responde a prejuicios valorativos más o menos larvados y ajenos a la argumentación jurídica, sino, asimismo, de una construcción en cierta medida inadecuada para dar respuesta a los retos y posibilidades del nuevo contexto médico-asistencial, que, además, responde a una concepción problemática del significado de los derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático. Todo ello conduce, en definitiva, a una dogmática que en ocasiones se muestra parcial y fragmentaria frente a los nuevos escenarios de la biomedicina¹.

En este contexto, el presente trabajo tiene por finalidad revisar la jurisprudencia constitucional relativa al marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida, con la finalidad de proporcionar algunas claves para construir un modelo dogmático que permita afrontar de un modo más coherente y constitucionalmente conforme los supuestos de rechazo del paciente a un tratamiento médico y, correlativamente, su eventual imposición forzosa.

II.- Vida y derecho fundamental a la vida en la CE de 1978.

A.- El significado constitucional del derecho fundamental a la vida.

Partiendo de la identificación de su objeto con la vida humana como realidad puramente biológica, el Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido del derecho fundamental a la vida como derecho puramente reaccional; delimitación que ha sido

¹ Repárese, por ejemplo, en que los pilares de la doctrina constitucional en torno al significado y contenido del derecho fundamental a la vida permanecen inalterados desde el año 1985.

acompañada de una caracterización del derecho y de su objeto que es expresiva de los excesos, y de las contradicciones, presentes en la jurisprudencia constitucional que ha abordado el significado y alcance de los derechos fundamentales consagrados en el párrafo primero del artículo 15 de la Constitución.

A lo largo de su doctrina, el Tribunal ha reiterado la especial significación que, como expresión del valor superior del ordenamiento jurídico vida humana, posee el derecho fundamental a la vida en el ordenamiento jurídico y su peculiar posición, junto a la dignidad de la persona consagrada en el artículo 10.1 CE, en el catálogo de derechos fundamentales. En opinión del juez de la Constitución, el derecho fundamental a la vida “y el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona” constituirían el “*prius* lógico y ontológico” para la existencia de los restantes derechos fundamentales. Ello sería especialmente evidente con relación al derecho a la vida, concebido como el “derecho fundamental esencial y troncal” en tanto que “supuesto ontológico sin el que los restantes no tendrían existencia posible”². Atendidas su especial posición y significación, se trataría, además, de un derecho dotado de “una singular fuerza expansiva”³ que lo convertiría, incluso, en un derecho fundamental de carácter “absoluto e ilimitable”⁴.

Esta doctrina carece, sin embargo, de todo anclaje en la Constitución. En primer lugar, y así lo pusieron de manifiesto algunas de las voces disonantes surgidas en el seno del propio Tribunal, resulta evidente que, conforme a lo establecido en el artículo 1.1 de la norma fundamental, caracterizar el derecho fundamental a la vida como expresión del “valor superior del ordenamiento jurídico vida hu-

² STC 53/1985/3.

³ ATC 304/1996/3.

⁴ “La Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad, en su doble dimensión física y moral (art. 15 CE). Soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales, tienen un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, excluidas que han sido de nuestro ordenamiento jurídico la de muerte y la tortura, utilizada otrora también como medio de prueba y prohibidos los tratos inhumanos y degradantes, incluso los trabajos forzados”, STC 48/1996/2.

mana” no posee fundamento constitucional alguno⁵. Algo similar sucede, en segundo lugar, con la peligrosa jerarquización que, entre normas constitucionales, se desprende de la argumentación del juez de la Constitución. Finalmente, caracterizar los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral como absolutos e ilimitables es una manifiesta impropiedad que el Tribunal reiteradamente contradice en su jurisprudencia.

Todas estas cuestiones son expresivas de algunas de las más preocupantes y peligrosas tendencias de los pronunciamientos constitucionales que han abordado el significado y contenido de los derechos fundamentales consagrados en el primer inciso del artículo 15.1 CE. Al margen de lo difícilmente inteligibles que en ocasiones resultan los argumentos esgrimidos por el juez de la Constitución, se trata de una doctrina con una clara propensión a una argumentación de carácter objetivo a partir de bienes y valores que está desligada de los derechos fundamentales involucrados y de los que supuestamente dimanarían aquellos. Así, y pese a los reiterados esfuerzos del Tribunal, quien afirma expresamente que su juicio ha de desenvolverse necesariamente dentro de los estrictos límites de la argumentación jurídico-constitucional, en ocasiones surge la impresión de que el sentido de su doctrina está marcado por prejuicios de naturaleza estrictamente valorativa⁶.

B.- La vida humana como objeto del derecho fundamental a la vida.

La característica que mejor identifica la interpretación que del objeto del derecho fundamental a la vida ha realizado el Tribunal Constitucional es su naturaleza exclusivamente biológica. Efectivamente, el juez de la Constitución parte en su exégesis del artículo 15 CE de una concepción estrictamente biológica del término constitucional “vida” que carece de todo componente de carácter valorativo o cualitativo ligado al sujeto titular del derecho funda-

mental. Su objeto lo constituye, así, la vida humana como realidad puramente biológica.

En este sentido, y a los efectos del artículo 15 de la Constitución, el Tribunal ha entendido que la vida es un “devenir”, un “proceso” que comienza con la gestación y que finaliza con la muerte⁷. Quedan así delimitados los momentos inicial y final de la protección que dispensa el primer inciso del párrafo primero del artículo 15 CE⁸; una protección que no está circunscrita a la sola proclamación de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral.

Ahora bien, aunque las diversas fases que integran ese proceso encontrarían todas ellas amparo en el contenido normativo del artículo 15 de la Constitución, ni ostentarían la misma naturaleza, ni gozarían del mismo grado de protección jurídico-constitucional⁹, dado que como se expone con más detalle en el epígrafe siguiente, el constituyente recurrió en el enunciado del artículo 15 CE básicamente a dos técnicas jurídicas para dispensar su protección: derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Además, y con relación a aquellas fases del proceso vital previas al nacimiento, el Tribunal ha afirmado que no toda etapa de la vida humana en formación goza de la protección del artículo 15.1 CE, pues sólo es objeto del enunciado constitucional aquella que pueda considerarse *viable* desde un estricto punto de vista biológico. En otras palabras, en los estadios previos al nacimiento sólo la vida humana *viable*, es decir, aquella capaz “de vivir” y “desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano” en el sentido

⁵ Vid., en este sentido, el voto particular formulado por el magistrado Tomás y Valiente a la STC 53/1985.

⁶ Son especialmente duros los votos particulares formulados a la STC 53/1985 por los magistrados Díez-Picazo y Rubio Llorente.

⁷ STC 53/1985/5.

⁸ Tal y como afirma la STC 166/1999/7, los gametos humanos, “es decir, óvulos (ovocitos) y espermatozoides en sí mismos considerados, y sin que haya habido lugar todavía a la fecundación”, están al margen del ámbito de protección dispensado por el artículo 15 CE. Por ello, “sólo forzando el sentido propio de los términos puede alcanzarse la conclusión de que la investigación o experimentación sobre o con los gametos pueda suponer atentado alguno al derecho a la vida”; también por ello, “(...) la persona ya fallecida, como realidad jurídicamente distinta, ha de ser objeto de una particular protección jurídica. Ahora bien, esa protección nunca podrá tener respaldo constitucional en los derechos fundamentales del art. 15 CE”, ATC 149/1999/2, reiterado por la STC 3/2005/8.

⁹ STC 53/1985/5, ante citada.

del artículo 10 de la Constitución, es objeto de protección constitucional *ex* artículo 15.1 CE¹⁰. Asimismo, de la doctrina del Tribunal podría incluso deducirse que, en el ámbito de las nuevas técnicas desarrolladas en el campo de las ciencias biomédicas, el momento inicial de la protección que a la vida humana dispensa el artículo 15 CE es el de la implantación en el seno materno¹¹.

C.- Titularidad del derecho fundamental y status constitucional del no nacido.

Como se sabe, las normas que proclaman derechos fundamentales pueden no limitar su contenido normativo a dicha proclamación, evidencia que deriva de la distinción lógica entre *derecho fundamental* y *norma de derecho fundamental*¹². Señaladamente, y tal y como ha recordado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, esto es lo que sucede con el párrafo primero del artículo 15 de la Constitución, cuyo primer inciso no se agota en la consagración de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral. El juez de la Constitución ha reiterado que, aunque la titularidad de los derechos fundamentales que proclama el artículo 15.1 CE sólo puede predicarse de la persona nacida y viva, la vida humana como tal y, más concretamente, la vida humana viable en formación, constituiría un bien jurí-

dico constitucionalmente protegido con carácter autónomo al amparo de dicho precepto constitucional.

Con relación a la primera de ambas cuestiones y quizá como consecuencia de su aparente obviedad, la conclusión de que sólo la persona viva puede ser titular del derecho fundamental a la vida¹³, aunque lógicamente derivada del propio concepto de derecho subjetivo, de ahí las ficciones a las que recurre el artículo 29 del Código Civil, e, incluso, de la misma dicción del artículo 15 de la Constitución¹⁴, no ha sido sustentada en argumentación jurídica alguna.

Con relación al *status* constitucional de la vida humana en formación, pronto afirmó el Tribunal que, aunque a la luz del artículo 15 de la Constitución no podía atribuírsele la titularidad del derecho fundamental a la vida, ello no significaba que no gozara de protección constitucional. En su opinión, los *nascituri* formarían parte del contenido normativo del artículo 15 CE como bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Formulada inicialmente como puro dato de hecho¹⁵, posteriormente esta doctrina se asentó, básicamente, sobre la caracterización del derecho fundamental a la vida como expresión del “valor superior del ordenamiento jurídico vida humana”: en tanto encarnación de dicho valor como

¹⁰ STC 212/1996/5; ello en ningún caso significa que aquellas realidades biológicas “no viables” carezcan de toda protección constitucional, si bien esta habrá de buscarse en otros preceptos de la Constitución, señaladamente el artículo 10.1 CE. El concepto de viabilidad, introducido por el Tribunal Constitucional a la luz de lo dispuesto en la antigua normativa sobre técnicas de reproducción asistida, ha desaparecido en la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción asistida humana.

¹¹ Es cierto, sin embargo, que la exclusión del ámbito de protección del artículo 15 de la Constitución de los preembriones *in vitro* no está exenta de problemas atendido el contexto normativo en que se produjo la doctrina del Tribunal Constitucional. Aunque el Tribunal afirme expresamente que los preembriones *in vitro* no gozan de la misma protección constitucional que los ya implantados en el seno de la mujer, STC 166/1999/12, los problemas derivan, entre otros, de que el concepto de viabilidad que utiliza en su jurisprudencia parece referirse, única y exclusivamente, a las potencialidades de desarrollo del producto de la fecundación en sí mismo considerado.

¹² Sobre estas cuestiones vid., en la doctrina española, JIMÉNEZ CAMPO, J., Derechos fundamentales. Concepto y garantías, Trotta, Madrid, 1999, Díez-PICAZO, L. M., Sistema de derechos fundamentales, Civitas, Madrid, 2003 y BASTIDA FREIJEDO, F. J. et alii, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Tecnos, Madrid, 2004.

120

¹³ SSTC 53/1985/6, 212/1996/3, 166/1999/4, 3/2005/8 y ATC 149/1999/2.

¹⁴ “En el artículo 15 de la CE ‘todos’ es un significante incompleto que reclama un sustantivo susceptible de tener derecho a la integridad moral y de no poder ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, puesto que ‘todos’ actúa como sujeto de los distintos predicados enunciados en el inciso primero de tal artículo. Una interpretación sistemática del mismo precepto constitucional que lo ponga en relación con los artículos 27.1 y 28.1, así como la comparación entre los incisos iniciales de los párrafos 1 y 2 del artículo 24 de la CE evidencian que ‘todos’ equivale a ‘todas las personas’, y que la persona humana es el verdadero titular de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 15 de la CE. El feto y, antes, el embrión no son persona humana, sino mera ‘*spes hominis*’. El embrión y el feto no son titulares de derechos fundamentales, por (sic) el artículo 15 CE no les atribuye personalidad, rigiendo a tal efecto el artículo 29 del Código Civil para el que ‘el nacimiento determina la personalidad’. Quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos; ni de derechos fundamentales, *ex* artículo 15 CE, ni de derechos civiles. La ‘*fictio iuris*’ en favor del ‘*nasciturus*’ contenida en el segundo inciso del artículo 29 del Código Civil es necesaria precisamente porque el feto no es persona”, voto particular formulado por el Magistrado Tomás y Valiente a la STC 75/1984.

¹⁵ “(...) según este precepto [artículo 15 CE], la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección”, STC 75/1984/6.

etapa del proceso vital, los *nascituri* constituirían un bien jurídico que la Constitución protege con carácter autónomo en su artículo 15.1¹⁶.

En opinión del Tribunal, la protección constitucional de la vida humana en formación impondría al Estado dos órdenes de obligaciones. La primera de ellas, de naturaleza negativa, consistiría en la prohibición de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación. La segunda, de carácter positivo, significaría para el Estado el deber de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que supusiera su protección efectiva y que, necesariamente en opinión del Tribunal, habría de culminar con la inclusión de normas penales¹⁷.

Es preciso llamar la atención sobre el hecho de que esta construcción jurisprudencial presenta ciertos matices, e incluso contradicciones, que en ocasiones sugieren, cuando no afirman expresamente, una concepción distinta de la naturaleza jurídica de la vida humana en formación. En este sentido, y pese a reiterar que a la luz de la Constitución los *nascituri* no son titulares del derecho fundamental a la vida, lo cierto es que el Tribunal Constitucional elabora su doctrina partiendo de las categorías propias de la dogmática de los derechos fundamentales, operación

que culmina con sus afirmaciones acerca de los deberes que la Constitución impone a los poderes públicos con relación a aquellos. Por ejemplo, y al margen de que sus conclusiones ponen de manifiesto una de las principales características de su doctrina en torno a los derechos consagrados en el artículo 15.1 CE, su concepción estrecha y puramente negativa y defensiva, nótese que los deberes que en opinión del Tribunal dimanar de la protección constitucional de la vida humana en formación, son una traslación directa de la doble vinculación que, como consecuencia de la doble dimensión que poseen, imponen los derechos fundamentales a los poderes públicos¹⁸. Eventualmente, surge incluso la impresión de que, en el fondo, el Tribunal trata en la medida de lo posible de asimilar su protección constitucional al régimen jurídico de aquellos. Incluso en determinados supuestos, dicha imagen aparece expresamente en su argumentación¹⁹.

¹⁶ STC 53/1985/. Aunque esta caracterización ya comporta que el *nasciturus* encuentra cobijo constitucional con carácter independiente y, por lo tanto, al margen de la protección que derivaría de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, el Tribunal ya había adelantado esta conclusión recurriendo a un argumento de carácter estrictamente biológico al afirmar que “la gestación genera un *tertium* existencialmente distinto al de la madre aunque alojado en su seno”, STC 53/1985/3.

¹⁷ STC 53/1985/7, reiterada por las SSTC 212/1996/3 y 166/1999/5. Con relación a las exigencias de naturaleza penal dimanantes del artículo 15 de la Constitución, el Tribunal ha declarado que la protección penal de los derechos fundamentales y bienes constitucionales constitucionalmente exigida no puede revestir un carácter absoluto. En este sentido, el competente para determinar su grado de protección guiado por el principio de intervención mínima es el legislador, correspondiendo eventualmente al Tribunal la tarea de contrastar la protección constitucionalmente demandada con la efectivamente dispensada. Ahora bien, aunque en ocasiones la ausencia plena de garantía penal puede ser un elemento suficiente para justificar tal examen de constitucionalidad, lo cierto es que “una cosa es que una práctica ausencia de ‘normas penales’ puede ser, en su caso, contrastada con exigencias derivadas del art. 15 C.E. y otra muy distinta es la pretensión de que cada una de las interdicciones contenidas en una ley (...) vaya indefectiblemente acompañada de la correspondiente sanción penal”, pues no existe “una obligación constitucionalmente impuesta al legislador de establecer la correspondiente sanción penal para todas y cada una de las interdicciones previstas en la Ley”, SSTC 212/1996/10 y 166/1999/16, respectivamente.

¹⁸ En este sentido, los fundamentos jurídicos 5 y 7 de la STC 53/1985, que afirman respectivamente la naturaleza de bien jurídico constitucionalmente protegido del *nasciturus* y las obligaciones que de ello se derivan para el Estado, se construyen, expresamente, sobre las consideraciones realizadas por el Tribunal en torno al “ámbito, significado y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo” en el fundamento jurídico 4; este hecho vuelve a ser manifiesto en la STC 212/1996/12, donde el Tribunal enjuicia la norma recurrida a la luz de la reserva de ley contenida en el artículo 53.1 CE.

¹⁹ Así, el ATC 304/1996/3 afirma que “el reconocimiento de la personalidad desde el origen biológico del ser humano, objeto normativo del proyecto, significa patentemente la atribución directa del derecho a la vida reconocido en el art. 15 CE, como tal derecho subjetivo y con plenitud de efectos a partir de aquel momento, lo cual constituye, claramente, un desarrollo del contenido sustancial (sic) de dicho derecho cuya titularidad ya no iría a depender del nacimiento sino del momento mismo de la concepción”; por su parte, el Magistrado Gabaldón López sostuvo, en su voto particular a la STC 212/1996 y supuestamente con apoyo en la doctrina elaborada en la STC 53/1985, que los *nascituri* son “no ya vida humana en abstracto, sino concretos seres humanos no nacidos” cuya relación con el derecho fundamental a la vida, y de modo paralelo a lo que sucede en el ámbito civil, es “una situación asimilable a la que la doctrina ha denominado derechos sin sujeto y, en todo caso, la efectiva atribución a un tercero de su representación y defensa en orden a aquel derecho”.

Algo similar sucede con la argumentación contenida en la STC 53/1985 con relación a las exigencias penales derivadas de la protección constitucional del *nasciturus* y la despenalización del aborto con arreglo al sistema de indicaciones. Una lectura detenida de determinados pasajes de la sentencia sugiere que, en la mente del Tribunal, la punición del aborto no es un mero datum derivado de la situación normativa vigente, sino una exigencia directamente dimanante de la norma constitucional. En este sentido, el juez de la Constitución parece excluir a radice la constitucionalidad de una eventual despenalización del aborto, que no significaría sino “la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional”, pues ni la vida del *nasciturus* puede prevalecer incondicionalmente sobre los derechos fundamentales de la

D.- El contenido del derecho fundamental.

La principal característica que identifica la exégesis del contenido del derecho fundamental a la vida realizada por el Tribunal Constitucional es su naturaleza exclusivamente reaccional. Efectivamente, a lo largo de su jurisprudencia y de forma coherente con la estricta y literal delimitación de su objeto, el juez de la Constitución ha construido una interpretación del primer inciso del artículo 15.1 CE puramente negativa y defensiva: identificado el objeto del derecho fundamental con la vida humana como realidad puramente biológica, su contenido estaría encaminado, única y exclusivamente, a protegerla frente a aquellas conductas que supusieran una agresión o una amenaza, también interpretadas en sentido estricto. En este sentido, el Tribunal parece querer excluir de su doctrina cualquier elemento que posibilite una concepción positiva del derecho fundamental a la vida que lo aproxime, o convierta, en un derecho de libertad, aunque también aquí, sin embargo, es posible detectar ciertas vacilaciones y matices en su argumentación.

En opinión del juez de la Constitución, desde un punto de vista subjetivo el derecho fundamental a la vida confiere a sus titulares la facultad de recabar amparo frente a toda actuación de los poderes públicos que suponga un ataque o una amenaza contra su vida, interpretada en el sentido anteriormente descrito. Por otra parte, y de acuerdo a su dimensión objetiva, es decir, “como fundamento objetivo del ordenamiento”, el derecho fundamental impondría al Estado, especialmente al legislador, el deber de adoptar todas aquellas medidas que fueran necesarias

mujer, “ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus”, STC 53/1985/9. Quizá por ello, el examen de la constitucionalidad de las indicaciones terapéutica, ética y eugenésica recurre, casi exclusivamente y salvo en el supuesto de conflicto entre la vida humana en formación y la vida de la mujer embarazada, al expediente penal de la no exigibilidad de otra conducta, algo que, evidentemente, es muy distinto de un juicio ponderativo entre bienes y derechos constitucionales. Este modo de proceder culmina en el polémico fundamento jurídico 12 de la sentencia, donde el Tribunal analiza si la norma recurrida “garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas”. El tribunal opera, así, “una irónica inversión del principio de legalidad penal, que de ser garantía de la libertad del ciudadano se transforma en mecanismo dirigido a asegurar la efectividad del castigo”, voto particular formulado por el magistrado Rubio Llorente a la STC 53/1985.

para proteger el bien jurídico que el derecho encarna, la vida humana, frente a los ataques de terceros. En otras palabras, en opinión del Tribunal la dimensión objetiva del derecho fundamental a la vida significaría para el Estado el deber de trasladar a las relaciones entre particulares su dimensión subjetiva, sin necesidad de contar para ello con la voluntad del titular del derecho e, incluso, cuando ni siquiera “quepa hablar, en rigor”, de dicho titular²⁰. Además, y coherentemente con el objeto y el contenido del derecho así delimitados, también aquellas conductas que pudieran considerarse agresiones contra el derecho fundamental a la vida habrían de interpretarse en sentido estricto²¹.

En definitiva, el derecho no podría ser caracterizado como un derecho de libertad que amparara la libre disponibilidad de la propia vida. Como expresamente afirma el Tribunal en una problemática argumentación, el derecho fundamental a la vida poseería “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. Ahora bien, el juez de la Constitución se ha visto obligado a afrontar el hecho de que las personas disponen en ocasiones de su vida, situación que el alto Tribunal

²⁰ *STC 120/1990/7; tal y como se describió supra, ya la STC 53/1985/7 había introducido esta doctrina, si bien con relación a los deberes que dimanaban de la Constitución como consecuencia de la consagración de la vida humana en formación como bien jurídico constitucionalmente protegido. La distinción entre aquellas conductas que directamente agreden y aquellas que suponen una amenaza o que generan una situación de riesgo, será analizada con más detalle infra a propósito del derecho fundamental a la integridad física y moral. En torno a la problemática cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares vid., BILBAO UBILLOS, J. M., La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, CEPC-BOE, Madrid, 1997.*

²¹ *“(…) es manifiesto que el otorgamiento o la denegación de una pensión de viudedad no guarda relación con el derecho a la vida a que se refiere el art. 15, pues en él el concepto vida debe entenderse en su significado estricto, lo mismo que los ataques a ella”, ATC 241/1985/2; precisamente por ello, y con relación al “sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación”, el Tribunal ha distinguido cuidadosamente entre la “reparación del estricto daño personal”, cuyo régimen jurídico sí quedaría sujeto a las exigencias dimanantes del artículo 15 CE, y “la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas”, que sería ajeno a su ámbito de protección, STC 181/2000/8; el ATC 24/1994/Único posibilitaría, sin embargo, una interpretación no tan estricta, pues, sensu contrario, permite deducir que una resolución judicial que ante una manifiesta situación de desamparo de unos menores no adoptase las medidas pertinentes lesionaría los derechos fundamentales consagrados en el artículo 15.1 CE.*

justifica apelando a que, dado que “la vida [es] un bien de la persona que se integra en su círculo de libertad”, es posible disponer fácticamente sobre la “propia muerte”. Dicho acto dispositivo quedaría así configurado como una mera manifestación de *agere licere* en cuanto que acto no prohibido por el ordenamiento jurídico, no constituyendo, en ningún caso, un derecho subjetivo²².

Al margen de que en ocasiones resulta difícilmente inteligible, la doctrina descrita no está exenta de matices e, incluso, de saltos lógicos y manifiestas contradicciones. Tal y como se expresó al principio de estas líneas, en la concepción puramente negativa y defensiva que el Tribunal posee del derecho fundamental a la vida, este queda convertido, desde un punto de vista subjetivo, en un derecho reaccional; es decir, un derecho que no ofrece a sus titulares más que la facultad de recabar amparo frente a todas aquellas actuaciones de los poderes públicos que supongan una agresión o que signifiquen una amenaza para el bien jurídico que el derecho protege. Su dimensión objetiva quedaría reducida a la traslación de dicha vertiente subjetiva a las relaciones entre particulares. No es casualidad que sea al analizar la vertiente objetiva del derecho cuando el Tribunal desliga su significado constitucional de su titular, operación jurídica de especial trascendencia como tendrá ocasión de analizarse *infra*. En efecto, el juez de la Constitución afirma que el deber que dimana del derecho como “fundamento objetivo del ordenamiento” para el Estado, es independiente de la voluntad de aquél. Este hecho explicaría, desde el punto de vista constitucional, la existencia en el ordenamiento jurídico español de los tipos penales asociados a la conducta del suicida, pues el consentimiento libre del titular del derecho no excluye la agresión del bien jurídico protegido.

Ahora bien, atendidos los tipos delictivos actualmente vigentes en el ordenamiento jurídico penal y los motivos que conducen a la decisión de política criminal de no punición de la conducta del suicida en sí mismo considerada, la definición del acto de libre disposición de la propia vida como una simple mani-

festación de *agere licere* es, cuando menos, harto problemática. Además, dicha caracterización pone de manifiesto algunas de las incongruencias y contradicciones presentes en la argumentación del juez de la Constitución. Efectivamente, al margen de lo contingente de dicha afirmación, nótese que el Tribunal afirma, literalmente, que el reconocimiento de la facultad de disponer de la propia vida como derecho subjetivo sería contrario al contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el artículo 15.1 de la Constitución. Por ello, a la luz del ordenamiento jurídico vigente y de sus propias consideraciones, afirmar que “arrostrar la propia muerte es una manifestación de libertad genérica”²³ es, no sólo difícilmente sostenible, sino manifiestamente contradictorio.

Sin embargo, de acuerdo a una interpretación sistemática de la Constitución, la jurisprudencia constitucional presenta en ocasiones perfiles más positivos que posibilitarían aproximar el derecho fundamental a la vida a un derecho de libertad. Así, por ejemplo, cuando el juez de la Constitución afirma que, comprendida en conexión con derechos fundamentales como los consagrados en los artículos 15, 16 y 18 CE, la dignidad es un valor inherente a la persona y “singularmente manifestada en la autoterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás”²⁴.

III.- El derecho fundamental a la integridad física y moral.

La determinación del objeto y la delimitación del contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral realizada por el Tribunal Constitucional, es paralela a su doctrina en torno al derecho fundamental a la vida. De hecho, son numerosas las

²² STC 120/1990/7, *ante citada*.

²³ *Ibidem*. Aquella afirmación compromete seriamente, además, la constitucionalidad de algunos de los contenidos de la nueva legislación sanitaria en materia de derechos del paciente y, especialmente, de voluntades anticipadas.

²⁴ STC 53/1985/8; también cuando asevera que la decisión de someterse a una grave operación cuya eficacia, pese a su finalidad curativa, es discutible, “es personalísima y libérrima formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida”, STC 48/1996/3.

ocasiones en las que el Tribunal se refiere de forma simultánea e indiferenciada a ambos. Ahora bien, siendo ello cierto, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que, al margen de la obviedad de que se trata de dos derechos fundamentales distintos, el derecho fundamental a la integridad física y moral presenta perfiles y matices propios que, en la doctrina del Tribunal, lo dotan de una dimensión adicional con relación al contenido del derecho fundamental a la vida de especial trascendencia en el ámbito sanitario.

También en el caso del derecho fundamental a la integridad física y moral, el Tribunal Constitucional ha interpretado su objeto de modo estricto. En este sentido, estaría constituido por el cuerpo humano como realidad biológica en su doble dimensión física, integridad física, y psicológica, integridad moral²⁵. Así identificado, y de forma similar a lo que sucedía con el derecho fundamental a la vida, la siguiente interpretación del contenido del derecho que realiza el juez de la Constitución es puramente defensiva y reaccional, si bien con un importante matiz diferenciador.

El contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral poseería, en la doctrina del Tribunal, una doble dimensión. Por una parte, y de modo similar al derecho fundamental a la vida, protegería a su titular frente a ataques dirigidos contra su cuerpo en su doble vertiente física y psíquica. Por otra, el derecho fundamental proscibiría toda intervención en aquél que careciese del consentimiento de su titular. En ambos casos se trata de una concepción negativa del contenido del derecho.

Comenzando por la primera de ambas dimensiones, el derecho fundamental a la integridad física y moral tendría un contenido estrictamente reaccional que posibilitaría a su titular recabar amparo frente a todas aquellas acciones encaminadas a lesionar o menoscabar bien su integridad física, bien su integridad psicológica; en otras palabras, reaccionar frente a todos aquellos actos que le infligen un daño

físico o psicológico²⁶. Al igual que sucedía en el caso del derecho fundamental a la vida, el Tribunal ha interpretado el término agresión en un doble sentido que abarca no sólo aquellas acciones que suponen un ataque directo al objeto del derecho fundamental sino, asimismo, aquellas conductas que generan una situación de riesgo o amenaza de menoscabo²⁷. Es cierto, sin embargo, que la doctrina del Tribunal presenta ciertos vaivenes con relación a la intensidad que debe revestir el riesgo o amenaza para que pueda estimarse lesiva del derecho fundamental. En cualquier caso, parece evidente que no toda situación de riesgo o amenaza constituiría, sin más, una vulneración del derecho²⁸.

Con arreglo a la doctrina del juez de la Constitución, el derecho fundamental a la integridad física y moral posee, además, una segunda vertiente dotada de gran trascendencia en el ámbito sanitario. Desde esta segunda perspectiva, el derecho fundamental

²⁶ STC 120/1990/8.

²⁷ *“En relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege ‘la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular’ (...) estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”, STC 119/2001/5; “(...) para poder apreciar la aducida vulneración del art. 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse”, SSTC 221/2002/4 y 220/2005/4, entre otras. En torno a estas cuestiones vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos, CEPC, Madrid, 2006.*

²⁸ *Efectivamente, si las SSTC 35/1996/3 y 221/2002/4 hablan, respectivamente, de la existencia de “riesgo para la salud” o de un “riesgo relevante”, existe otro grupo de sentencias que exigen que se trate de “grave riesgo”, “peligro grave e inmediato”, “peligro grave y cierto” o “riesgo palmario y manifiesto”, SSTC 7/1994/2, 119/2001/6, 5/2002/4 y 220/2005/4, respectivamente; en este último caso, el Tribunal afirma expresamente que “tal actuación sólo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se generara un peligro grave y cierto para la salud del afectado. En ese caso, la declaración de lesión de la integridad que se infiera de ese riesgo relevante sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria y manifiesta, pues la relevancia del peligro debe apreciarse con inmediatez”.*

²⁵ *Esta comprensión estricta del derecho fundamental a la integridad moral es la que se desprende, entre otras, de las SSTC 53/1985 y 221/2002.*

proscribe cualquier intervención no consentida en el cuerpo en su doble dimensión física y psíquica. Con relación al ámbito biomédico, es precisamente aquí donde encuentra anclaje iusfundamental la exigencia del consentimiento informado del paciente, que constituye, así, una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el párrafo primero del artículo 15 de la Constitución²⁹. Por ello, cualquier intervención sanitaria realizada sin contar con o en contra de la voluntad del paciente constituye, *prima facie*, su vulneración. Además, la negativa a recibir o someterse a un determinado tratamiento médico constituye ejercicio del derecho a la integridad física y moral sin necesidad de estar cualificada como manifestación de otro derecho fundamental, señaladamente, alguno de los consagrados en el artículo 16 de la Constitución e independientemente de que pueda también en su caso estar amparada por alguno de ellos. Por el contrario, la pura y simple negativa del individuo libremente manifestada tiene su anclaje,

como tal, en el contenido normativo del artículo 15 CE, sean cuales sean sus motivos³⁰.

Sin que ello signifique reconocer contenido positivo alguno al derecho fundamental a la integridad física y moral que lo aproxime a un derecho de libertad, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que esta segunda vertiente implica, *de facto*, cierto poder de disposición del individuo sobre su propio cuerpo. Ahora bien, se trata de un poder de disposición que es consecuencia mediata o derivada de una prohibición, la de llevar a cabo cualquier intervención en los bienes que constituyen el objeto del derecho sin contar con la libre voluntad de su titular, y no, por lo tanto, de una facultad que forme parte de su contenido. En otras palabras, no existe como tal un poder de libre disposición sobre el propio cuerpo sino una consecuencia que deriva del contenido puramente negativo y reaccional del derecho fundamental. Por ello, el principio de autonomía del paciente no es resultado del reconocimiento de una capacidad de autodeterminación vital; es decir, no constituye como tal ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral, puesto que lo que el derecho reconoce a sus titulares no es tanto una facultad positiva de autodeterminación, cuanto la capacidad para no consentir una intervención en su cuerpo.

En definitiva, el denominado principio de autonomía del paciente es consecuencia de una potestad puramente defensiva que proscribiera toda intervención no consentida en su integridad física o moral y que, por lo tanto, requiere de su previo consentimiento libre. De un modo indirecto o mediato, *de facto*, ello significa reconocer cierto poder de disposición sobre el propio cuerpo, pero siempre sin perder de vista que, como tal, ni se trata de un poder de autodeter-

²⁹ Es cierto, sin embargo, que en alguno de sus pronunciamientos el Tribunal introduce un matiz restrictivo en su interpretación del contenido del derecho que dificulta, con relación a determinadas intervenciones en el ámbito sanitario, el anclaje iusfundamental del principio del consentimiento informado: "(...) [en] las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano (...) en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo (...) o inciden en la privacidad (...) [las] intervenciones corporales, esto es, las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.) (...) el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa", STC 207/1996/3.

Dado que el Tribunal parece interpretar la segunda dimensión del contenido del derecho fundamental en conexión con la primera, el problema que inmediatamente se plantea es que, en la medida en que no toda intervención sanitaria comporta "lesión o menoscabo del cuerpo", ni tampoco afcción de la intimidad corporal y de la privacidad tal y como son concebidas por el juez de la Constitución, el principio de consentimiento informado del paciente carecería de anclaje iusfundamental en determinados supuestos. Ello, además, al margen de los problemas que se derivarían de la fragmentariedad de su protección constitucional en todos aquellos casos en que sí encontrara dicha cobertura, atendida la diversa naturaleza de los derechos fundamentales que le prestarían amparo. Parece razonable, en este sentido, mantener una interpretación amplia de la segunda vertiente del contenido del derecho, tal y como por otra parte se desprende de la mayoría de los pronunciamientos del Tribunal.

³⁰ "Por ello, este derecho constitucional 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", STC 120/1990/8, ante citada; "El derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa (STC 120/1990), que, por otra parte, es razonable en este caso si se toman en cuenta las discrepancias entre los especialistas sobre la conveniencia de la operación, cuya eficacia ponen en duda varios de ellos", STC 48/1996/2.

minación, ni dicha facultad forma parte del contenido de los derechos fundamentales del artículo 15 de la Constitución, sino que es resultado de la necesidad del previo consentimiento libre del titular del derecho para poder intervenir en los bienes que constituyen su objeto³¹. Además, y tal y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, se trata de un derecho fundamental eventualmente sujeto a límites derivados de la preservación de otros bienes y derechos constitucionales³². En este sentido, recuérdese que, si con arreglo a la doctrina del juez de la Constitución la facultad de disponer libremente de la propia vida es contraria al contenido esencial del derecho fundamental a la vida, lo mismo podría predicarse del reconocimiento, en términos absolutos, del derecho a rechazar cualquier asistencia o tratamiento sanitario, y no necesariamente en una situación de peligro inminente de muerte.

IV.- Otros derechos fundamentales relacionados con el principio de autonomía del paciente.

A.-Los derechos a la libertad ideológica y religiosa.

Ambos derechos fundamentales, proclamados en el artículo 16.1 CE, tienen por objeto, tal y como ha

³¹ *Que ello es así, es decir, que no existe un derecho constitucional de autodeterminación con relación al propio cuerpo, es patente en la STC 215/1994/2: “el consentimiento de ésta libre y expresamente emitido, exime de responsabilidad penal la práctica de la esterilización. Admitida la autodeterminación de la persona en orden a su integridad física en ese supuesto y en los demás que contempla el art. 428 del CP”. Ello explica, de modo similar a como sucedía con relación al derecho fundamental a la vida, la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de algunos tipos delictivos. Así, el artículo 155.1 CP dispone que en “los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados”; por su parte, el artículo 156.1 establece que no “obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.*

³² *“Ciertamente, la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3 CE), mas ello no significa que sean derechos absolutos”, STC 207/1996/4.*

reiterado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, la libertad de creencias, sean estas de índole religiosa, libertad religiosa, o secular, libertad ideológica. Es decir, la libre adopción de determinadas convicciones por parte del individuo y, consiguientemente, la posibilidad, siempre dentro de la Constitución, de exteriorizarlas y de adecuar su conducta a las mismas sin sufrir por ello ninguna coerción o compulsión.

En este sentido, el ámbito de protección dispensado por ambos derechos fundamentales poseería, tal y como por otra parte se infiere de la dicción del precepto constitucional, una doble dimensión: interna y externa. El contenido de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa no puede agotarse en la facultad reconocida al individuo de adoptar, en su fuero interno, unas personales y determinadas convicciones, sino que, necesariamente además, ha de extenderse a la posibilidad de actuar “con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos”. Por lo tanto, como correlato lógico de la dimensión interna del derecho, la libre adopción de personales creencias, existiría una dimensión o manifestación externa consistente en la posibilidad de conducirse de forma coherente con ellas y de exteriorizarlas³³. Nótese, además, que si bien la dimensión interna del derecho fundamental no estaría sujeta a límites, pues el ordenamiento jurídico no puede prohibir que el individuo adopte y profese en su fuero interno determinadas opiniones, sus manifestaciones externas sí serían eventualmente limitables de acuerdo con la Constitución. Así se desprende, por otra parte, de la literalidad del artículo 16.1 CE, que garantiza ambos derechos “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”³⁴.

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha venido imponiendo dos condiciones para considerar que un acto de los poderes públicos supone una afec-

³³ *STC 19/1985/2; específicamente en el contexto de la asistencia sanitaria, STC 120/1990/10.*

³⁴ *Cursivas G. A.*

ción en los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa. Por una parte, dicha actuación ha de significar una perturbación o impedimento al mantenimiento en libertad de una determinada creencia. Por otra, es precisa la existencia de un nexo causal entre el acto perturbador o impeditivo del poder público y el mantenimiento por parte del individuo de dicha ideología o pensamiento³⁵.

En el ámbito médico asistencial, el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa plantea, fundamentalmente, dos órdenes de cuestiones. Por una parte, la posibilidad de rechazar determinados tratamientos sanitarios con fundamento en su ejercicio. Por otra, la posibilidad de exigir que la prestación de la asistencia sanitaria se realice de forma respetuosa con las personales creencias y convicciones. Ambas han sido analizadas por el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia y, en algunos casos, han encontrado su correspondiente reflejo en la vigente legislación sanitaria.

Comenzando por la primera, atendido el contenido de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa, el rechazo a un tratamiento médico fundamentado en la profesión de determinadas creencias o convicciones no sólo constituirá ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino, asimismo, una eventual manifestación de los derechos consagrados en el párrafo primero del artículo 16 de la Constitución; en otras palabras, todo rechazo a un tratamiento médico al amparo de determinadas convicciones constituirá una expresión de la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, dimensión que prestaría también cobertura constitucional al principio de autodeterminación del paciente en todos aquellos supuestos cuyo ejercicio no fuese sino una exteriorización de las convicciones y creencias del individuo.

Con relación a la segunda cuestión, la adecuación de la asistencia médica a los valores, convicciones y creencias del enfermo ha encontrado progresivamente cierto reflejo en la vigente legislación sani-

taria³⁶. Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, en un modelo asistencial como el derivado de la Constitución española, los problemas surgen a la hora de acomodar las exigencias eventualmente dimanantes del artículo 16.1 CE con “el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema”, características que determinan su configuración “como un régimen legal, en el que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico”; es decir, un sistema que, siempre dentro del marco constitucionalmente definido, es “de configuración legal”³⁷. En este sentido, en el único supuesto que ha conocido hasta la fecha, el Tribunal ha mostrado cierta preocupante tendencia a construir su razonamiento casi exclusivamente sobre la base de la denominada *lex artis*, un modo de proceder que, llevado al extremo, priva incluso de significado al principio del consentimiento informado³⁸. Sin embargo, y tal y como puso de manifiesto alguna voz disonante en el seno del Tribunal, parece razonable distinguir entre aquellas exigencias cuya naturaleza supusiera, efectivamente y máxime atendido el hecho de que se trata de la gestión de recursos escasos, violentar la naturaleza del sistema y aquellas que, más sencillamente, exigen que la asistencia sanitaria se preste en determinadas condiciones per-

³⁵ STC 120/1990/10.

³⁶ Por ejemplo, el artículo 10. 2 c) de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de la Comunidad Autónoma de Extremadura reconoce, bien que con importantes precisiones y matices, el derecho de los pacientes a “que le sean respetados sus valores morales y culturales, así como sus convicciones religiosas y filosóficas, con los límites previstos en la presente norma y en el resto del ordenamiento jurídico. La práctica que se derive del ejercicio de este derecho ha de ser compatible con el correcto ejercicio de la práctica médica y respetuosa con las normas de funcionamiento del centro”.

³⁷ STC 65/1987/17.

³⁸ “(...) el recurrente (...) pide, en razón y por exigencia de sus creencias religiosas, que tales prestaciones se le dispensen (...) prescindiendo de un remedio cuya utilización, por pertenecer a la *lex artis* del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que en cada caso se presenten y se consideren necesarias para solventarlo. Las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean -como lo son en este caso-, no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica”, STC 166/1996/3.

fectamente posibles³⁹. Baste considerar, a mero título de ejemplo, que solicitar que la realización de un tratamiento se adecue a las creencias del paciente, es probablemente muy distinto que exigir una determinada prestación sanitaria como consecuencia de la profesión de determinadas convicciones.

B.-El derecho fundamental a la intimidad.

En el ámbito sanitario el derecho fundamental a la intimidad posee una proyección múltiple. En este sentido, han sido las exigencias dimanantes de dicho derecho fundamental en su vertiente de *privacidad*, las que fundamentalmente han sido objeto de desarrollo y concreción normativa a través del complejo entramado de derechos, deberes y garantías relativos, básicamente aunque no sólo, a la obtención y utilización de los datos relativos a la salud del paciente.

Ahora bien, como se desprende de la jurisprudencia constitucional, el derecho fundamental a la intimidad posee una segunda vertiente, la *intimidad corporal*, que sirve también, en determinados supuestos, como fundamento al eventual rechazo de un tratamiento o intervención médica. Ha de tenerse presente, sin embargo, que esta es una doctrina elaborada no específicamente en el ámbito médico-

asistencial, sino con relación a la práctica de determinadas intervenciones en el cuerpo del individuo sin contar con su voluntad y con finalidades diversas a la curativa⁴⁰.

En este contexto, y en opinión del Tribunal, la intimidad corporal formaría parte del objeto del derecho fundamental a la intimidad como parte del concepto más amplio de intimidad personal; es decir, de aquel ámbito de la existencia “propio y reservado al conocimiento de los demás” y que es requisito imprescindible “según las pautas de nuestra cultura para mantener una mínima calidad de vida”⁴¹. La delimitación que del objeto de la intimidad corporal realiza el Tribunal Constitucional no es co-extensa, sin embargo, con la totalidad del cuerpo físico del individuo. Por el contrario, su caracterización es puramente cultural, habiendo por lo tanto el intérprete de recurrir al concepto socialmente arraigado de “recato corporal” para proceder a su determinación⁴².

Obviando los problemas que plantea una concepción exclusivamente social o cultural de su objeto, el derecho fundamental a la intimidad corporal otorgaría al individuo la facultad puramente negativa y reaccional de oponerse a aquellas indagaciones o pesquisas que quisieran efectuarse en su cuerpo sin contar con su consentimiento y que, por las partes de aquel sobre las que recayesen o por los medios utilizados para su realización, pudieran reputarse contrarias al “sentimiento de pudor”, definido conforme a “estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad”⁴³.

Nótese, por lo tanto, que de modo análogo a lo que sucedía con relación al derecho fundamental a la integridad física y moral, no se deriva del derecho fundamental a la intimidad un poder de disposición del individuo sobre su propio cuerpo, cuanto, nue-

³⁹ “De otro lado, el derecho al mantenimiento de las propias creencias se ejerce en el presente caso en relación con el régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que el art. 41 CE garantiza (...) la indivisibilidad de los derechos fundamentales no permite que la actividad prestacional en esta materia -que corresponde garantizar a los poderes públicos y, por tanto, no puede ser deferida, sin más, a la decisión de los profesionales médicos que forman parte de los Centros de la Seguridad Social-, aun teniendo como base la uniformidad de las prestaciones para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos (STC 124/1989), permanezca al margen de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza. Por lo que no cabe excluir o desconocer las exigencias que se derivan de la libertad religiosa sin desconocer o excluir, al mismo tiempo, el mayor valor de esta libertad en nuestro ordenamiento. Y ello supondría, asimismo, un injustificado olvido del mandato constitucional a los poderes públicos de promover las condiciones para hacer real y efectiva la libertad del individuo y de los grupos en que se integra (art. 9.2 CE), junto con los que se derivan de la cláusula del Estado social (art. 1.1 CE). Máxime, como aquí ocurre, si el recurrente no ha solicitado una prestación de asistencia médica a la que no tenga derecho, sino sólo que se le preste en condiciones que no vulneren sus creencias religiosas; y sin que exista, además, imposibilidad de que tal asistencia pueda prestarse en esas condiciones -excluyendo la transfusión de sangre- en los Centros de la Seguridad Social, dados los medios técnicos disponibles. Ni tampoco resulta que ello sea contrario en todo caso a la *lex artis*, pues se ha practicado en esas condiciones en Centros médicos privados, como antes se ha dicho”, voto particular formulado por el Magistrado González Campos a la STC 166/1996.

⁴⁰ Se trata, por ejemplo, de intervenciones corporales realizadas en el transcurso de un proceso civil o penal o como medidas de seguridad en el ámbito penitenciario.

⁴¹ STC 57/1994/5, entre otras.

⁴² Es cierto, sin embargo, que en ocasiones el Tribunal combina dicha concepción con una dimensión estrictamente subjetiva del concepto, STC 37/1989/7.

⁴³ *Ibidem*.

vamente, la posibilidad de reaccionar frente a ciertas intervenciones que sobre el mismo quieran realizarse y siempre que dicha oposición esté fundamentada en una concepción socialmente conforme del “pudor” o “recato corporal”. La disposición que sobre el propio cuerpo ello conlleva será, por lo tanto, una consecuencia derivada del ejercicio del derecho pero, en ningún caso, una facultad amparada por su contenido.

Esta doctrina constitucional cobra especial relevancia en relación con aquellos pronunciamientos del Tribunal que, al menos aparentemente, parten de una concepción restringida del tipo de intervenciones corporales que son subsumibles en el ámbito de protección del derecho fundamental a la integridad física y moral. El derecho fundamental a la intimidad corporal vendría a cubrir, si bien sólo parcialmente, la laguna derivada de que algunas actuaciones en el ámbito médico asistencial no encontrarían acomodo, dada su naturaleza, en los derechos fundamentales proclamados en el artículo 15.1 CE.

Hay que llamar la atención, además, sobre el hecho de que en el ámbito de la asistencia sanitaria, el juez de la Constitución muestra una clara tendencia a limitar a la intimidad corporal las consecuencias que derivan del derecho proclamado en el artículo 18.1 CE. Nótese, sin embargo, que también la intimidad en su sentido más amplio de privacidad está constantemente afectada, pues toda actuación médica está encaminada a obtener información acerca de la salud y del cuerpo del paciente. Este hecho, sin embargo, es en ocasiones obviado por el juez de la Constitución en su razonamiento⁴⁴. Parece preciso recordar, en este sentido, que la protección constitucional-

⁴⁴ *Ello es manifiesto, por ejemplo, en la STC 120/1990/12, donde el Tribunal parece olvidar no ya el hecho de que toda intervención médica viene precedida de una inexcusable obtención de información acerca de la condición del paciente, sino que una de las medidas que en el supuesto de hecho concreto había decretado el Auto judicial impugnado por los recurrentes era la realización de “pruebas analíticas”: “(...) en modo alguno ha padecido el derecho a la intimidad corporal de los recurrentes, pues, aparte de que la intervención médica autorizada por la resolución impugnada no puede incluirse cabalmente entre las indagaciones o pesquisas a las que, de acuerdo con la doctrina constitucional citada, puede oponerse el derecho a la intimidad, no produce la actuación impugnada ni por las partes del cuerpo sobre las que actúa ni por los medios a emplear, ni por su finalidad ajena a la adquisición de conocimientos sobre el cuerpo de los reclusos, menoscabo de ningún género de su intimidad personal”.*

mente debida a la información relativa a la salud del paciente no se limita a su uso una vez recabada, sino, en un imprescindible estadio lógico previo, a su propia obtención.

En cualquier caso, y como sucede con todo derecho fundamental, no toda actuación de los poderes públicos que afectara a la intimidad en el sentido antedicho podría considerarse vulneradora del derecho, siempre y cuando constituyera una restricción constitucionalmente legítima. A ello no es óbice, tal y como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Tribunal, que a diferencia de lo que sucede con relación a sus apartados segundo y tercero, el constituyente no previera en el párrafo primero del artículo 18 CE la posibilidad de limitar mediante resolución judicial el derecho fundamental a la intimidad⁴⁵.

V.- La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria coactiva.

A la luz de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, la asistencia sanitaria coactiva constituye una restricción o limitación de ciertos derechos fundamentales, especialmente del derecho fundamental a la integridad física y moral, y, por lo tanto, ha de quedar sujeta a las exigencias propias de dicha operación jurídica.

Atendida la delimitación puramente biológica, negativa y reaccional del contenido del derecho fundamental a la vida, el rechazo de una asistencia sanitaria y, correlativamente, su prestación coactiva, se ubican más allá de sus contornos constitucionales. Ello no significa, sin embargo, afirmar que aquella no guarda relación alguna con el primero de los derechos fundamentales proclamados en el artículo 15.1 CE, pues existe en la jurisprudencia constitucional un inmediato y trascendental vínculo entre ambos. Este vínculo deriva del hecho de que, si bien la asistencia sanitaria obligatoria es ajena a la dimensión subjetiva del derecho, es su dimensión objetiva la que le proporciona la necesaria cobertura constitu-

⁴⁵ *Un examen pormenorizado de las condiciones que debe reunir toda limitación del derecho fundamental a la intimidad corporal para poder ser considerada legítima en el curso de un procedimiento penal en las SSTC 37/1989 y 207/1996.*

cional; en definitiva, la que, junto a otras exigencias, la convierte en una restricción constitucionalmente legítima del contenido de algunos derechos fundamentales, principalmente, aunque no sólo, del derecho fundamental a la integridad física y moral⁴⁶.

Por el contrario, con arreglo a la construcción jurisprudencial expuesta, la asistencia sanitaria no consentida supone, en todo caso, una afección del contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral y, eventualmente, de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa en la medida en que el rechazo a la intervención médica esté fundamentada en las convicciones del paciente y del derecho fundamental a la intimidad corporal siempre que resulte afectado el “sentimiento de pudor” o “recato personal” conforme a criterios socialmente arraigados. No puede olvidarse, asimismo, que dado que toda intervención sanitaria no consentida puede significar frecuentemente la inmediata retención forzosa del individuo, también se verá afectado su derecho fundamental a la libertad personal proclamado en el artículo 17.1 CE⁴⁷.

Ahora bien, como se sabe, afección no significa necesariamente y de forma inmediata lesión del derecho fundamental eventualmente implicado, pues dicha intromisión en su contenido será legítima siempre que esté constitucionalmente amparada. En dichos supuestos no existirá por lo tanto vulneración del derecho fundamental, cuanto establecimiento de un límite al mismo, quedando la cuestión reconducida a la determinación de las exigencias o requerimientos que la Constitución impone a dicha operación jurídica para considerarla constitucionalmente fundada.

Quedan así delimitados, por lo tanto, la naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria coactiva

y, consiguientemente, el contexto dogmático-jurídico en el que se desenvuelve.

Con arreglo a doctrina reiterada del Tribunal, más o menos explícita dependiendo del pronunciamiento objeto de análisis, todo límite al contenido de un derecho fundamental es constitucionalmente legítimo si satisface una serie de exigencias de naturaleza tanto formal como sustantiva. Desde un punto de vista formal, el Tribunal suele exigir que las restricciones que se impongan a los derechos fundamentales lo sean al amparo de resolución judicial motivada que cuente con la suficiente cobertura legal⁴⁸. Desde un punto de vista material, el Tribunal ha venido exigiendo que el límite posea fundamento constitucional, que respete las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad y que, cualquiera que sea la situación que se derive de su imposición, en ningún caso conlleve “menosprecio para la estima que en cuanto ser humano merece la persona”⁴⁹. Aunque los requerimientos impuestos por el principio de proporcionalidad, especialmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto, están especialmente sujetos a las cambiantes circunstancias del juicio de caso, la necesidad de que la restricción a todo derecho fundamental cuente con una justificación directamente incardinada en la norma constitucional, sí permite extraer conclusiones de carácter general.

El Tribunal Constitucional ha hallado a lo largo de su jurisprudencia un doble fundamento para sostener la legitimidad constitucional de la asistencia sanitaria coactiva; uno de carácter contingente, pues únicamente concurre en determinados supuestos dado el *status* jurídico del individuo que soporta la restricción de sus derechos, y otro de alcance universal.

⁴⁶ “Por consiguiente, todo lo que dejamos expuesto nos conduce a la conclusión de que, desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida no vulnera dicho derecho fundamental, porque en éste no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 de la Constitución protege”, STC 120/1990/7.

⁴⁷ STC 120/1990/11.

⁴⁸ Es cierto, sin embargo, que excepcionalmente y precisamente en atención a las circunstancias concurrentes en determinados supuestos de hecho, el Tribunal ha reconocido la legitimidad constitucional de ciertas restricciones impuestas a los derechos fundamentales pese a no ser realizadas al amparo de una resolución judicial, vid., en tal sentido, STC 37/1989/7.

⁴⁹ STC 120/1990/4. Una recapitulación de las exigencias constitucionales para considerar legítimo un límite, en el supuesto de hecho a los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, en la STC 207/1996/4.

La contingencia del primero de ambos fundamentos se explica atendida la peculiaridad de que, hasta la fecha, el único supuesto en que el juez de la Constitución ha examinado la constitucionalidad de la asistencia sanitaria coactiva en sentido estricto, ha sido con ocasión del progresivo agravamiento del estado de salud de una serie de reclusos que habían decidido iniciar una huelga de hambre reivindicativa contra la política penitenciaria del Gobierno⁵⁰. En este sentido, dichos pronunciamientos se desenvuelven en el contexto de la relación especial de sujeción que media entre los presos y la administración penitenciaria a la luz de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE; un precepto cuya exégesis por parte del juez de la Constitución es en algún punto discutible.

En opinión del Tribunal, y tal y como se desprende de la norma constitucional mencionada, la reclusión en un centro carcelario determina que los presos se encuentren en una relación especial de sujeción respecto de la Administración penitenciaria que, entre otras consecuencias, determina el nacimiento de un complejo entramado de derechos y deberes entre ambos y que legitima el sometimiento de los derechos fundamentales de aquellos a limitaciones que no son aplicables a los ciudadanos libres. Dichas restricciones, sin embargo, habrán de ser siempre interpretadas en un sentido restrictivo que sea compatible “con el valor preferente de los derechos fundamentales”⁵¹. Los problemas surgen a la hora de determinar cuáles son esas eventuales restricciones y a qué derechos fundamentales son susceptibles de afectar.

En este contexto, y tal y como ha puesto de manifiesto alguno de los votos particulares emitidos a lo largo de esta serie jurisprudencial, el Tribunal ha realizado una interpretación del artículo 25.2 CE que, con relación a la asistencia sanitaria y más allá de las consecuencias materiales lógicamente derivadas de la reclusión, posibilitaría que el *status* iusfundamental de una persona enferma fuera diverso en

función de su situación de internamiento o libertad. Así, el juez de la Constitución ha interpretado el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), que obliga a la Administración penitenciaria a velar por la vida, la salud y la integridad de los presos, como un genérico derecho-deber que, en conexión con el artículo 25.2 de la Constitución, presta cobertura constitucional a la asistencia sanitaria prestada sin contar con el consentimiento del interno enfermo, en todos aquellos supuestos en los que su vida corra peligro⁵².

La doctrina que se acaba de exponer presenta, sin embargo, ciertas fisuras relativas al significado constitucional y al contenido de la LOGP. Así, y pese a las constantes precauciones acerca de que la relación especial de sujeción ha de ser interpretada en términos compatibles con los derechos fundamentales, lo cierto es que algunos pasajes de la doctrina constitucional sugieren una imagen de aquella como cheque en blanco en manos del legislador orgánico para restringir los derechos de los internos. Por el contrario, y tal y como sugieren otros pronunciamientos del Tribunal, parece razonable interpretar las potencialidades limitativas de derechos fundamentales de la remisión contenida en el artículo 25.2 CE, sin desvincularla del contexto en que se inserta; es decir, el ámbito penitenciario y las especialidades derivadas de la situación de reclusión⁵³. Ello permitiría, a su vez, una comprensión más coherente del deber que a la Administración impone el artículo 3.4 LOGP, cuyo significado, probablemente, no vaya más allá de las obligaciones que lógicamente derivan

⁵² STC 120/1990/6 y 8.

⁵³ “(...) la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos. Mas no es menos cierto que, pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, éstos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo ‘respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena’ (art. 3 LOGP)”, STC 57/1994/6; así, por ejemplo, y precisamente con relación a la asistencia sanitaria, el derecho fundamental a la vida sería uno de los derechos fundamentales de los que el recluso disfruta en las mismas condiciones que el ciudadano libre, STC 48/1996/1.

⁵⁰ Se trata de la serie jurisprudencial integrada por las SSTC 120 y 137/1990 y 11 y 67/1991.

⁵¹ STC 120/1990/6; en torno a estas cuestiones vid. ABA CATOIRA, A., La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos, *Tecnos, Madrid, 2001*.

del hecho de quedar los presos bajo la guarda y custodia de los poderes públicos. Nótese además que, considerada aisladamente y llevada a sus últimas consecuencias, la argumentación del Tribunal conduciría al curioso resultado de imponer al Estado un deber de protección de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral de los reclusos, de mayor intensidad que el dispensado al resto de ciudadanos.

En definitiva, conforme a una interpretación constitucionalmente adecuada del artículo 25.2 CE, la conclusión debiera ser que la situación jurídica de la persona enferma con relación a la asistencia sanitaria, es independiente de su condición de recluso o de ciudadano libre⁵⁴.

Pese a que en ocasiones la serie jurisprudencial objeto de este análisis parece sugerir lo contrario, el argumento central y de alcance universal utilizado por el juez de la Constitución para dotar de cobertura constitucional a la asistencia sanitaria coactiva, es la preservación de la vida humana como valor superior del ordenamiento jurídico-constitucional consagrado en el artículo 15.1 CE⁵⁵. En otras palabras, la restricción que la prestación no consentida de la asistencia médica significa respecto de los derechos funda-

mentales anteriormente mencionados, es constitucionalmente legítima por estar encaminada a la preservación de otro bien jurídico constitucionalmente protegido, en este caso, además, un bien de especial trascendencia constitucional, la vida humana. En definitiva, la legitimidad constitucional de la asistencia sanitaria no consentida ha de ubicarse en el contexto de las consideraciones realizadas *supra* en torno al significado y naturaleza del derecho fundamental a la vida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁶.

En este sentido, el juez de la Constitución se sirve de su caracterización como expresión de un valor superior del ordenamiento jurídico, la vida humana, para, una vez delimitado su contenido en términos exclusivamente negativos y reaccionales, proscribiendo así su consideración como derecho de libertad, apelar a su dimensión objetiva y justificar la asistencia sanitaria coactiva en términos de la preservación de aquellos bienes o valores que el derecho encarna. Se trata de un discurso marcadamente objetivo que prescinde en todo momento de la dimensión subjetiva del derecho. Nótese que el Tribunal ya había afirmado que el reconocimiento de la facultad de disponer de la propia vida suponía vulnerar el contenido esencial de un derecho fundamental dotado de una especial trascendencia en el ordenamiento constitucional como expresión de un valor superior del ordenamiento jurídico y supuesto lógico y ontológico del catálogo de derechos consagrado en la Constitución. A la luz de todo ello, afirmar la legitimidad constitucional de la asistencia sanitaria coactiva en todos aquellos supuestos en los que la vida del paciente esté en peligro resulta del todo cohe-

⁵⁴ Vid., en este sentido, los votos particulares formulados por los Magistrados Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Leguina Villa a la STC 120/1990.

⁵⁵ Pese a que el Tribunal trata en todo momento de contextualizar sus afirmaciones, lo cierto es que la doctrina que resulta finalmente de su argumentación posee una naturaleza marcadamente general. Por ello, en las conclusiones de la STC 120/1990 desaparece toda mención a dos argumentos aparentemente centrales: la relación especial de sujeción y la alegada ilicitud de la huelga iniciada por los reclusos; “En síntesis de todo lo expuesto, debemos finalizar con la conclusión de que la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial objeto del recurso de amparo no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados por los demandantes, ni en sí misma, ni en la forma y alcance con que ha sido autorizada, constituyendo tan sólo una limitación del derecho a la integridad física y moral garantizada por el art. 15 de la Constitución, y unida ineludiblemente a ella una restricción a la libertad física, que vienen justificadas en la necesidad de preservar el bien de la vida humana, constitucionalmente protegido, y que se realiza mediante un ponderado juicio de proporcionalidad, en cuanto entraña el mínimo sacrificio del derecho que exige la situación en que se hallan aquéllos respecto de los cuales se autoriza”, STC 120/1990/12. Nótese, a mayor abundamiento, que el Tribunal no reduce el anclaje constitucional del derecho-deber que a la Administración penitenciaria impone el artículo 3.4 LOGP a la relación especial de sujeción ex artículo 25.2 CE; yendo más allá, no oculta que dicho deber “tiene por finalidad (...) proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas”, STC 120/1990/8.

⁵⁶ “Siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un momento determinado, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindible necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger (...) Con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta casualmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es ‘un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ y ‘supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible’ (STC 53/1985)”, STC 120/1990/8.

rente⁵⁷. Ahora bien, precisamente como consecuencia de los requerimientos dimanantes del principio de proporcionalidad, y más allá de sus concretas exigencias dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso, la doctrina del Tribunal Constitucional sugiere supuestos en los que, pese a encontrarse la vida del individuo en evidente peligro, la imposición coactiva de una intervención médica no sería, sin embargo, constitucionalmente legítima atendida su gravedad⁵⁸.

VI.- Conclusiones.

Tal y como se ha sugerido a lo largo de las páginas anteriores, la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la asistencia sanitaria coactiva como límite constitucionalmente legítimo a ciertos derechos fundamentales, presenta importantes problemas e, incluso, manifiestas contradicciones⁵⁹. En este sentido, la norma constitucional ofrece argumentos que permiten construir una imagen distinta de la asistencia médica no consentida que excluya su legitimidad constitucional, al menos en aquellos supuestos en los que el rechazo a la intervención no conlleve riesgo o amenaza a bienes o derechos constitucionales ajenos. Para ello, además, ni siquiera es preciso explorar la posible existencia de una facultad de naturaleza iusfundamental que permita al individuo disponer libremente de su propia esfera vital.

Efectivamente, elaborar una interpretación alternativa de los derechos fundamentales involucrados en la asistencia sanitaria no consentida, puede hacer-

⁵⁷ Pese a que el Tribunal ha afirmado que la salud de las personas forma parte del objeto del derecho fundamental a la integridad física y moral e, incluso, del derecho fundamental a la vida, la misma no ha sido utilizada en su doctrina como fundamento constitucional de la asistencia médica no consentida. Esta no es, sin embargo, la línea seguida por el legislador sanitario, pues las normas que autorizan la intervención en la salud del enfermo sin necesidad de contar con su anuencia en los denominados supuestos de "urgencia vital", apelan, básicamente, a la existencia de un "riesgo grave para la integridad física o psíquica" o a la posibilidad de que el enfermo fallezca o padezca "lesiones irreversibles".

⁵⁸ STC 48/1996/2.

⁵⁹ No puede ocultarse, además, que la concepción del Tribunal conduce en el extremo a consecuencias difícilmente justificables a la luz del texto constitucional. Así lo pusieron de manifiesto, por ejemplo, algunos de los votos particulares a la serie jurisprudencial relativa a la huelga de hambre reivindicativa iniciada por un grupo de presos.

se desde un doble punto de vista no necesariamente acumulativo. Por una parte, defendiendo que la Constitución consagra un derecho fundamental a disponer de la propia vida y, por otra, argumentando independientemente de lo anterior que, a la luz de la norma fundamental, una intervención médica realizada contra la voluntad expresa del paciente, y sin que dicha negativa suponga afección alguna en bienes o derechos constitucionales ajenos a su esfera jurídica, es constitucionalmente injustificable.

Comenzando por el primero de ambos puntos de vista, desde una concepción dinámica de los derechos fundamentales y a la luz de algunos de los datos que ofrece la norma constitucional, es posible defender que, actualmente, quizá una concepción puramente negativa y reaccional de los derechos consagrados en el artículo 15.1 CE como la mantenida por el Tribunal Constitucional es insuficiente. En este sentido, no puede ocultarse que los avances experimentados por la ciencia médica a lo largo de las últimas décadas, unido a un progresivo cambio en la naturaleza de las relaciones médico-paciente, ha determinado que la configuración actual del contexto médico asistencial esté presidida por el principio de autonomía del primero y por un complejo entramado de derechos y obligaciones que une a ambos. No se trata tan sólo, por lo tanto, de que el ordenamiento jurídico haya modelado paulatinamente la asistencia sanitaria, entre otras, en términos de derechos y de obligaciones de los sujetos implicados, sino que, asimismo y con carácter previo, la ciencia médica ha dotado de contenido, desde un estricto punto de vista material, a dichas facultades y deberes. En otras palabras, no se trata tan sólo de que el derecho haya reconocido al paciente la facultad jurídica para decidir por sí mismo, sino que el progreso de la ciencia médica le proporciona, y continuamente incrementa, dichas posibilidades materiales de decisión.

En este contexto, parece cuando menos razonable propugnar una comprensión de los derechos fundamentales implicados que trascienda la delimitación de algunos de ellos como derechos puramente reaccionales; una concepción que, si plausible en otro tiempo, actualmente parece excesivamente estrecha y desbordada por la realidad del vigente marco sanitario.

En esta línea de razonamiento, Constitución y jurisprudencia constitucional ofrecen algunos datos que permiten postular la consagración constitucional de una facultad de naturaleza iusfundamental para disponer de la propia esfera vital sin menoscabo de derechos o de bienes jurídicos ajenos constitucionalmente protegidos. Para ello, además, existiría una doble línea argumental. Por una parte, construir los derechos fundamentales proclamados en el párrafo primero del artículo 15 CE como derechos de libertad. Por otra, considerar dicha potestad como manifestación del ejercicio de la libertad ideológica y religiosa consagrada en el artículo 16.1 CE. Con relación a esta segunda vía ha de llamarse la atención, sin embargo, sobre el hecho de que plantearía problemas con relación a supuestos de puro voluntarismo, si bien difícilmente imaginables, y, además, que constituye un importante factor en aras de una interpretación positiva del contenido de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral.

Efectivamente, desde una comprensión sistemática del texto constitucional, existen importantes elementos para una delimitación positiva de los derechos fundamentales proclamados en el primer inciso del artículo 15.1 CE. Fundamentalmente, el “valor superior del ordenamiento jurídico” libertad (artículo 1.1 CE), el libre desarrollo de la personalidad como “fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1 CE) o los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa como garantes de la capacidad del individuo para enjuiciar la realidad con arreglo a sus personales convicciones y de actuar consecuentemente con ellas dentro del marco constitucional (artículo 16.1 CE). Proyectados sobre los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, estos factores contribuirían a delimitar en sede constitucional un espacio de libertad individual caracterizado, principalmente, “por la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” y la consiguiente “pretensión de respeto por parte de los demás”⁶⁰. Por ello, por ejemplo, la decisión de someterse a una grave operación quirúrgica

de eficacia discutida, “aunque con finalidad curativa, es personalísima y libérrima formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida”⁶¹; o la esfera de *agere licere* con arreglo a las propias convicciones que deriva de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa, no conoce otras limitaciones que las que dimanen del respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente⁶².

Es esta última precisión la que entronca con la segunda perspectiva anteriormente aludida y en la que radica, más allá de una u otra concepción de los derechos fundamentales involucrados en la asistencia sanitaria no consentida, la auténtica clave para una interpretación constitucionalmente adecuada de su naturaleza. La cuestión no sería tanto si la Constitución proclama un derecho fundamental a disponer de la propia vida, cuanto si el sistema de derechos fundamentales consagrado por la norma fundamental tolera que se imponga a un individuo una asistencia sanitaria en contra de su voluntad cuando no están en juego derechos o bienes constitucionales ajenos. La respuesta ha de ser necesariamente negativa.

El rasgo fundamental, y sin duda el más preocupante, de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional acerca del contenido y significado de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, es su excesivo apego a un discurso de marcado carácter objetivo proclive a razonar a partir de bienes y valores. Si bien ello pudiera parecer adecuado cuando se trata de enjuiciar la constitucionalidad abstracta de una norma, no parece razonable cuando de lo que se trata es de determinar si ha existido una vulneración de un derecho fundamental en un recurso de amparo. Los riesgos de dicha metodología, que es la que conduce al Tribunal a afirmar, por ejemplo, que la vida es un valor superior del ordenamiento jurídico, ya fueron advertidos en su día por algunos de los magistrados que formularon votos particulares a la STC 53/1985. Es precisa-

⁶⁰ STC 53/1985/8, *ante citada*.

⁶¹ STC 48/1996/2.

⁶² En esta específica materia, SSTC 120/1990/10, 166/1996/2, 141/2000/4 y 154/2002/7.

mente este modo de proceder el que explica la forma en la que el juez de la Constitución ha resuelto, hasta la fecha, los supuestos de asistencia sanitaria coactiva sobre los que se ha pronunciado: concibiéndola como un límite constitucionalmente legítimo a ciertos derechos fundamentales del ciudadano, con independencia de la afectación de bienes o derechos constitucionales ajenos a su esfera jurídica. Es decir, limitando los derechos fundamentales del individuo en virtud de un juicio de proporcionalidad construido sobre derechos y bienes cuyo titular es el propio ciudadano afectado por la restricción⁶³.

Todo ello genera la sensación de que, pese a determinadas afirmaciones, el Tribunal concibe la protección constitucional de la vida de un modo *cua-siabsoluto* que, entre otras consecuencias, conduce a su peligrosa conversión en una suerte de deber nada menos que de naturaleza constitucional. Así, por ejemplo, y en aras de la preservación del “bien” o “valor” “vida humana” dimanante del derecho fundamental a la vida del recurrente en amparo, el Tribunal no ha mostrado reparos en limitar sus derechos a la integridad física y moral o a la libertad ideológica o, más abiertamente, en realizar juicios de ponderación para resolver hipotéticos conflictos entre el derecho fundamental a la vida del demandante y sus derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la libertad ideológica. Todo ello cuando resulta evidente que, por construcción, no pueden existir conflictos entre derechos fundamentales, o entre derechos y bienes, de los que es titular una misma persona. Por ello, por ejemplo, el artículo 10.1 de la Constitución alude al respeto “a los derechos *de los demás*” como fundamento del orden político y de la paz social.

Probablemente, estas cuestiones tienen su origen en una errónea concepción del significado y naturaleza de la dimensión objetiva que poseen los derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático. Como se sabe, la doctrina de la doble dimen-

sión de los derechos fundamentales, con origen en la doctrina científica y jurisprudencial germanas, propugna que a su tradicional consideración como derechos subjetivos, es decir, como haz de facultades o posibilidades legítimas de actuación, se añade o superpone otra con arreglo a la cual los derechos fundamentales son, al mismo tiempo, normas de principio de carácter jurídico objetivo. Ello significa que tanto el sistema de derechos fundamentales en su conjunto, como cada uno de los derechos individualmente considerados, integran un orden objetivo de valores que orienta e impulsa la acción de los poderes públicos como “fundamento del orden político y de la paz social”. La norma fundamental habría incorporado esta dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales, artículos 1.1 y 10.1 CE, y algunas de las consecuencias de ello derivadas, artículos 1.1 y 9.2 CE.

En suma, la doble dimensión de los derechos fundamentales alteraría, como ha declarado el Tribunal Constitucional, la tradicional posición de los poderes públicos con relación a ellos, pues sus obligaciones no se reducirían a la prohibición de no lesionar el ámbito de libertad que garantizan al individuo, vinculación negativa, sino que le impondrían además el deber de adoptar todas aquellas medidas que, dentro de las posibilidades fácticas y *jurídicas*, se orienten a lograr su efectiva vigencia, vinculación positiva. Por ello, los derechos fundamentales no son sólo límites al poder, sino líneas directrices que orientan su actuación.

Sin embargo, esta doctrina parece haber posibilitado algún entendimiento de los derechos fundamentales que compromete seriamente su indemnidad. Básicamente, al hilo de su vertiente objetiva se transforma la naturaleza de los derechos fundamentales que, de ser primariamente derechos subjetivos, quedan convertidos en institutos, bienes o valores a los que se atribuye un determinado contenido o fines y a cuyo cumplimiento se subordinan vertiente subjetiva y acción de los poderes públicos⁶⁴. Es decir, no

⁶³ Ello es especialmente llamativo en las SSTC 11 y 67/1991, donde se asiste a la interposición de sendos recursos de amparo por parte del Ministerio Fiscal en aras de la preservación de los derechos fundamentales a la vida de unos ciudadanos que se personan en el proceso en defensa del acto de los poderes públicos pretendidamente lesivo de sus derechos.

⁶⁴ En torno a estas cuestiones es clásica la cita de BÖCKENFÖRDE, E. W., Escritos sobre derechos fundamentales, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, traducción de REQUEJO PAGÉS, J. L. y VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., pp.

sólo se posterga lo que los derechos fundamentales primariamente son, derechos subjetivos, sino que se los somete además a peligrosas funcionalizaciones tanto más inquietantes cuanto se basan en entendimientos interesados, y de dudosa constitucionalidad, de los bienes, valores o institutos que pretendidamente encarnan y que, derivados inicialmente de su vertiente subjetiva, llegan a oponerse a ella para limitarla o instrumentalizarla. Se va incluso más allá, y se pretende hacer derivar de dichos bienes o valores obligaciones de los poderes del Estado constitucionalmente implícitas.

Sin embargo, los derechos fundamentales son, ante todo, derechos subjetivos, sin que tal naturaleza quede empañada por el hecho de reconocer que constituyen una apuesta de valor y un especial compromiso del constitucionalismo democrático, como claramente se infiere, entre otros, de los artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 53.1 CE. Afirmar, como hace nuestro texto constitucional, que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, junto al libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social, pone de manifiesto que la sociedad, como comunidad políticamente organizada, se construye, entre otros, sobre el respeto a los derechos fundamentales, de los que son titulares las personas no de modo aislado sino en el marco de las relaciones sociales. El compromiso que el constitucionalismo democrático adquiere con los

derechos fundamentales no trueca su naturaleza, que esencialmente permanece inalterada y es sobre la que se proyecta la denominada dimensión objetiva, que no busca sino garantizar su efectiva vigencia en el seno de la comunidad como lo que son, derechos subjetivos.

En suma, dimensiones objetiva y subjetiva no hacen referencia a dos tipos de contenidos de los derechos fundamentales, sencillamente describen su significado en el Estado democrático constitucional delimitando la posición de los poderes públicos con relación a ellos: la sociedad se construye sobre el respeto a los derechos fundamentales de los que son titulares sus miembros, garantizando los poderes públicos su efectiva y real vigencia a través de obligaciones de naturaleza negativa y positiva.

A la luz de todo ello, y tal y como se desprende del artículo 10.1 CE, la Constitución no tolera la imposición de restricciones a los derechos fundamentales del individuo al amparo de la pretendida preservación de sus propios bienes o derechos; es decir, cuando su conducta no supone ninguna amenaza a bienes y derechos ajenos constitucionalmente protegidos. Desde este punto de vista, imponer un determinado tratamiento médico en contra de la voluntad expresa del paciente en las condiciones referidas, no constituye un límite constitucionalmente legítimo a sus derechos fundamentales sino, más sencillamente, su manifiesta vulneración.

EL SERVICIO PÚBLICO SANITARIO EN ESPAÑA ANTE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Jesús Punzón Moraleda
Francisco Sánchez Rodríguez
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CULTURA, SALUD Y SOCIEDAD. III. LA INFLUENCIA DEL HECHO RELIGIOSO EN LOS CENTROS DE SALUD PÚBLICOS: LA CONGREGACIÓN CRISTIANA DE LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen

En este artículo se analiza uno de los puntos conflictivos existentes entre las relaciones del Estado y las confesiones religiosas, en concreto, la divergencia entre los dictados religiosos y lo normado por la legislación estatal. Desde ámbitos tan diversos como la sociología y el derecho hemos estudiado como el valor de la libertad religiosa en España ha sido fuente de problemas en el ámbito sanitario respecto los Testigos de Jehová y sus creencias relativas a la prohibición de ser objeto de transfusiones de sangre. De una perspectiva negativa inicial se ha ido logrando una actitud más permisiva que sobrealza la autonomía del paciente a tratamientos médicos que consideren que atentan a su visión de persona como sucede 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.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo analizamos las relaciones existentes entre el hecho religioso y la invertebración de la sociedad. Al igual que sucede con el Derecho administrativo que camina a la par de la vida de una persona, desde que nace hasta que muere, lo mismo sucede con el hecho religioso en la vida humana pues si bien, en ocasiones, no se percibe su influencia de forma directa, indirectamente si, tal y como sucede con el calendario occidental y la cronología histórica que toman como punto de partida en occidente el nacimiento de Jesucristo.

Del conjunto de todas las interacciones existentes entre el hecho religioso y la vida societaria en este artículo vamos a analizar el problema que suscita en los hospitales que haya personas que debido a sus creencias religiosas no admitan tratamientos médicos que son considerados por algunos de los responsables públicos sanitarios como aquellos que deben ser aplicados y a los que los pacientes deben *sujetarse*. Debido a la falta de espacio material determinada por la editorial de la revista no podemos analizar toda la casuística jurisprudencial y práctica

existente respecto todas las confesiones religiosas presentes en España pues su estudio daría como resultado necesario la conformación de una enciclopedia¹. Por ello nos centramos en la problemática suscitada por la Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová –en adelante CCTJ- y su no admisión de tratamientos médicos en los que se prevea la transfusión de sangre. Su estudio nos servirá para poner de relieve los límites de la autonomía del ciudadano frente al Estado y quién predomina, sobre todo cuando están apareciendo estudios médicos que muestran como el uso de tratamientos alternativos a la transfusión de sangre favorece más a la preservación salud y, en algunos hospitales públicos, no se dispone de medios técnicos y humanos que permitan evitar el uso de sangre y transfusiones debido a múltiples factores. En este supuesto concreto se podría exponer que la característica *roullaniana* del servicio público de su actualidad no es tal pues aún conociendo las ventajas que se obtienen no se utilizan estos medios.

¹ *Al menos podemos recordar lo que sucede respecto la confesión religiosa de la Iglesia de Jesucristo del Séptimo Día en cuyo manual básico para poseedores del sacerdocio, Parte B (páginas 215-216), se determina que ante una enfermedad se deben utilizar los medios sanitarios disponibles de la etnomedicina siendo también posible aplicar como remedio de cura la bendición sacerdotal. Tal y como viene descrito en este manual: "en general, si ocurre una enfermedad seria, la mejor ayuda médica disponible la proporciona un médico o un hospital. No sólo debemos acudir a los médicos o a las clínicas de salud cuando estemos enfermos, sino que también debemos pedirles que nos capaciten con respecto a los buenos hábitos de higiene (...) Desafortunadamente, algunas personas creen que el hecho de acudir a un médico demuestra falta de fe en el Señor. Es cierto que el Señor espera que pongamos en práctica nuestra fe y el poder del sacerdocio cuando estamos enfermos, pero también espera que aprovechemos los servicios y el conocimiento médico que disponemos. En la actualidad existen muy buenos y variados recursos para mantener la buena salud; en consecuencia, la mayor parte de las enfermedades y dolencias pueden curarse o prevenirse. El Señor espera que aprovechemos estos recursos para prevenir y curar enfermedades y también espera que hagamos todo lo que podamos por los enfermos, lo que requiere que hagamos uso de las prácticas modernas de la medicina y que ejerzamos la fe, la oración y el poder del sacerdocio. Si hacemos esto y es la voluntad del Señor, el enfermo puede sanarse".*

El ejemplo concreto de la CCTJ en correlación con la existencia de medios alternativos a las transfusiones de sangre y el valor constitucional de libertad religiosa nos muestra un ejemplo concreto de los problemas existentes en una sociedad multicultural que cuenta con diversas definiciones de lo que debe entenderse por salud, y de ciertas mal interpretaciones que se suceden a la hora de la interacción entre las creencias religiosas y algunos servicios sociales especializados garantizados por el Estado.

Nuestro estudio analiza cuál ha sido la respuesta del derecho y nos pone de relieve las relaciones estrechas existentes entre el hombre, la enfermedad, la cultura y el Derecho. En el ejemplo preciso de las transfusiones de sangre y la CCTJ podemos percibir cómo son las relaciones del hombre y el Estado, si cada persona es libre en su vida, si los poderes públicos no deben inmiscuirse en las creencias religiosas siempre que no se altere el orden público, y si frente a mandatos normativos por parte del Estado debe o puede prevalecer la escala de valores personales. La cuestión no es nada baladí, sobre todo en estos momentos en los que el gran ideal que se nos muestra por los medios de comunicación consiste en tener garantizados suficientes medios económicos para lograr una vida lo más cómoda posible², pues si la pervivencia a una comunidad no se encuentra asociada a ideales nadie hará nada que no sea recompensado. Sin el auxilio de una recompensa no se actuará en una determinada dirección pues no se considera que sea rentable una determinada acción. Un ejemplo de ello es quién estaría predispuesto a perder su vida por el ideal de la patria en la actualidad. Si la bandera se la considera únicamente como un conjunto de telas y colores no se logrará movilizar al ejército pues nadie pierde su vida por algo que no considera como importante y que no se paga de ninguna forma. El elemento simbólico goza de gran importancia pues si un individuo es capaz de perder su vida por un ideal, el Estado nada, o muy poco, podrá hacer por cambiar estas ideas de sus nacionales cuando se encuentren basadas en la defensa de sus convicciones religiosas que garantizan la vida

² *Vid, al respecto, la interpretación sociológica de la sociedad de las cuatro esquinas.*

después de la muerte y el logro de un futuro mejor que la vida actual. Y, frente a cualquier acción motivada por este ideal, y que el Estado lo considere una intromisión en el orden público establecido, el Estado únicamente puede utilizar elementos coactivos que a la larga se muestran insuficientes como sucede, por ejemplo, con los hermanos musulmanes en Egipto que cada día cuentan con más aceptación en la ciudadanía.

II. CULTURA, SALUD Y SOCIEDAD

Debemos señalar, a la hora de comenzar este epígrafe, que existe una amplia interrelación entre la cultura y los sistemas de salud presentes en una sociedad pues la cultura impregna el ser humano y su realidad. La cultura y las creencias religiosas influyen de forma importante sobre las personas, sobre sus formas de vida, sobre sus discursos de la salud y la enfermedad, así como, en definitiva, para entender qué es el ser humano y la sociedad que conforma al individuo. Por ello no debe extrañarnos que en un mismo Estado subsistan formas diferentes de percibir la enfermedad, así como interpretaciones sobre la licitud o no de ciertas praxis médicas (vid, al respecto, N. Matteucci, *Il liberalismo in un mondo in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 1998). Únicamente en un estado natural como el prefigurado por Rousseau la sociedad y las creencias religiosas no configurarían tal influencia. El problema radica en que la configuración estatal se encuentra diversificada entre las ideas hobbesianas que retoman a Plauto y su *homo homini lupus*, y las ideas más democráticas de Locke. Ambas visiones hay que ponerlas en relación con la medicina occidental y su lucha para mantener su preponderancia utilizando al derecho e impidiendo, en muchas ocasiones, otros tratamientos alternativos cuando el médico haciendo uso del argumento de autoridad frente cuando ante cualquier petición de información o de tratamiento alternativo por parte de los pacientes afirma que "yo soy el especialista" y *con eso basta*. No nos encontramos con el fiel ejecutor hipocrático que busca salvaguardar la integridad física de los pacientes sino ante quien determina lo que es bueno y lo que perjudica, así como el tratamiento diagnóstico y terapéutico que se

debe seguir convirtiéndose el médico en el *pater sacrum salutatis*.

Ya nos encontremos en una sociedad donde prevalezca una visión estatal hobbesiana o una visión estatal lockesiana, en cualquiera de estas sociedades se percibe la gran importancia que tienen las creencias en estas sociedades pues las creencias ofrecen criterios precisos sobre lo que está permitido y lo que no está permitido, lo que se tiene que hacer y no hacer, y cuál es la finalidad de la vida y lo que deben realizar los hombres para alcanzar la sabiduría y la felicidad. Estas creencias religiosas configuran lo que es el cuerpo, qué es el ser humano, el sentido de la enfermedad (así, por ejemplo, no es de extrañar como subsisten como tales enfermedades como el mal de ojo, maldiciones y los embrujos ejemplo de lo cual encontramos en los numerosos anuncios de las televisiones y los periódicos que ofrecen medios para estas curaciones), y qué tratamientos médicos deben ser utilizados por su licitud. Igualmente, las creencias religiosas determinan qué alimentos pueden ser consumidos y aquellos cuyo consumo conlleva tabúes, castigos o penalidades. Por ejemplo, un creyente de la iglesia de Jesucristo del Séptimo Día que beba bebidas prohibidas como, por ejemplo, un café, no puede entrar en el templo pues es considerado impuro³. Y un musulmán tiene establecido ciertos

³ *En la ley de Sabiduría dada por Dios a José Smith (Ohio 27 de febrero de 1833), se proscriben el uso del vino, de las bebidas fuertes, del tabaco y de las bebidas calientes, se decretan las hierbas, las frutas, la carne y el grano para el uso del hombre y de los animales y, entre otras más cosas, se establece que la obediencia a las leyes del evangelio, incluso a la Palabra de Sabiduría, trae bendiciones temporales y espirituales. En concreto, la ley de sabiduría determina que:*

" 1 UNA Palabra de Sabiduría para el beneficio del consejo de sumos sacerdotes reunido en Kirtland, y la iglesia, y también los santos de Sión

2 —para ser enviada por vía de salutación; no por mandamiento ni restricción, sino por revelación y la palabra de sabiduría, demostrando el orden y la voluntad de Dios en la salvación temporal de todos los santos en los últimos días—

3 dada como un principio con promesa, adaptada a la capacidad del débil y del más débil de todos los santos, que son o que pueden ser llamados santos.

4 He aquí, de cierto, así os dice el Señor: Por motivo de las maldades y designios que existen y que existirán en el corazón de hombres conspiradores en los últimos días, os he amonestado y os prevengo, dándoos esta palabra de sabiduría por revelación:

5 Que si entre vosotros hay quien beba vino o bebidas fuertes, he aquí, no es bueno ni propio a los ojos de vuestro Padre, sino cuando os reunís para ofrecerle vuestros sacramentos (nota: se consideran bebidas fuertes las bebidas alcohólicas como el licor, el vino y la cerveza. El alcohol

alimentos *haram* y otros *hamal*, una diferenciación presente siempre a lo largo de su vida como criterio de actuación personal y social.

Como señalaba hace años George D. Spindler en su artículo sobre la transmisión de la cultura, las creencias no se suceden en un apartamento estanco pues *sufren impactos masivos procedentes del exterior*, y los grupos culturales se aferran a sus peculiaridades no tanto para mantener su diferenciación

no se debe usar como bebida, sino más bien para limpiar el cuerpo y como desinfectante).

6 *Y he aquí, éste debe ser vino, sí, vino puro de la uva de la vid, de vuestra propia hechura.*

7 *Y además, las bebidas fuertes no son para el vientre, sino para el lavamiento de vuestros cuerpos.*

8 *Y además, el tabaco no es para el cuerpo ni para el vientre, y no es bueno para el hombre, sino que es una hierba para magulladuras y para todo ganado enfermo, que se ha de usar con juicio y destreza.*

9 *Y además, las bebidas calientes no son para el cuerpo ni para el vientre (nota: las bebidas calientes son el café y el té).*

10 *Y además, de cierto os digo que Dios ha dispuesto toda hierba saludable para la constitución, naturaleza y uso del hombre:*

11 *Cada hierba en su sazón y cada fruta en su sazón; todas éstas para usarse con prudencia y acción de gracias (nota: la fruta en su sazón es la fruta del tiempo).*

12 *Sí, también la carne de las bestias y de las aves del cielo, yo, el Señor, he dispuesto para el uso del hombre, con acción de gracias; sin embargo, han de usarse limitadamente;*

13 *y a mí me complace que no se usen, sino en temporadas de invierno, o de frío, o hambre.*

14 *Se ha dispuesto todo grano para el uso del hombre y de las bestias, como sostén de vida; no solamente para el hombre, sino para las bestias del campo, las aves del cielo y todo animal silvestre que corre o se arrastra sobre la tierra;*

15 *y a éstos Dios los ha hecho para el uso del hombre, sólo en tiempo de carestía y hambre extremada.*

16 *Todo grano es bueno para alimentar al hombre, así como también el fruto de la vid; lo que produce fruto, ya sea dentro de la tierra, ya sea arriba de la tierra;*

17 *sin embargo, el trigo para el hombre, el maíz para el buey, la avena para el caballo, el centeno para las aves, los puercos y toda bestia del campo, y la cebada para todo animal útil y para bebidas moderadas, así como también otros granos.*

18 *Y todos los santos que se acuerden de guardar y hacer estas cosas, rindiendo obediencia a los mandamientos, recibirán salud en el ombligo y médula en los huesos;*

19 *y hallarán sabiduría y grandes tesoros de conocimiento, sí, tesoros escondidos (nota: la sabiduría es el sabio uso del conocimiento. Todo lo que se aprenda en la vida permanece con posterioridad a la resurrección como un grado más. La importancia de conocer cuanto más de las revelaciones es que cuanto más conocen y practican más se parecen al Padre Celestial, y son mejores hijos, padres y esposos, y tienen más capacidad para dar mejores consejos y bendiciones, y sabrán ejercitar mejor los cargos en la Iglesia encomendados).*

20 *y correrán sin fatigarse, y andarán sin desmayar.*

21 *Y yo, el Señor, les prometo que el ángel destructor pasará de ellos, como de los hijos de Israel, y no los matará. Amén”.*

respecto los otros sino para no perder lo que son que desean seguir siéndolo. Un ejemplo de ello lo encontramos en la República del Perú con la bebida del Inkacola y el mate en la República de Argentina, pues algunos de sus ciudadanos encuentran en estas bebidas un signo de identidad y de pervivencia a una identidad, e incluso también un sentimiento de lucha, frente al *yanqui*, al extraño que pretende colonizar hasta las bebidas que toman.

Dado que centramos nuestro estudio sobre las relaciones entre el hecho religioso y los servicios públicos sanitarios, en concreto sobre las transfusiones de sangre, debemos tener presente que la sangre constituye un elemento muy importante en las concepciones de vida en muchas culturas, sobre todo cuando las concepciones religiosas determinan lo que es la vida y la muerte sin que el individuo pueda efectuar una mínima elección al respecto. Para muchas de las culturas de nuestro tiempo la sangre es una variable muy importante en la vida diaria pues se entiende que la sangre es la que da la vida e impregna al ser humano como *ens*.

Ciertamente la sangre goza de mucha importancia para muchas civilizaciones pero, no obstante, no debemos olvidar el hecho de que la sangre, así como los modelos existentes de salud y enfermedad, es percibida de forma diferente en muchas culturas pues no existe un único modelo de biomedicina occidental, al igual que no todos los países pertenecientes a una misma esfera de influencia económica gozan de una uniformidad de sus sistemas sanitarios. Cada modelo cultural de salud y enfermedad determina de forma explícita los límites de la anatomía del ser humano, quiénes son profesionales de la salud (vid, por ejemplo, la inserción o no en un sistema público de salud de un naturopata, o de la aceptación o no de la medicina tradicional china), las técnicas curativas y lo que puede salir o entrar en el cuerpo (vid, en este sentido la nanotecnología y las diferencias de tratamiento en el ordenamiento español y en el Derecho italiano -el chip insertado en el hospital Spalanzani en Roma, prohibido por la agencia della privacy al atentar contra el derecho de intimidad del enfermo-), de tal forma que las intervenciones quirúrgicas son observadas de forma diferenciada y son permitidas o no conforme a lo dispuesto a los modelos cul-

turales de salud y enfermedad. Por ejemplo, en muchas culturas como la aymara en el altiplano boliviano las operaciones quirúrgicas se encuentran asociadas a la biomedicina y no son aceptadas por la población y sus modelos culturales. Y, aún más, hay enfermedades que la biomedicina no puede curar, e incluso explicar, pero que permanecen e influyen en la psique de la persona enferma como sucede ante supuestos de maldiciones y males de ojo frente los cuales perviven plegarias, ensalmos, conjuros y curanderas que junto con emplastes, curaciones de torceduras vuelven a lo normal lo que ha surgido de una maldición.

La pervivencia de diferentes *miradas* respecto la medicina también lo percibimos en nuestra sociedad occidental pues no existe una imagen idealizada de la biomedicina que sea aceptada de forma totalizante por todo el mundo pues como hemos ya puesto de relieve esta imagen depende de las condiciones sociales, culturales, económicas y religiosas existentes. En esta imagen tiene gran importancia la mirada desde la religión pues la medicina no siempre alcanza el bienestar absoluto del paciente y cuando se acaba la esperanza que aporta un tratamiento médico, basado en muchas ocasiones en el aprovechamiento científico de moléculas por medio de la química, y ante la muerte solamente cabe esperar en el Absoluto, la fortuna o el azar. No solamente importa la muerte pues también nos espera el juicio sobre el *amor cívico* al que todos estamos llamados en nuestra conciencia pues como señalaba Hans Jonas todo hombre es responsable de edificar el mundo y de interesarse por el bien común.

El hombre frente a la muerte percibe que no puede disponer de todo y que no domina por entero la naturaleza. Lo Absoluto predispone lo que se debe hacer y muchas personas ante la contraposición entre la lucha entre lo Absoluto y la biomedicina toman sus decisiones de conformidad con las disposiciones de lo Absoluto: la otra vida, lo que nunca se acabará, lo que no tiene final a diferencia de la muerte. Con lo cual frente a las prácticas tradicionales de la biomedicina, ciertas personas, y modelos culturales diver-

sos como el quechua, anteponen sus preceptos religiosos a la biomedicina⁴.

La visión de la religión configura qué debe entenderse por enfermedad, por salud y la vida. La conciencia está más allá de las leyes y para los seres humanos elegir su forma de vida es más importante sobre todo cuando sobre la vida actual pende una espada de Damocles que cae sin misericordia y que transforma el cuerpo inmortal en un cuerpo fugaz que es incapaz de volar y escapar. Y como señala Lèvi Strauss la vida humana se *plenifica* en la comunidad y por ello no es que solamente la religión determine la salud pues hace que se compartan los ideales en comunidades extensas y sobretudo en la familia pues ningún padre no da a su hijo lo que no quiere para él pues si para los padres goza de gran importancia la otra vida – la religión- eso también tiene importancia para sus hijos y la comunidad de creyentes donde hacen visible su socialidad.

De todo lo expuesto hasta el momento, se percibe como la enfermedad constituye un fenómeno cultural complejo, y para determinar lo que se considera como estar enfermo tiene gran importancia el hecho cultural y la sociedad. Como señala el antropólogo W.H.R. Rivers en su ya artículo clásico *Cultura y Medicina entre los cheyenes, los dobus y los tonga*, la medicina no constituye más que un modelo cultural pues “si la medicina no fuera más que una reacción casi biológica de la sociedad hacia el hecho de la enfermedad en general, sin la interferencia de amplias tendencias culturales, difícilmente podríamos entender tanto el impresionante olvido de lo evidente y la penosa y costosa adhesión a lo que es ineficaz o nocivo en ciertas sociedades, como los milagrosos logros y progresos en otras”.

III. LA INFLUENCIA DEL HECHO RELIGIOSO EN LOS CENTROS DE SALUD PÚBLICOS: LA CCTJ

En el título del artículo alertábamos sobre la previsible relación entre los movimientos religiosos

⁴ Por ejemplo, la CCTJ, tomando la Biblia afirma que: “...el mundo va pasando, y también su deseo, pero el que hace la voluntad de Dios permanece para siempre” (1Jn 2, 17).

y el sistema sanitario público. Unas veces estas relaciones serán perfectas pero estas relaciones, en ocasiones, pueden ser difíciles y fuente de problemas. Ciertamente la libertad religiosa puede ocasionar en ocasiones problemas y uno de ellos se presenta respecto la CCTJ y su no admisión de transfusiones de sangre (en concreto, sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas y plasma sanguíneo) debido a sus firmes convicciones religiosas. En relación con su no admisión de transfusiones de sangre hemos de señalar que esta prohibición por igual sucede respecto la autotransfusión preoperatorio – PAD- (recogida de sangre preoperatoria y el *almacenamiento de la sangre* para su posterior reinfusión) que se acepta siempre que la bomba de la máquina cardiopulmonar se cebe con fluidos hemáticos.

El problema ha tenido connotaciones graves hasta fecha reciente cuando ya se permite de una forma más precisa la objeción de conciencia y la validez jurídica de una expresión de libre voluntad frente la obligatoriedad de un tratamiento médico que era impuesto de forma imperativa por parte de los equipos médicos (recordemos que hasta no hace

muchos años no siempre frente a un diagnóstico médico era posible solicitar un segundo diagnóstico por otro especialista).

Debemos comenzar señalando que la no admisión de las transfusiones de sangre constituye un problema puntual pues no se debe olvidar que si bien los testigos de Jehová no admiten las transfusiones de sangre ésto no significa que estén en contra de la medicina y los planteamientos *etnomédicos* pues, por ejemplo, acuden a los hospitales y a las consultas médicas de los centros sanitarios para preservar su salud cuando perciben que se encuentran enfermos. E incluso, no obstante, a diferencia en ciertas ocasiones por parte de algunos musulmanes, los testigos de Jehová permiten que se realicen trasplantes de órganos ya que la Biblia no prohíbe la introducción en el cuerpo de tejido o hueso de otro humano.

Un cuadro explicativo de lo permitido y no permitido es el siguiente:

PRAXIS MÉDICA Y COMPONENTES DE LA SANGRE PROHIBIDOS	PRAXIS MÉDICA Y COMPONENTES DE LA SANGRE PERMITIDOS
<p>Sangre completa Plasma Glóbulos blancos (leucocitos) Glóbulos rojos Plaquetas Almacenar la sangre propia del paciente para facilitar futuras transfusiones</p>	<p>Para estimular la producción de glóbulos rojos se puede hacer uso de la eritropoyetina; respecto la producción de plaquetas el uso de la interleuquina 11, y respecto los glóbulos blancos el uso de GM-CSF y G-CSF.</p> <p>Para mantener el volumen sanguíneo y evitar choque hipovolémico se pueden utilizar soluciones salinas, lactato de Ringer, u otros fluidos espansores del plasma.</p> <p>Para detener hemorragias y cubrir tejidos sangrantes se pueden utilizar apósitos de colágeno y celulosa y selladores de fibrina.</p> <p>Frente a quemaduras y hemorragias grandes se puede utilizar albúmina.</p> <p>Para inmunoglobulinas (globulinas gama) se pueden utilizar inyecciones cólera.</p> <p>Los hemofílicos pueden hacer uso de factores VIII y IX.</p> <p>Es lícita la desviación de la sangre del paciente a través de una máquina de diálisis u otro tipo de desviación donde la "circulación extracorpórea no se</p>

interrumpa" (en este sentido encontramos la bomba cardio-pulmonar, y la máquina de hemodiálisis que es utilizada como riñón artificial).

La creencia religiosa respecto la negatividad de las transfusiones de sangre se encuentra establecida en la Biblia que para un creyente de la CCTJ constituye algo más que una constitución para un ciudadano⁵. Parafraseando a Otto Mayer, y tomando en correlación con la Biblia su visión del Derecho administrativo relativa a que el Derecho constitucional muta mientras que el Derecho administrativo permanece. Esto es parangonable respecto aquellas personas que han dado, o están predispuestas, a dar su vida por sus ideales de la patria y del Estado que son considerados por la sociedad como héroes. Frente a estos ideales el mundo occidental día a día por motivos de la globalización, la pérdida del ideal de comunidad, y el consumismo desenfrenado fomentado

por la ideología capitalista, se nos muestra como si fuera guiado por una tenue y melancólica luz. Recordando a Popper nuestra sociedad abierta ya no es tal pues no desconocemos nuestro destino al no dejarnos guiar en nuestro ser por los ideales democráticos de respeto y aceptación sino mediante la imposición de unas ideologías a otras mediante el uso de la fuerza.

La Biblia, considerada para los miembros de la CCTJ como Palabra emanada de Dios, mandato divino y plasmación de su ideal de vida, prohíbe el uso de la sangre, la interpretación dada por los Testigos de Jehová radica en prohibir las transfusiones dado que Dios no las permite. Del tal forma, como la Biblia "no se puede cambiar" –*es una obra humana con inspiración divina*–, el impedimento permanece con toda su fuerza y no se debe permitir la transfusión para no minusvalorar y violentar el mandato divino, y sobre todo para no perder de vista la vida eterna. Para evitar ser objeto de una transfusión y el sentimiento de pecado *interno*, como diría Freud, que sufriría un testigo de Jehová por ello, se deben utilizar todos los medios legales que sean posibles.

Un primer medio utilizado radica en acompañarse siempre de una tarjeta de alerta médica en la que en la que se exprese la voluntad de no recibir transfusiones de sangre y la exención de responsabilidad al médico ante las consecuencias que pueden suceder por no recibir un tratamiento médico en el que se considere por parte del equipo médico la necesidad de una transfusión sanguínea. Ciertamente un equipo médico ante una situación de urgencia puede estimar como necesario que se efectúe una transfusión pero no todo es tan sencillo pues si el paciente fallece el equipo médico puede alegar el desconocimiento de la voluntad para evitar la responsabilidad penal, aunque pudiera haber una demanda civil respecto del tratamiento médico sobre todo cuando "la trasfusione di sangue, di emocomponenti e di emoderivati costituisce una pratica terapeutica non esente da risqui" (la transfusión de sangre, de emocomponen-

⁵ *Los textos bíblicos en los que la CCTJ fundamenta la prohibición de la transfusión de sangre son los siguientes: 1) "Dios procedió a bendecir a Noé y a sus hijos y a decirles: "Sean fructíferos y háganse muchos y llenen la tierra. Y un temor a ustedes y un terror a ustedes continuarán sobre toda criatura viviente de la tierra y sobre toda criatura volátil de los cielos, sobre todo lo que se va moviendo sobre el suelo, y sobre todos los peces del mar. En mano de ustedes ahora se han dado. Todo animal moviente que está vivo puede servirle a ustedes de alimento. Como en el caso de la vegetación verde, de veras se lo doy todo a ustedes. Solo carne con su alma, su sangre, no deben comer. Y, además de eso, la sangre de sus almas, la de ustedes, la reclamaré. De la mano de toda criatura viviente la reclamaré, y de la mano del hombre, de la mano de cada uno que es su hermano, reclamaré el alma del hombre. Cualquiera que derrame la sangre del hombre, por el hombre será derramada su propia sangre, porque a la imagen de Dios hizo él al hombre. Y en cuanto a ustedes sean fructíferos y háganse muchos, hagan que la tierra enjambre de ustedes y háganse muchos en ella. (Génesis 9:1,7); 2) "Y Jehová pasó a hablar a Moisés, y dijo: Habla a Aarón y sus hijos y todos los hijos de Israel, y tienes que decirles: Esta es la cosa que Jehová ha mandado, al decir: (...) En cuanto a cualquier hombre de la casa de Israel o algún residente forastero que esté residiendo como forastero en medio de ustedes que coma cualquier clase de sangre, ciertamente fijaré mi rostro contra el alma que esté comiendo la sangre, y verdaderamente la cortaré de entre su pueblo. Porque el alma de la carne está en la sangre, y yo mismo la he puesto sobre el altar para ustedes para hacer expiación en virtud del alma en ella. Por eso he dicho a los hijos de Israel: Ninguna alma de ustedes debe comer sangre, y ningún residente forastero que esté residiendo como forastero en medio de ustedes debe comer sangre" (Levítico 17:1, 2, 10-12); 3) "Pero de ninguna manera deben comer la sangre, porque la sangre es la vida; así que no deben comer la vida junto con la carne. Lo que deben hacer es derramarla en la tierra como agua. No la coman, y les irá bien a ustedes y a sus hijos por hacer lo recto a los ojos del Señor" (Deuteronomio 12:23, 24); 4) "Al espíritu y a nosotros mismos nos ha parecido bien no añadirles ninguna otra carga, salvo estas cosas necesarias: que sigan absteniéndose de cosas sacrificadas a ídolos, y de sangre, y de cosas estranguladas, y de fornicación." (Hechos 15:28, 29); 5) "Que se guarden de lo sacrificado a los ídolos así como también de la sangre y de lo estrangulado y de la fornicación" (Hechos 21:25).*

tes y de hemoderivados constituye una práctica terapéutica no exenta de riesgos) como determina el D.M. de 15 de enero de 1991 de la República Italiana. El hecho de transfusión sí - transfusión no, es algo importante pues si un testigo de Jehová acepta una transfusión de manera voluntaria, conociendo que es un hecho ilícito, actúa en contra de uno de los principios morales de su fe que voluntariamente había decidido cumplir, por lo que se *autoexcluye* de la confesión, y ya no se le consideraría más miembro de esta confesión. Ésto es así pues para esta persona su grupo de referencia ya no constituye su comunidad pues no posee las mismas normas de vida y actuación. En cierta forma los Testigos de Jehová ponen de relieve el pensamiento aristotélico del hombre como animal político pues el hombre es hombre por que vive en comunidad con los restantes hombres sin anteceder su individualidad a la comunidad. De esta forma debe entenderse la negación del suicidio por parte de Aristóteles al constituir el suicidio un acto de injusticia frente la comunidad pues el suicida antecede su individualidad a la comunidad. Del mismo modo, una transfusión para un Testigo de Jehová se convierte en una negación de la vida plena comunitaria con los restantes creyentes Testigos de Jehová.

Otro medio plenamente legal consiste en poner en el margen de los impresos de admisión a un centro sanitario que no se admiten transfusiones de sangre, con lo cual los responsables y facultativos médicos de ese centro sanitario tienen la obligación de respetar esta opinión. No debemos olvidar que 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, determina que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente⁶, después de recibir la informa-

ción adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, así como negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley (art. 2. 4).

Más adelante en el artículo 9.2 de esta ley se determina que: "los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones 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, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas; b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él".

Esta actitud médica se establece en el Código Internacional de Ética Médica, en cuyo artículo 31 se determina que: "El médico en ningún caso dejará de prestar su atención al paciente que la necesitara por intento de suicidio, huelga de hambre o rechazo de tratamiento. Respetará la libertad de los pacientes y tratará de persuadirlos a que depongan su conducta, aplicando, en las situaciones límite, previo requerimiento de la autorización judicial, la imprescindible asistencia médica"

xuales a partir de los doce años, considerándose estas relaciones antes de esta edad como una violación pues se estima por parte del legislador que la niña no ha emitido un consentimiento válido (artículo 181 del vigente Código Civil). Este hecho ha conllevado que la propuesta de entrega de píldoras antiabortivas del día después por parte del alcalde de Madrid el año pasado fuera abandonada pues algún padre podría demandar al Ayuntamiento de Madrid al considerar que la labor del farmacéutico no sería dar una píldora sino informar al juzgado de guardia ante la presencia de un delito de violación si se encontrara ante una menor de doce años. ¿Cómo van a entregar estas píldoras cuando no pueden tener relaciones antes de esa edad? Aún cuando no corresponda desarrollar este tema habría que preguntarnos si esta política de entregar pastilla late la idea de "todo está bajo control", y no la de "prevenir" que es lo más correcto.

⁶ En el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 1989), se determina que "los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño", algo que tiene en cuenta la legislación positiva española pues, por ejemplo, una niña puede consentir tener relaciones se-

Respecto el establecimiento de la voluntad y el valor minusvalorado ocasiones que se ha dado a las tarjetas de alerta sanitaria, incluso desconociendo su existencia por numerosos facultativos, en el Real Decreto por el que se crea el Registro Nacional de Instrucciones Previas o ultimas voluntades se establece un registro a nivel nacional sobre estas voluntades donde se puede expresar que no se desean transfusiones de sangre. Con este nuevo registro ningún equipo médico podrá alegar falta de conocimiento de la voluntad firme de no desear recibir una transfusión sanguínea y ante cualquier transfusión sus seguros de responsabilidad civil tendrá conocimiento de una demanda y previsiblemente una que-rella, pudiendo incluso ir a la cárcel cuando al paciente haya sido objeto de una transfusión y no se haya encontrado en ese momento en una situación de urgencia vital. En el registro de últimas voluntades – *testamento vital* en otras realidades nacionales- de forma genérica una persona puede expresar su opinión firme que si no puede tomar parte activa en las decisiones relativas a su futuro, y si no existen expectativas de curación de la invalidez física o mental, solicita que no se utilicen medios *extraordinarios* (Asociación de los Hospitales Católicos de EE.UU, ya en 1974), o medios *artificiales o heroicos* (Testamento de la Vida de la Sociedad Americana de la Eutanasia) para prolongar su vida. El problema se presenta cuando estas certificaciones de voluntad -testamentos vitales -, en países como Italia, Alemania y Austria, no vinculan a los equipos médicos si el paciente ha perdido la consciencia (Al igual que el Tribunal Constitucional determinó en su sentencia de la huelga de hambre de los miembros de los Grapo, la Corte de Appello de Milano, en su sentencia de 26 de noviembre de 1999, ha determinado que la alimentación e hidratación artificial *non sono cure in senso stretto* –curas médicas en sentido estricto-) pues se sobreentiende que es totalmente posible que la declaración de voluntad haya podido ser revocada con posterioridad a la firma del *testamento vital*, o que desde la fecha de la firma haya habido avances en las técnicas médicas quirúrgicas o de diagnóstico que el paciente no tuvo en cuenta a la hora de firmar el testamento vital, o que el paciente haya modificado su negativa frente algunos tratamientos. Frente a

esta posibilidad debemos preguntarnos ¿Dónde queda la autonomía del paciente? ¿Dónde queda la dignidad personal frente a técnicas e intervenciones invasivas, y en ocasiones penosas, que son consideradas por el sujeto como una violación a su ser? ¿Si la familia es partícipe de la opinión del paciente por que se antecede ante esta opinión la declaración médica hipocrática del equipo médico que pretende mantener la vida sea como sea? ¿Por qué un equipo médico se antepone ante la familia y el paciente? ¿Qué sucede si tras la intervención médica muere el paciente, o su situación empeora sin posibilidad de regeneración? ¿Quién paga unos honorarios por una intervención no solicitada? Estas preguntas quedan abiertas al lector y en el fondo traslucen esas luchas por un Estado hobbesiano o lockiano que se perciben en los estudios realizados en autores como el reciente desaparecido Robert Nozick.

Otro medio que puede ser utilizado frente a la obligatoriedad de una transfusión radica en proponer al equipo médico la existencia de tratamientos alternativos que se consideran más adecuados, así como presentar alegaciones frente la solicitud de la orden judicial de inhabilitación de la autoridad paterna en el supuesto que se decida hacer una transfusión a un menor⁷. El equipo médico tiene que probar, y por ello no valen meras elucubraciones, de que el paciente "necesita" sangre al existir un "riesgo sustancial e inminente"⁸ de que se ocasione daño o perjuicio a su salud física si no se le realiza la transfusión sanguínea". No obstante, y en ocasiones se olvida por la obcecación de algunos equipos médicos, si el tratamiento médico alternativo a la sangre es "adecuado" para evitar "daño o perjuicio al paciente", entonces el uso a la transfusión de sangre no sería "necesaria". Hay que tener en cuenta que no existe una norma jurídica que determine de forma puntual en qué supuestos, y ante que patologías, es necesario proceder

⁷ Vid, en relación con la toma en consideración del menor el apartado segundo del artículo sexto de la Convención Europea para la protección de los Derechos del Hombre y la Dignidad del Ser Humano en relación con la aplicación de la Biología y la Medicina (Oviedo, 4 de abril de 1997).

⁸ Vid, en este sentido el artículo octavo de la Convención Europea para la protección de los Derechos del Hombre y la Dignidad del Ser Humano en relación con la aplicación de la Biología y la Medicina (Oviedo, 4 de abril de 1997).

a una transfusión y qué contenidos de sangre debe inyectarse. Con lo cual existe un gran halo de incertidumbre y en cada supuesto de ingerencia del equipo médico que obligue a una transfusión de sangre, ésta debe estar justificada en aras *ad vitam* del paciente⁹.

En España, en la actualidad, no se puede transfundir sangre a un paciente que siendo capaz rechaza consciente y seriamente la realización de una transfusión en su persona (es decir, donde no se haya presente la urgencia y necesidad de una transfusión de sangre, prima la voluntad del paciente que debe ser informado de los riesgos que puede sufrir si no es transfundido). Para clarificar esta situación actual ha

⁹ *En el derecho comparado podemos recordar el supuesto austriaco (vid, MINTENGUIA ARREGUI, I., "Problemas en el ejercicio de la libertad religiosa de los Testigos de Jehová en Austria", en Laicidad y libertades: escritos jurídicos, n.º 4, 2004) y, sobre todo, la sentencia de la Pretura de Roma de 3 de abril de 1997, en la que se determinaba que "si intende dire che sussistono delle situazioni - che sono in particolare quelle in cui si delinea in modo netto l'opzione vita-morte, ossia quelle in cui l'intervento medico si presenti come certamente utile e vantaggioso per la salvezza della vita del paziente - in cui il rifiuto delle cure indispensabili quo ad vitam da parte del malato, comportando in effetti un vero e proprio atto dispositivo della vita medesima, non possa essere vincolante per il medico, e ciò perché l'ordinamento non riconosce al soggetto il diritto di disporre della propria vita. Vale in tal senso ricordare che il sistema protegge in modo assoluto ed in sé il bene della vita, anche oltre la volontà del soggetto che ne è titolare, se è vero che viene punito l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), come pure la condotta di chi agevoli in qualsiasi modo l'esecuzione di un suicidio (art. 580 c.p.), e sono persino vietati gli atti di disposizione del proprio corpo che comportino una diminuzione permanente della integrità fisica (art. 5 c.c.). Né tali conclusioni appaiono contraddette, come autorevolmente pur si ritiene, dalle norme della Costituzione, le quali in verità non hanno mai inteso porre in discussione il principio dell'indisponibilità della vita. Del resto, tale principio rappresentava una regola indiscussa all'epoca dell'entrata in vigore della Costituzione, e l'eventuale volontà di discostarsene avrebbe richiesto una presa di posizione esplicita, di cui invece manca qualsiasi indizio. Va anzi affermato, da un lato, che il diritto alla vita con la sua connotazione di intangibilità assoluta si colloca primariamente tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. (esso è diritto tra tutti gli altri di rango superiore, proprio perché presupposto logico della titolarità e dell'esercizio di ogni altro diritto), dall'altro che l'art. 32 comma 2 Cost. («Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti del rispetto della persona umana») non fornisce in realtà, contrariamente a quanto pure si sostiene, indicazioni che interferiscano in qualche modo con esso e con il principio della sua indisponibilità (...) La proposizione finale da porre (fatta sempre salva ogni riserva per la delicatezza della materia e la carenza di parametri normativi, puntuali ed espliciti, di disciplina) è allora nel senso che, quando viene in gioco il bene della vita, il rifiuto delle cure necessarie da parte del paziente non possa e non debba vincolare le scelte del medico, e ciò per un duplice ordine di ragioni: a) perché il paziente eserciterebbe in tal caso una opzione tra la vita e la morte di cui l'ordinamento non gli conferisce la titolarità, ed inoltre, b) perché il medico è da parte sua portatore di una posizione di garanzia rispetto al bene della salute del paziente affidato alle sue cure".*

gozado de gran importancia la sentencia del Tribunal Constitucional número 154/2002, de 18 de julio de 2002, en la cual el Tribunal Constitucional ha establecido ciertos límites a la obligatoriedad de las transfusiones de sangre frente a la libertad religiosa absolviendo a los padres testigos de Jehová por la muerte de su hijo también testigo de Jehová.

De los fundamentos jurídicos de esta sentencia extraemos los siguientes considerandos por la importancia que poseen a la hora de desentrañar lo que se considera como libertad religiosa y el límite de ingerencia de la Administración en las creencias religiosas.

Como ya dijimos, en la STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4, "el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente".

En este sentido, y sirviendo de desarrollo al mencionado precepto constitucional, prescribe el art. 3.1 LOLR que "el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática".

Es esta limitación la que, además, resulta de los textos correspondientes a tratados y acuerdos internacionales que, según lo dispuesto en el art. 10.2 CE, este Tribunal debe considerar cuando se trata de precisar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Así, el art. 92 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, prescribe que "la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los

demás". Por su parte, el art. 18.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, dispone que "la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás" - FJ 7-.

"Partiendo de las consideraciones expuestas cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron.

En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.

Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo.

Por ello procede otorgar el amparo solicitado por vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), con la consiguiente anulación de las resoluciones judiciales impugnadas". - FJ 5-

Un testigo de Jehová que es sometido a una transfusión sanguínea en contra de su voluntad, este hecho constituye una *la violación más íntima de su ser* pues su esquema vital, psicológico, afectivo y relacional ya no sería tal pues se ha roto y siempre permanecerá en él un sentimiento de culpa. Por ello no nos debemos inmutar ante la *heroicidad* de los Testigos de Jehová a la hora de poner su vida en favor del ideal que consideran más importante que radica en cumplir la voluntad de Jehová y en ser personas que conscientes de sus límites caminan hacia aquello que les da el sentido de su vida terrena como pasaje necesario para el futuro prometido por su fe. En casi todas las ciudades hay monumentos a muchos héroes en cuya base se añade que han dado su vida por la patria. Los testigos de Jehová ante la transfusión sanguínea actúan por igual pues la traducción de la simbología patria es, en su esquema vital, cumplir con la voluntad divina.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos puesto de relieve a lo largo de estas páginas la CCTJ frente a los problemas que les ha ocasionado el mantenimiento de sus creencias se ha mantenido siempre firme en su creencia de la prohibición de las transfusiones de sangre por no permitir las la Biblia (recordemos la importancia de 1Cor 7, 31 al respecto de *creatura sine creatore evanescit*). Al mismo tiempo, a lo largo del tiempo las transfusiones de sangre se han mostrado que no son inocuas y que en ocasiones van asociadas a efectos secundarios pues la sangre transfundida, en ocasiones, ha ocasionado problemas graves de salud como ha sucedido en hospitales públicos con infecciones del sida y numerosos contagios de hepatitis al transfundirse bolsas de sangre contaminada (el mismo Papa Juan Pablo II sufrió una infección de citomegalovirus por la sangre que recibió al ser transfundido tras el atentado que sufrió en la plaza de san Pedro). Sumada a esta situación, en estos últimos años hemos sido espectadores de la aparición de tratamientos médicos alternativos que favorecen las operaciones sin sangre y, sobre todo, a la aparición de declaraciones de voluntad –testamentos legales- que impiden que un equipo médico determine un tratamiento

médico sin tener en cuenta al paciente (vid, en el derecho comparado la sentencia americana de 1957 *Salgo versus Leland Stanford Jr, University, Board of Trustees*).

Junto con el elemento material de las transfusiones de sangre en nuestro texto hemos mostrado la problemática existente entre principios y valores. Mientras que es posible establecer una jerarquía de los valores cuando nos encontremos al mismo tiempo con varios valores y exista una colisión entre ellos (por ejemplo, la libertad de pensamiento, la libertad personal, la inviolabilidad de la persona y la libertad religiosa), por otro lado, los principios constituyen la guía de la jerarquía que se otorgue a los valores (entre estos principios se encuentra la dignidad del ser humano). Dado este esquema conceptual siempre el principio de la dignidad de la vida y su preservación se alzarán frente a los restantes valores con lo cual se permitirá la transfusión sanguínea contra la opinión del sujeto que no desee esta transfusión. Esta situación poco a poco ha ido cambiando pues los ordenamientos jurídicos han ido estableciendo cauces precisos para que la libertad del individuo no se minusvalore salvo cuando no se considere como necesaria y justa una intervención invasiva. No obstante, dada la situación actual, por un lado, de un Estado de mínimos inserto en movimientos globales que lo determinan y, por otro lado, por la puesta en valor de la existencia de principios diversos no homogeneizables como nos muestra la declaración de Bangkok sobre derechos humanos de marzo 1993, los preceptos normativos del Islam y determinaciones de autores como Harris (todo es objeto de la libertad contractual incluso la venta de la propia sangre), Veronessi (la eutanasia es un suicidio legal), Zagrebelski (el derecho constitucional determina las condiciones de una vida en común pero no la obligación de realizar un proyecto de vida común) y Huntigton (choque cultural entre el occidente y el Islam), auguramos un cierto cambio en el tiempo que haga posible que el individuo y su libertad de actuación frente a las determinaciones estatales se perciba como el principio vertebrador de la sociedad y no se obligue al individuo a un tratamiento médico que atenta contra lo que señalaba Franklin, en relación con la democracia americana como lo más importante del

hombre, que la esencia de la democracia es el reconocimiento de la libertad de los ciudadanos. Recordemos que la Organización Mundial de la Salud ha definido como salud, ya en el año de 1946, un estado completo de bienestar físico, mental y social, no consistiendo la salud, por lo tanto, únicamente en la ausencia de afecciones o enfermedades, añadiendo que la posesión de la salud, en su grado máximo, constituye uno de los derechos fundamentales de cada ser humano. Así pues hay que tener en cuenta como dentro del concepto de salud goza de importancia la concepción propia de salud que tiene cada persona, y como puede influir en su minusvaloración el ser obligado a una transfusión sanguínea.

Para terminar y no alargar demasiado nuestro discurso quisiéramos concluir con la validez de las palabras hace años escuchadas en las memorables aulas de la universidad de Coimbra relativas a que los derechos que cuentan las minorías en nuestros regímenes políticos muestran el nivel de democracia existente en la práctica y no en la letra muerta de unos papeles que envejecen y se apolillan. De esta forma se percibe que *opus iustitia est pax socialis*.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ PRIETO, L., Breves acotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, relativa a la negativa a las hemotransfusiones por parte de los Testigos de Jehová, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº. 1, 2003.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., El consentimiento informado en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo (II), en *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 123, 2006.

MATTEUCCI, N., *Il liberalismo in un mondo in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 1998.

MINTENGUIA ARREGUI, I., "Problemas en el ejercicio de la libertad religiosa de los Testigos de Jehová en Austria", en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, nº. 4, 2004. RICCA, M., *Diritto e religione. Per una sistemica giuridica*, Cedam, Padova, 2002. Usted puede vivir para siempre en el paraíso

en la tierra, Wachtower Bible and Tract Society incorporated of New York, Brooklyn, 1982.

YEBRA PORTILLO, R., Aproximación al comportamiento sociocultural de los Testigos de Jehová, en Religión y cultura, vol. 1, 1999.

ZAGREBELSKI, G., Il diritto mite, Einaudi, Torino, 1993.

