

LA ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA: RÉGIMEN LEGAL. INTERACCIONES ENTRE LO SOCIAL Y LO SANITARIO

Juan Luis Beltrán Aguirre

Doctor en Derecho

Presidente de la AJS

Sumario. I. EL PUNTO DE PARTIDA. II. LA RESPUESTA LEGAL: LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE. 1. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: su problemático encaje material y constitucional. A. Encaje material. B. Encaje constitucional. 2. Carencias de la Ley 39/2006. 3. Dificultades para la aplicación de la Ley 39/2006. III. LAS INTERACCIONES EN EL ÁMBITO DE LA DEPENDENCIA. 1. Los parámetros que fija la Ley 39/2006. 2. La interacción estructural, organizativa y funcional para la atención sociosanitaria: A. Diferencias entre los Sistemas de Sanidad y de Servicios Sociales. B. La articulación de la Administración del Estado con las Administraciones Autonómicas. C. La articulación o coordinación de las estructuras administrativas y asistenciales responsables en el nivel de las Administraciones autonómicas. D. La articulación de las Administraciones autonómicas y las municipales. IV. HACIA UN MODELO DE ATENCIÓN SOCIO-SANITARIA. V. LA ATENCIÓN INTEGRAL Y CONTINUADA DEL DEPENDIENTE: LA CALIDAD DEL SERVICIO UNIDA AL PAPEL DE LA ENFERMERÍA Y DEL TRABAJO SOCIAL

I. EL PUNTO DE PARTIDA.

No cabe duda de que la atención a las personas en situación de dependencia¹, así como la promoción de su autonomía personal, constituyen actualmente un imperativo para todos los poderes públicos y, por ende, un reto de las políticas sociales que han de desarrollar. Tales políticas han de cimentarse en un buen conocimiento de las necesidades y carencias constatadas, en suma, de la realidad existente a la

que se trata de dar respuesta. En este sentido, cabe enumerar como elementos clave que componen esa realidad, los siguientes:

1º. Las personas mayores (ancianos) son el grupo mayoritario de dependientes, además, en progresivo incremento. Le siguen los enfermos mentales y los discapacitados.

2º. Las enfermedades, fundamentalmente las crónicas anudadas al envejecimiento, son, con gran diferencia, la causa principal de la dependencia.

3º. Las personas dependientes necesitan una atención sanitaria y social confluyente, integral, atención que, además, sobre todo en lo social, ha de extenderse a los cuidadores informales o no profesionales y a los familiares del dependiente, de donde resulta que debe instrumentarse una adecuada y efi-

¹ La recomendación (98) 9 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 18 de septiembre de 1998, define la dependencia como el estado en que se encuentran las personas que por razones ligadas a la falta o pérdida de anatomía física, psíquica o intelectual tienen necesidad de asistencia y/o ayuda importante a fin de realizar los actos corrientes de la vida diaria.

caz atención socio-sanitaria. No debe olvidarse que en la vida de las personas, la separación entre lo social y lo sanitario es absolutamente artificial.

4°. La atención sociosanitaria es, pues, un elemento clave del sistema de promoción y cuidado a las personas dependientes. De ahí que la atención sociosanitaria requiera intervenciones de naturaleza mixta, de forma simultánea o secuencial, pero perfectamente articuladas. Sin embargo, actualmente, la asimetría de la relación entre lo social y lo sanitario es un hecho cierto.

5°. La enfermería comunitaria constituye un pilar básico en la atención asistencial y en el cuidado de los dependientes, así como de sus cuidadores. Debe desarrollar actividades, no sólo curativas, sino preventivas, rehabilitadoras y de fomento de la salud. Junto a la enfermería comunitaria tiene también un papel trascendente los trabajadores sociales. Fundamentalmente, constituyen el grupo de cuidadores profesionales de los dependientes.

6°. Hoy por hoy, y durante bastante tiempo, la atención y cuidado de las personas dependientes descansa y descansará en buena parte en los cuidadores no profesionales, colectivo que se integra fundamentalmente de familiares y, en menor medida, pero en notable incremento, de personas sin formación específica contratadas por la familia².

A esta realidad trata de darle respuesta la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (en adelante, LPAPAPD). Esta iniciativa legislativa constituye, sin duda, un importante avance en la construcción del Estado de Bienestar Social al regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en la atención a las personas dependientes (ancianos y discapacitados: artículo 2.3; enfermos mentales: artículo 2.4) con fundamento en los principios de universalidad, equidad e igualdad. Así pues, desde la óptica social procede darle la mejor bienvenida.

Dicho esto, seguidamente me centro en comentar las carencias, ambigüedades e incoherencias, que, en mi criterio, tiene la LPAPAPD, algunas queridas. La función de un analista jurídico no es tanto destacar las bondades de una Ley, que hay están, sino sus lagunas, incoherencias, etc., al objeto de que puedan ser analizadas por lo estudiosos e interesados en el tema, y, en su caso, subsanadas, en este caso, fundamentalmente por los legisladores y gobiernos autonómicos, a los que corresponde elaborar la normativa que, conforme a los principios y normas básicas contenidas en la LPAPAPD, han de conformar la atención a la dependencia en cada Comunidad Autónoma.

II. LA RESPUESTA LEGAL: LA LEY 39/2006, DE 14 DE DICIEMBRE.

1. El Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia: su problemático encaje material y constitucional.

A. Encaje material.

La LPAPAPD incardina la atención a las personas en situación de dependencia, en su mayoría ancianos, en el ámbito material de los Servicios Sociales, pues su artículo 3, apartado o) sienta como principio la integración de las prestaciones establecidas en la LPAPAPD en las Redes de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas, y su artículo 16.1 manda imperativamente que las prestaciones y servicios que diseña la LPAPAPD se integren en la Red de Servicios Sociales de las Comunidades Autónomas³. Entonces, paradójicamente, nos encontramos ante una Ley estatal reguladora de actuaciones y prestaciones que ella misma encaja en la materia Servicios Sociales respecto de la que el Estado no ostenta competencia alguna.

El Estado tiene competencias legislativas en materias conexas (asistencia social interna de la Seguridad Social y bases de la Sanidad), pero, sin embargo, lo que el legislador estatal no hace es encu-

² Sobre las personas que pueden asumir el papel de cuidador no profesional véase el artículo 1 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo (BOE, núm. 114, de 12 de mayo de 2007).

³ Dice la exposición de motivos que "se trata ahora de configurar un nuevo desarrollo de los servicios sociales del país que amplíe y complemente la acción protectora de este sistema."

drar la atención a las personas dependientes en el ámbito material de la Seguridad Social y, por ende, en el marco conceptual y competencial del artículo 149.1.17 CE, ni en el de la Sanidad respecto del que también ostenta competencia para dictar las bases (art. 149.1.16 CE).

La inclusión de la dependencia en la materia Seguridad Social habría sido una opción constitucionalmente posible⁴, incluso defendida por algunos tratadistas⁵. Al respecto, no conviene olvidar que las prestaciones de la Seguridad Social son contributivas⁶ o no contributivas⁷ y que el capítulo VI de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 incorpora al sistema la “Asistencia Social interna” de la Seguridad Social⁸ como mecanismo complementario que se presta sólo a las personas que se encuentran comprendidas dentro del campo de aplicación del Sistema de Seguridad Social⁹. No obstante, el legislador optó por dejarlo fuera de la Seguridad Social y de su sistema de cobertura, fundamentalmente en base a dos razones:

⁴ En este sentido, véase mi trabajo “La articulación de las Administraciones Social y Sanitaria en la atención integral a los dependientes: realidad actual y necesidades de futuro”, en la obra colectiva Organización y Procedimiento Administrativos, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 352 y 353.

⁵ Así, SUÁREZ CORUJO, B., en su trabajo “Dependencia y Estado autonómico: el encaje competencial del proyecto de ley de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, Relaciones Laborales, 2006, núm. 14, p. 72, afirma que la “ubicación natural” de las prestaciones a la dependencia es la Seguridad Social; PÉREZ YÁNEZ, R. M., “La protección social de la discapacidad generadora de dependencia”, en la obra colectiva Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas, Thomson-Civitas, 2007, p. 422.

⁶ Su financiación corre a cargo de las cotizaciones de empresarios y trabajadores, recargos, sanciones, frutos y rentas de los recursos patrimoniales de la Seguridad Social.

⁷ Su financiación corre a cargo de las aportaciones del Estado al presupuesto de la Seguridad Social, esto es, su financiación es vía impuestos.

⁸ Artículos 53 y siguientes: la Seguridad Social, con cargo a fondos limitados para cada ejercicio económico, dispensa servicios y auxilios económicos precisos a personas incluidas en su campo de aplicación en situación de necesidad y previa demostración de carencia de recursos.

⁹ La exposición de motivos también dice que se trata de una modalidad prestacional que amplía y complementa la acción protectora de la Seguridad Social.

- La atención a la dependencia pretende exceder con mucho de las prestaciones meramente económicas, que, actualmente, son el ámbito de la Seguridad Social. Se quiere primar la atención personal sobre la prestación económica. De ahí que la organización y gestión de la atención a la dependencia deba descentralizarse en las Comunidades Autónomas, que son los entes gestores y prestadores de asistencia. Además, se necesita la cooperación y colaboración de las Comunidades Autónomas para la implantación y gestión del sistema, pues ellas han construido y son las titulares de la Red de Servicios Sociales.

- La Asistencia Social interna de la Seguridad Social sólo se presta a las personas comprendidas en el campo de la Seguridad Social, y muchos dependientes quedan fuera de ese campo. Por el contrario, la atención a la dependencia se pretende universal. En la medida en que conforme a la LPAPAPD el derecho a la prestación se ostenta por la condición de ciudadano, no por la de beneficiario de la Seguridad Social, la financiación del sistema debe ir vía impuestos y no vía cotizaciones a la Seguridad Social. Quizás, no quería sobrecargarse en exceso el área de prestaciones no contributivas de la Seguridad Social.

La atención a la dependencia también podía haberse asentado, al menos en parte, en la materia sanidad pues la atención a los dependientes tiene un fuerte sesgo sanitario. Ello, aun integrando orgánicamente el sistema exclusivamente en los Servicios Sociales autonómicos. Tampoco lo dispuso así el legislador que, prácticamente, ignora todo lo sanitario.

De ahí que, finalmente, se haya buscado un tanto forzosamente su encaje material exclusivamente en la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos constitucionales (art. 149.1.1 CE), título competencial transversal que habilita al Estado para normar, nunca para ejecutar o gestionar¹⁰. La memoria de la

¹⁰ La jurisprudencia constitucional ha delimitado el sentido y alcance del artículo 149.1.1 CE, afirmando que este precepto “más que delimitar un ámbito material excluyente de toda intervención de las Comunidades Autónomas, lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione -mediante, precisa-

LPAPAPD justifica la utilización de este título en la consecución de una homogeneización de las políticas de protección de los dependientes en las distintas Comunidades Autónomas¹¹. Es decir, con la pretensión de conformar un sistema de ámbito nacional.

En cualquier caso, en mi criterio, no se trata de construir un nuevo Sistema de protección social diferente del de Servicios Sociales y del de Sanidad, y menos un cuarto pilar del Estado de Bienestar. Realmente, no debería pasar de ser un medio de perfeccionamiento o complementación de los actuales diecisiete Sistemas autonómicos de Servicios Sociales y de Salud, al objeto de procurar una atención más completa a las personas en situación de depen-

mente, el establecimiento de unas "condiciones básicas" uniformes- el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales" (STC 178/2004, entre otras). Desde una perspectiva de delimitación negativa, ha manifestado que dicho precepto "no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento -eso sí, entero- de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad", de manera que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada de cada uno de aquellos derechos y deberes". En cuanto a su delimitación positiva, ha sentado que "las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario (STC 144/1988) del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos). En todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad". También ha señalado que "dentro de esas <<condiciones básicas>> cabe entender incluido asimismo aquellos criterios que guardan una relación necesaria e inmediata con aquellas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho" (STC 61/1997 y 173/1998); en relación con este último aspecto, también afirma la STC 209/2000 la posibilidad de que, "junto a la normación como aspecto esencial del artículo 149.1.1 C.E. las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto contengan una <<dimensión institucional>>, cuando sea imprescindible para garantizar la eficacia del derecho o la igualdad de todos los españoles en su disfrute."

¹¹ Sobre esta temática véase ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., "las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de protección a las personas dependientes", en la obra colectiva Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas, Thomson-Civitas, 2007, pp. 494 a 532.

dencia¹². En suma, los servicios y prestaciones a las personas dependientes pertenecen a las materias Servicios Sociales y Sanidad, siendo confusas las zonas de confluencia y de separación.

B. Encaje constitucional.

El Gobierno de la Nación, con base exclusivamente en el artículo 149.1.1º CE, en el Proyecto de Ley remitido a las Cortes Generales había diseñado un *Sistema Nacional de Dependencia* con la finalidad principal de garantizar las condiciones básicas y el contenido común de los derechos y obligaciones. Con la creación de tal *Sistema Nacional de Dependencia* posiblemente trataba de evitar la existencia de diecisiete sistemas autonómicos totalmente independientes, como lo son los diecisiete sistemas autonómicos de Servicios Sociales. Se trataba de crear un Sistema de pretendido ámbito nacional conformado, al amparo del artículo 149.1.1º CE, como el marco o elemento organizativo mínimo necesario -condición básica- al objeto de posibilitar el ejercicio mismo del derecho a las prestaciones y servicios de atención a la dependencia. Vendría a jugar un papel similar al Sistema Nacional de Salud, pero sólo en el ámbito de la dependencia. Pero resulta que en materia de Servicios Sociales el Estado no tiene competencia para dictar las bases, por lo que mal podía intentar construir un Sistema Nacional de Atención a la Dependencia. Finalmente, durante la tramitación parlamentaria se sustituyó ese nombre por el de *Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia*, nueva nominación que, obviamente, libera al sistema de connotaciones supra-autonómicas. No obstante, se concibe como un sistema de ámbito o proyección nacional, pues se supone que debe responder a una acción coordinada y cooperativa de la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas. En efecto, establece el artículo 6.1 que sirve de cauce para la colaboración y participación de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus respectivas competencias.

¹² Una de las conclusiones de las XXIII Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo Estatal y Autonómicos, celebradas en Oviedo en octubre de 2008, ha sido la de la integración de la atención a la dependencia en los Servicios Sociales Autonómicos, como sistema único.

En mi criterio, resulta cuestionable que el artículo 149.1.1º CE sea título competencial hábil para promulgar tal Ley y para crear el “Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia”, que, insisto, ella misma reside en el ámbito material de los Servicios Sociales. Ello por cuanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece haber terminado negando una conexión del artículo 149.1.1º CE con los preceptos del Capítulo III del Título I CE (principios rectores de la política social y económica). El Tribunal Constitucional partió de una posición claramente afirmativa al respecto (sentencia 32/1983, de 28 de abril). Sin embargo, en la sentencia 80/1988, de 28 de abril, deja abierta la cuestión y en la sentencia 15/1989, de 26 de enero, prescinde por completo del artículo 149.1.1º CE en su posible conexión con el artículo 51 CE, negando implícitamente esta conexión¹³.

Posteriormente, en su sentencia 61/1997, de 20 de marzo, clarifica su posición contraria al afirmar lo siguiente:

“En segundo lugar, conviene recordar algunas notas que delimitan positivamente la competencia estatal “ex” art. 149.1.1º CE. Así, en lo que hace a su ámbito material o alcance horizontal, es de advertir que la “materia” sobre la que recae o proyecta son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos. Ahora bien, las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1º CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundamentadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (art. 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1º CE, que no puede operar como una es-

pecie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional.”

Comprobamos, pues, que habla de derechos constitucionales en sentido estricto y en sí mismos considerados. Y es de hacer notar que los artículos 49 y 50 CE, que regulan las materias en las que se incardinan la atención a las personas dependientes, no establecen derecho alguno respecto de los colectivos de ciudadanos que contemplan (como, por el contrario, sí lo hace el artículo 43.1, que reconoce el derecho a la salud). Estos dos artículos imponen deberes de hacer a los poderes públicos, pero se abstienen de establecer correlativos derechos a recibir en favor de las personas dependientes. En la más reciente sentencia 228/2003, de 18 de diciembre, reitera esta posición al afirmar que “*en relación con «el alcance del art. 149.1.1º CE hemos declarado que sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce. De lo contrario... quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1º CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento.»* En fin, los artículos 49 y 50 CE no reconocen en sentido estricto derechos subjetivos a los colectivos que contemplan, que es requisito imprescindible, según la jurisprudencia constitucional, al objeto de evitar que el artículo 149.1.1º se convierta en un título horizontal capaz de introducirse en cualquier materia.

No obstante, es bien conocido que el Consejo de Estado, en su informe al anteproyecto de Ley, dio por bueno este título¹⁴.

¹³ Véase en este sentido J. PEMÁN GAVÍN, Igualdad de los ciudadanos y Autonomías Territoriales, *Civitas*, 1992, pp. 235 a 2378

¹⁴ En efecto, el Consejo de Estado, en el dictamen al anteproyecto de la Ley, de 23 de marzo de 2006, afirma que el artículo 149.1.1 CE ampara la regulación acordada por el anteproyecto. Por su parte, R. DE LORENZO GARCÍA Y A. PALACIOS, en su trabajo “Los grandes hitos de la protección jurídica de las personas con discapacidad en los albores del siglo XXI”, Documentación Administrativa, núm. 271-272, 2005 p. 338, afirman la legitimidad constitucional de la Ley en que las Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1992, de 6 de febrero, y

Me someto al criterio del Consejo de Estado y, por ende, admito que el artículo 149.1.1º CE puede ser título hábil para promulgar la LPAPAPD, pues, entre otras razones, la atención a la dependencia, de un lado, tiene un fuerte componente sanitario-asistencial y el derecho a la protección de la salud sí es un derecho constitucional (artículo 43 CE), y, de otro, la atención a los dependientes encaja en la Asistencia Social interna de la Seguridad Social, que también es un derecho constitucional (artículo 41 CE). Como he dicho antes, la LPAPAPD podía haberse apoyado perfectamente, además de en el artículo 149.1.1º en los apartados 16º y 17º del artículo 149.1. CE, teniendo entonces, sí, un perfecto anclaje constitucional.

Empero, sin perjuicio de admitir esa habilitación general en el artículo 149.1.1º CE, seguidamente obligado es advertir que cabe dudar seriamente de la constitucionalidad de diversos preceptos de la LPAPAPD. A título de meramente enunciativo, cabe enumerar los siguientes: artículo 10 en cuanto impone un determinado modelo de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas; artículo 16 en cuanto obliga a las Comunidades Autónomas a integrar las prestaciones y servicios sociales establecidos en la LPAPAPD en sus respectivos Sistemas o Redes de Servicios Sociales; artículos 18 y siguientes en lo relativo a las prestaciones económicas; artículo 27 en cuanto encomienda al Consejo Territorial acordar los criterios comunes de composición y actuación de los órganos de valoración de las Comunidades Autónomas; artículo 32 en lo relativo a los Convenios para la financiación, etc.

En línea con lo dicho, es destacable la inconstitucionalidad de todo el Título III de la LPAPAPD en cuanto regula infracciones y sanciones. Conforme ha reiterado el TC (por todas, STC 168/1993, de 27 de mayo), la potestad sancionadora va pareja, como medida instrumental, a la competencia sustantiva de

que se trate, y resulta que corresponde a las Comunidades Autónomas la competencia exclusiva en materia de Servicios Sociales, que es, según la propia ley, donde hay que residenciar las prestaciones y servicios a la dependencia. Para salvar este escollo no basta con que el artículo 43 contenga unas previsiones genéricas y el 47 remita a las Comunidades Autónomas el desarrollo del cuadro de infracciones y sanciones previstas en la misma. Ni tan siquiera sería razón suficiente entender que dicha regulación limita su campo de aplicación al nivel mínimo de protección, único ligado a la garantía de igualdad básica amparada por el artículo 149.1.1º CE.

Creo que el tema no está cerrado pues aunque los dos recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LPAPAPD fueron retirados por sus promotores¹⁵, es posible que se interpongan cuestiones de inconstitucionalidad por órganos judiciales con ocasión de la aplicación de los preceptos de la Ley en casos concretos.

En fin, se ha dicho en diversos foros (partidos políticos y sindicatos) que el sistema de atención a la dependencia debe regularse a través de una Ley básica estatal, que reconozca derechos y prestaciones básicas comunes a toda la ciudadanía, pero que, a la par, sea respetuosa con las competencias de las Comunidades Autónomas, evitando cualquier interpretación regresiva de la distribución constitucional y estatutaria de competencias. Entiendo que el legislador estatal ha querido, en lo posible, respetar estos parámetros. De ahí que algunas de las incoherencias y ambigüedades de la LPAPAPD sean el resultado de que el Estado ha regulado un ámbito que inserta en la materia “Servicios Sociales”, respecto de la que no tiene competencia, con el objetivo de crear un sistema nacional de dependencia, pero gestionado y prestado por las Administraciones autonómicas y locales. Consciente de ello, ha procurado invadir lo menos posible el ámbito material que corresponde por entero a las Comunidades Autónomas, para así dejarles la mayor capacidad posible para normar y

16/1996, de 1 de febrero, declararon que los derechos sociales del Capítulo III del Título I CE son derechos y deberes fundamentales a los que resulta aplicable el título competencial del art. 149.1.1º CE para preservar el principio constitucional de unidad. No comparto tal apreciación puesto que los derechos sociales del Capítulo III no son derechos fundamentales y el Tribunal Constitucional no afirma tal cosa en dichas Sentencias.

¹⁵ Véanse los Boletines Oficiales del Estado, núm. 36, de 11 de febrero de 2008, y núm. 72, de 24 de mayo de 2008, donde se publican los desistimientos hechos por el Gobierno de Navarra y el Parlamento de Navarra.

desarrollar su modelo de atención a la dependencia dentro del marco básico que pretende imponer.

Por tanto, bastantes de los principios, criterios y pilares sobre los que se asienta la LPAPAPD, que solamente están apuntados, habrán de ser definitivamente perfilados, definidos y concretados por las Comunidades Autónomas mediante las correspondientes normas legales y reglamentarias.

2. Carencias de la Ley 39/2006.

1ª. Sobre los derechos subjetivos de la ciudadanía.

La LPAPAPD anuncia enfáticamente la promoción de la autonomía personal y la atención a las personas en situación de dependencia como un “derecho subjetivo de ciudadanía” (art. 1.1) añadiendo su artículo 4.2 j) que las personas en situación de dependencia tienen el derecho a iniciar las acciones administrativas y jurisdiccionales en defensa del derecho que reconoce la Ley, pero, esto importa resaltarlo, en los términos establecidos en la misma.

La conformación de un derecho como subjetivo implica la capacidad del sujeto para exigirlo, si es preciso por vía judicial. Paralelamente exige, como contrapartida, la responsabilización pública en la creación y dotación de los recursos técnicos y económicos necesarios, a efectos de garantizar su efectividad.

Sin embargo, tan enfática declaración queda después desvirtuada y difuminada en la propia LPAPAPD por falta de precisión de algunos de los aspectos esenciales para la conformación legal de un “derecho subjetivo”. Veámoslo.

Acertadamente ha expuesto TORNOS MÁS¹⁶, que el derecho subjetivo a las prestaciones sociales se construye a través de cuatro elementos esenciales: a) los sujetos titulares del derecho; b) los requisitos objetivos de acceso a la prestación, c) el contenido de las prestaciones a las que se tiene derecho; d) el carácter gratuito o no de la prestación.

Pues bien, la LPAPAPD no define las características de ese pretendido derecho subjetivo, pues no concreta ni perfila suficientemente todos estos elementos.

a) Sujetos titulares.

En lo que hace a los sujetos titulares del derecho, en principio, nada que objetar ya que el artículo 5 atiende a circunstancias objetivas: situación efectiva de dependencia y residencia en territorio español de los españoles. Respecto de los extranjeros se estará a la legislación de extranjería y convenios internacionales.

El problema surge respecto a la residencia en el territorio español, pues se exige haberlo hecho durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud. Esto es algo totalmente inusual en la conformación de un derecho subjetivo de carácter prescricional. La legislación sanitaria (Ley General de Sanidad y Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud) no exigen periodos mínimos de residencia, sólo exigen estar empadronado. En el ámbito de los Servicios Sociales, las leyes más recientes tampoco exigen, de entrada, un tiempo mínimo de residencia. Así, la Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales, que incorpora todas las prestaciones a la dependencia, en su artículo 4 establece que “*Serán titulares del derecho a acceder al sistema de servicios sociales establecidos en esta Ley Foral los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea empadronados en cualquiera de los municipios de Navarra así como lo extranjeros residentes.*” Por su parte, la Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales, en su artículo 5 define como titulares de los derechos que regula a las personas residentes en Cantabria. A su vez, la Ley 12/2007, de 11 de octubre, de Servicios Sociales de Cataluña, establece en su artículo 6 que son titulares de los derechos de acceso a los servicios sociales los ciudadanos de los Estados miembros de Unión Europea empadronados en un municipio de Cataluña. En suma, lo usual es exigir exclusivamente el empadronamiento, no un periodo mínimo de residencia efectiva.

¹⁶ “Efectividad de los derechos sociales y exigibilidad de los servicios sociales.” en Documentación Administrativa, núm. 271-272, 2005, p. 381.

No obstante, cierto es que la normativa citada, en supuestos puntuales sí exige algún concreto periodo de residencia efectiva. Así, por ejemplo, la citada Ley de Cantabria 2/2007, de 27 de marzo, en su artículo 29 exige una residencia efectiva de doce meses anteriores a la solicitud para tener derecho a la renta básica, si bien en este mismo artículo establece, seguidamente, un importante listado de excepciones al requisito¹⁷. Igualmente, el Decreto Foral 69/2008, de 17 de junio, por el que se aprueba la Cartera de Servicios Sociales de Navarra, también exige la residencia efectiva y continuada en Navarra durante los doce meses anteriores a su solicitud para poder percibir la renta básica, requisito que, a su vez, es excepcionado por la Ley Foral 13/2008, de 2 de julio, respecto de las unidades familiares en situación de exclusión social con menores a su cargo.

Los periodos mínimos de residencia han sido cuestionados por los tribunales de justicia. Por ejemplo, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2004 -RJ 4035-, anula la condición impuesta en un acuerdo municipal por la que se exige estar inscrito con el carácter de residente en el Padrón municipal con tres años de antigüedad a efectos de obte-

ner un determinado beneficio, por considerarla contraria al principio constitucional de igualdad, que, en criterio del Tribunal Supremo, obligaría, al menos en principio, a un tratamiento igual para todos los residentes en el municipio y no a unos sí y a otros no. La jurisprudencia norteamericana ha considerado que el establecimiento de un periodo de un año de residencia en un Estado para poder acogerse a un programa de carácter social o sanitario vulnera el derecho fundamental a viajar, que no es sino el derecho fundamental a residir de buena fe en cualquier Estado de la Unión, y constituye una violación de la Cláusula de Igual Protección. (Caso Shapiro v. Thompson (394 US 618 -1969-)).

De todos modos, la jurisprudencia no niega sistemáticamente esta posibilidad, pero sí establece que cualquier diferencia ha de ser justificada y proporcionada de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados. El Tribunal Constitucional, a través de diversos pronunciamientos, ha fijado claramente la cuestión en los siguientes términos (STC 10/2005, de 20 de enero, F. J. 5):

“Sobre el alcance del principio de igualdad ante la ley este Tribunal ha elaborado en numerosas Sentencias una doctrina cuyos rasgos esenciales pueden resumirse como sigue: a) no toda desigualdad de trato en la Ley supone una infracción del artículo 14 CE, sino que dicha infracción la produce sólo aquella desigualdad que introduce una diferencia entre situaciones que pueden considerarse iguales y que carece de una justificación objetiva y razonable; b) el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hechos se apliquen iguales consecuencias jurídicas, debiendo considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la utilización o introducción de elementos diferenciadores sea arbitraria o carezca de fundamento racional; c) el principio de igualdad no prohíbe al legislador cualquier desigualdad de trato, sino sólo aquellas desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y suficientemente razonables de acuerdo con criterios o juicios de valor generalmente aceptados; y d) por último, para que la diferenciación resulte constitucionalmente lícita, no basta con que lo

¹⁷ *Dispone el apartado 2 de este artículo que no será exigible el requisito relativo al periodo de residencia efectiva previsto en el párrafo b del apartado 1 del artículo, para los siguientes colectivos: a) Las mujeres víctimas de violencia de género según la definición de la Ley de Cantabria 1/2004, de 1 de abril, Integral para la Prevención de la Violencia contra las Mujeres y la Protección a sus Víctimas en las que concurren circunstancias que les impidan la disponibilidad de sus bienes, o que las coloquen en estado de necesidad, debidamente acreditadas mediante informe social emitido por un centro de Servicios Sociales de Atención Primaria o por el Centro de Información y Atención Integral a Víctimas de Violencia de la Administración del Gobierno de Cantabria; b) Las personas procedentes de otras Comunidades Autónomas, cuando estén percibiendo una prestación de análoga naturaleza en la Comunidad Autónoma de origen y fijen su residencia efectiva y habitual en la Comunidad Autónoma de Cantabria, siempre que exista reciprocidad. La Renta Social Básica y la prestación análoga de la Comunidad Autónoma de origen serán incompatibles; c) Las personas solicitantes de asilo, una vez admitida a trámite su solicitud, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 15 del Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, aprobado por Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, y siempre que carezcan de medios económicos suficientes para hacer frente a las necesidades básicas.*

sea el fin que con ella se persigue, sino que es indispensable además que las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción sean adecuadas y proporcionadas a dicho fin, de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que se produce y el fin pretendido por el legislador superen un juicio de proporcionalidad en sede constitucional, evitando resultados especialmente gravosos o desmedidos.”

Por tanto, ha de destacarse negativamente la excesiva amplitud de la LPAPAPD en la conformación de este elemento (residencia mínima durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores a la fecha de presentación de la solicitud), que lo desdibuja seriamente pues, en mi criterio, no resulta en modo alguno proporcional tal exigencia. Creo que, en línea con la legislación autonómica, para poder tildarse de razonable y proporcionada debe reducirse como mucho a un año de residencia efectiva, previéndose también las excepciones procedentes. Quiebra que, además, agranda el artículo 5.3 cuando dispone que “*El Gobierno podrá establecer medidas de protección a favor de los españoles no residentes en España.*” Así pues, concede al Gobierno una absoluta discrecionalidad para hacerlo o no.

b y c) Acceso y contenido de las prestaciones.

Respecto de los criterios de acceso y del contenido de las prestaciones, las determinaciones que incorpora resultan insuficientes (artículos 14 y 15)¹⁸, con un excesivo margen de discrecionalidad pues son numerosas las remisiones que sobre el contenido de las prestaciones se efectúan al reglamento y a lo que resulte de los Convenios. Veamos, seguidamente, el desarrollo reglamentario.

¹⁸ En este mismo sentido se pronuncia MÚGICA HERZOG, E., Defensor del Pueblo, en su ponencia “Promoción de la autonomía personal y atención a las personas dependientes”, XXI Jornadas de Coordinación de Defensores del Pueblo, Ediciones Hontanar, León, 2007, p. 305. Cita como lagunas en la definición: a) no establecer un nivel mínimo garantizado de protección, b) no determinar las prioridades en el acceso a los distintos servicios y prestaciones, c) no explicitar con precisión las obligaciones de cooperación y financiación asumidas por las distintas Administraciones, ni la participación concreta de los beneficiarios en el coste de los servicios.

A tenor del Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo, que regula el nivel mínimo de protección del Sistema, en la conformación de ese nivel no se contempla un contenido mínimo prestacional que quede garantizado a cualquier persona, sino que se limita a establecer una cantidad mensual por beneficiario, grado y nivel de dependencia, que la Administración aporta al sistema, contenido que se prevé completar, pero sin que sea seguro, con una aportación similar por parte de las Comunidades Autónomas. En suma, la garantía de mínimos de cobertura se reconduce a la asignación de cuantías económicas por beneficiario y tipo de dependencia, esto es, al beneficiario se le hace entrega de una cantidad prefijada para la atención del servicio que precise, sin constatar si esa cuantía es suficiente o insuficiente para la adecuada atención que precisa¹⁹.

Por su parte, el Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, que regula las intensidades de protección de los servicios, para su determinación remite en exceso al programa individual de atención, a las infraestructuras existentes, y a la normativa, condiciones y programas que se establezcan por cada Comunidad Autónoma (artículos 6 a 11). En fin, este Real Decreto tampoco construye auténticos derechos subjetivos a determinadas intensidades de protección, directamente exigibles ante los tribunales de justicia.

d) Gratuidad de la prestación.

Otro elemento perturbador en la construcción del derecho subjetivo es lo relativo al copago en cuanto no determina con una precisión suficiente la participación de los usuarios y sus límites. Más adelante vuelvo sobre esto.

Aparte de los cuatro elementos analizados, desdibuja también la naturaleza de derecho subjetivo, el hecho de que a través de la disposición adicional tercera de la LPAPAPD, las ayudas técnicas, las adaptaciones en el hogar o la eliminación de barreras

¹⁹ Véase en este mismo sentido, el Informe Especial del Defensor del Pueblo Andaluz La atención a las personas mayores dependientes en Andalucía, Defensor del Pueblo Andaluz, 2008, p. 143.

Las cuantías económicas para el año 2008 han sido actualizadas por el Real Decreto 6/2008, de 11 de enero, modificado por el Real Decreto 179/2008, de 8 de febrero.

arquitectónicas, tan imprescindibles para reducir el nivel de dependencia, se excluyan del catálogo de prestaciones y se consideren objeto de subvención; ayudas que quedan a la discrecionalidad de las Administraciones respectivas.

Por tanto, en términos jurídicos, no estamos ante auténticos derechos subjetivos, pues la respuesta a la real necesidad del dependiente puede ser parcial o, incluso, inexistente. En suma, derecho subjetivo será lo que resulte de los Convenios que se puedan firmar y de lo diga el reglamento autonómico, no lo que dicen la LPAPAPD y sus reglamentos de desarrollo.

2ª. Sobre las prestaciones.

Enlazando con lo anterior, procede advertir que, a pesar de que la LPAPAPD declara que los servicios (prestaciones técnicas) tienen carácter prioritario, sin embargo, luego construye un mero sistema de prestaciones económicas y ayudas a cuidadores: cubre el sistema económicamente, no cualitativamente. No garantiza un mínimo prestacional o asistencial, sino una cantidad mensual²⁰.

3ª. Sobre el copago.

He dicho que un elemento perturbador en la construcción del derecho subjetivo es que la LPAPAPD no asegura la total gratuidad de las prestaciones garantizadas, pues prevé que su efectividad quede sometida a copago (artículo 33). Ciertamente, el copago (generalizado en todos los sistemas europeos de atención a la dependencia) no es en términos jurídicos incompatible con la conformación de la asistencia o de la prestación como derecho subjetivo siempre que, como dispone su artículo 33.4, la contribución económica se condicione al criterio de la capacidad económica del usuario y al de universalidad, de forma que ninguna persona pueda quedar sin atención por falta de medios económicos, pero se compeadece mal con esa conformación por cuanto en

²⁰ Parece indiscutible, de un lado, que la insuficiencia de recursos técnicos, situación que se prolongará durante años en muchas Comunidades Autónomas, hará que las prestaciones económicas sean las protagonistas, y, de otro, que la prestación económica también está prevista para contribuir a los gastos derivados de la atención prestada por cuidadores informales o no profesionales en el propio domicilio del dependiente.

no pocos casos supondrá una barrera de entrada al sistema y al acceso y uso de los servicios y prestaciones, particularmente respecto de personas con modestos recursos económicos²¹.

4ª. Sobre la naturaleza jurídica del copago y la reserva legal.

El artículo 33 de la LPAPAPD contempla el copago por parte de los beneficiarios de las prestaciones de dependencia, distinguiendo para ello entre servicios asistenciales, hoteleros y de manutención, y en función del coste del servicio y la capacidad económica de la persona.

Esta regulación resulta totalmente insuficiente por indeterminada y poco compatible con la definición del derecho como subjetivo. Además, el artículo 33 remite la fijación de los criterios para la aplicación del copago al Consejo Territorial del Sistema, que, después, serán concretados en los Convenios a suscribir con las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, el copago tiene la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público. Y resulta que el artículo 31.1 CE predica la reserva de Ley formal respecto del establecimiento de todo tipo de prestaciones patrimoniales de carácter público. Conforme a la STC 185/1995 la coactividad es la nota distintiva fundamental del concepto de esta prestación. Conforme a la doctrina sentada por el TC, una

²¹ Son frecuentes los casos de personas que quedan excluidas del sistema bien por imposibilidad de realizar la aportación económica necesaria pero que por razones de baremo tampoco pueden acceder en régimen de gratuidad, bien porque no están dispuestos a pagar por recibirlos dado el detrimento que supone en sus modestos ingresos. De todos modos, no se me oculta que socialmente el copago está justificado respecto de determinados colectivos. Es el caso, por ejemplo, de las personas mayores dependientes que cuentan con un patrimonio (vivienda en propiedad, rentas, etc.) y ya no tienen cargas familiares (viudos, solteros) que ingresan en una residencia de por vida. Si la asistencia deviene gratuita por haberse implantado una financiación "solidaria" vía impuestos y presupuestos generales, ese sistema solidario y universalista sirve para costear la preservación íntegra del patrimonio de esa persona, que pasará a los herederos, lo que no es justo. No debe ser este el resultado de las políticas públicas sociales. Sin embargo, es lo cierto que se suele tomar la renta como único elemento modulador del copago y dado el nivel de fraude fiscal es evidente que la carga del copago recae sobre las economías modestas dependientes de una nómina.

prestación encaja en el artículo 31.3 CE en tres supuestos: a) si el servicio por cuya prestación se exige aparece impuesto por la normativa; b) en las situaciones de monopolio público, de hecho o de Derecho; c) cuando el servicio, aún sin venir impuesto por la norma, puede calificarse como esencial o indispensable, en cuyo caso, la decisión de demandar el servicio tampoco es, realmente, libre. Y no cabe duda de que los servicios y prestaciones que integran el sistema de dependencia son absolutamente indispensables para la vida de los sujetos que los solicitan, al estar íntimamente vinculados a su salud e, incluso, a su autonomía personal²².

Entonces, los requisitos legales para poder configurarse como prestación patrimonial de carácter público (creo que debería configurarse técnicamente como tasa, pues aunque teóricamente pueda decirse que la actividad de la Administración es de solicitud voluntaria, de facto es obligatoria²³) son:

a) Reserva de Ley: se cumple parcialmente con el artículo 33. Las menciones mínimas que contiene suponen atribuir una libertad casi ilimitada al Consejo Territorial en la configuración del copago.

b) La Ley debe incorporar criterios claros y suficientes para hacer las correspondientes determinaciones cuantitativas: el artículo 33 no los contiene pues hace referencias excesivamente imprecisas respecto a la cuantificación y, como ya he dicho, atribuye una libertad casi ilimitada al Consejo Territorial. Entiendo que el Consejo Territorial debe consensuar criterios a título meramente indicativo, de manera que, después o antes, debe ser el legislador autonómico quien fije esos criterios mínimos imprescindibles en razón de la naturaleza de prestación pública del copago (tope máximo global, esca-

las progresivas, exenciones, renta básica intocable²⁴, etc.). Por lo demás, el copago no ha de ser necesariamente uniforme en todo el país en cuantías máximas y en los supuestos a aplicar.

5ª. Sobre la estructuración del sistema.

El Sistema adolece de bastante indefinición:

- Se estructura en tres niveles prestacionales. El primario (prestaciones mínimas comunes) es modulado o cuantificado y financiado íntegramente por el Estado. El tercer nivel (prestaciones adicionales) queda a la libre opción y financiación de las Comunidades Autónomas. Empero, el segundo nivel, de singular importancia, no queda garantizado en todo el territorio del Estado y, además, queda excesivamente indefinido en cuanto a prestaciones y financiación, por cuanto queda al albur de los Convenios bilaterales que se puedan suscribir.

- El cálculo presupuestario es insuficiente²⁵. La estimación inicial de dependientes se ha quedado muy corta. En algunas Comunidades Autónomas se ha duplicado el número.

- El baremo aprobado por el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, es, según las sociedades científicas²⁶, suficiente para medir la dependencia física, pero insuficiente para evaluar patologías de salud mental ya que el ámbito psiquiátrico conlleva una complejidad mayor en el análisis del paciente al entrar en juego la voluntad y la iniciativa del afectado. Debe contemplar, cuando menos, la comorbilidad, el rendimiento cognitivo y la capacidad de los pacientes para realizar actividades cotidianas.

- Tras dos años desde su nacimiento, estamos ante un sistema en formación, bastante confuso y con dificultades serias para arrancar²⁷. Resulta paradójico

²² Sobre estas cuestiones, véase el trabajo de MARTÍN FERNÁNDEZ, F. J., y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J, La financiación del Sistema Nacional de Dependencia, *Quincena Fiscal Aranzadi*, núm. 12/2006, Aranzadi, SA, Pamplona.

²³ En este mismo sentido se pronuncia CALVO ORTEGA, R., "El principio constitucional de asistencia social suficiente ante situaciones de discapacidad", en la obra colectiva *Situaciones de Dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Thomson-Civitas, 2007, p. 107.

²⁴ Por ejemplo, que quede un mínimo de 100 a 150 euros mensuales para el bolsillo.

²⁵ El cálculo se hizo sobre una encuesta de discapacitados realizada por el Instituto Nacional de Estadística en 1999 y recogida en el Libro Blanco de la Dependencia.

²⁶ Véase *Diario Médico* de 3 de julio de 2008.

²⁷ Cierto que, por ejemplo, el Sistema Nacional de Salud, tardó años en estructurarse, pero no por insuficiencia de definición en la Ley General de Sanidad.

que incardinándose el sistema en la materia servicios sociales y, por ende, en el ámbito del Derecho Administrativo, sin embargo, prácticamente todos los estudios sobre la LPAPAPD publicados hasta ahora han sido elaborados por profesores del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (recordemos que la LPAPAPD evita incardinar el sistema en la materia Seguridad Social). Es más, en algunas Comunidades Autónomas los litigios se están residenciando en la jurisdicción social (Cataluña, etc.), cuando parece claro, en mi criterio, que deben residenciarse en la jurisdicción contencioso-administrativa.

6ª. Sobre la prevención.

No desarrolla la parte de promoción de la autonomía y, por tanto, de la prevención. La LPAPAPD no define criterios de prevención. Por su parte, el artículo 5 del Real Decreto 727/2007, de 8 de junio, relativo a la intensidad del servicio de prevención, remite la intensidad a lo que establezcan los propios servicios. Total, nada de nada garantizado.

Además, la paradoja es que para poder ser beneficiario de los servicios y prestaciones establecidas por la LPAPAPD (se supone que también las de prevención) se ha de estar expresamente declarado dependiente. Sin embargo, la prevención tiene un valor fundamental al facilitar la prolongación de la vida autónoma y retrasar o evitar la situación de dependencia.

Podrá argumentarse que la prevención también se ha de hacer sobre dependientes para evitar o retrasar un mayor grado de dependencia. De facto, donde se hace algo de prevención es en los centros de día²⁸, pero, en la práctica, se observa una desviación masiva de los recursos hacia la asistencia, con olvido de la prevención. Esta es la tendencia generalizada en todas las Comunidades Autónomas.

7ª. Sobre la atención sociosanitaria.

La LPAPAPD tiene un sesgo exclusivamente social, obviando lo sanitario. Tiene lagunas impor-

tantes como la indefinición de los servicios y los contenidos de las prestaciones socio-sanitarias. No incorpora medidas para la integración o coordinación, desde un punto de vista técnico (no organizativo) de la atención social con la sanitaria.

Respecto de la vertiente sanitaria de la atención a la dependencia prácticamente nada dispone. Su artículo 15, destinado al catálogo de servicios, en cuanto a las prestaciones sanitarias y sociosanitarias se remite a las que se regulan en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Pero resulta que esta Ley se limita a hacer una definición teórica de la prestación sociosanitaria²⁹, y el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que desarrolla la Ley estableciendo la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, no concreta el contenido de la Cartera de Servicios de atención sociosanitaria, posponiéndola a otro reglamento todavía no promulgado. Subyace, pues, en la LPAPAPD un desligamiento total entre los aspectos sociales y sanitarios de la atención a la dependencia ya que, en definitiva, no contempla ni aborda la regulación de los importantes aspectos sociosanitarios, y, por su parte, la legislación sanitaria, como hemos visto, tampoco los regula convenientemente. Más adelante vuelvo sobre esto.

8ª. Sobre la coordinación funcional de lo social y lo sanitario.

En lo que hace a tal coordinación, la LPAPAPD no incorpora norma alguna respecto a la articulación o coordinación de lo social y lo sanitario en la atención a la dependencia³⁰. Sin embargo, se ha dicho que en el siglo XXI es muy difícil trazar una línea de separación entre envejecimiento, asistencia sanitaria

²⁹ El artículo 14 de esta Ley define la prestación sociosanitaria como "la atención que comprende el conjunto de cuidados destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la actuación simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social."

³⁰ No me refiero a la coordinación interadministrativa ya que el título competencial del artículo 149.1.1º CE, que es el único utilizado por el legislador para elaborarla, no permite regular aspectos organizativos de las Comunidades Autónomas.

²⁸ Los centros de día constituyen la plataforma principal sobre la que actualmente se articulan las políticas sociales de prevención de la dependencia.

y dependencia. Y, en efecto, la atención sanitaria a las personas en situación de dependencia es un factor clave en la cobertura de sus necesidades. Por tanto, la efectiva implantación y dación del contenido prestacional establecido en la LPAPAPD obligará a adoptar medidas conjuntas entre el sistema social y el sanitario, además de en el campo de las prestaciones propiamente sociosanitarias -que insisto, carecen de regulación-, en la prevención y en la valoración de las situaciones de dependencia y en la potenciación de la autonomía y, finalmente, en la planificación. Ninguna de estas cosas se tiene respuesta en la LPAPAPD.

9ª. Sobre el Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

Se trata de un órgano de naturaleza colegiada, con mayoría de representantes de las Comunidades Autónomas, conformado como el instrumento de cooperación para la articulación del Sistema.

El artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, creó las Conferencias Sectoriales como órganos multilaterales de cooperación. ¿Este órgano tiene la naturaleza de Conferencia Sectorial, sometido, por tanto, a las normas de funcionamiento de ese artículo 5?

Por las funciones y competencias que se le asignan³¹ y porque las normas de funcionamiento las fijará el propio Consejo Territorial, creo que tiene una naturaleza distinta a la de las Conferencias Sectoriales. En este sentido, se echa en falta, al menos desde una óptica jurídico-administrativa, una determinación más precisa de su naturaleza, encuadre y funciones.

10ª. Sobre los cuidadores no profesionales y asistentes personales.

La LPAPAPD diferencia los cuidadores no profesionales de los asistentes personales.

Son cuidadores no profesionales las personas de la familia o del entorno de la persona dependiente (artículo 2.5). Conforme al artículo 1 del Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, pueden asumir la condición de cuidadores no profesionales de una persona en situación de dependencia, su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco. Y añade que cuando la persona dependiente tenga su domicilio en un entorno caracterizado por insuficiencia de recursos públicos o privados acreditados, la despoblación, o circunstancias geográficas o de otra naturaleza que impidan o dificulten otras modalidades de atención, la administración competente podrá excepcionalmente permitir la existencia de cuidados no profesionales por parte de una persona de su entorno que, aun no teniendo el grado de parentesco exigido, resida en el municipio de la persona dependiente o en uno vecino, y lo haya hecho durante el periodo previo de un año. La seguridad social de estos cuidadores no profesionales se instrumenta a través del convenio especial previsto en el artículo 125.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Sin embargo, a pesar de ser la normativa laboral competencia exclusiva del Estado, lo que no ha hecho la LPAPAPD es definir la naturaleza del vínculo jurídico que une al cuidador no profesional con la persona dependiente, particularmente cuando no se trata de un familiar directo.

Son asistentes personales los que realizan o colaboran en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y potenciando su autonomía personal (artículo 2.6). Su contratación sólo está prevista para personas con gran dependencia (artículo 19). En cualquier caso, conforme al Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo, su consideración es la de trabajador en régimen laboral.

Los apartados 4 y 5 del artículo 14 disponen que el beneficiario puede, excepcionalmente, recibir una prestación económica para ser atendido por cuidadores no profesionales o asistentes personales.

Cuando se trata de un familiar directo, cónyuge, madre, hijo, puede plantearse que la prestación pública que otorga el sistema tenga la naturaleza de sub-

³¹ *Algunas, en mi criterio, inconstitucionales por invadir el ámbito exclusivo de las Comunidades Autónomas.*

vención, pero cuando sea una persona no familiar, casos bastante frecuentes, parece que la relación ha de ser laboral (común o especial, pero laboral), pues la cuantía económica que recibe, en mi criterio, es una retribución por un trabajo por cuenta ajena³². No creo que la cuantía que reciba el cuidador no profesional deba serlo a título de “prestación económica pública” por la comisión del servicio de cuidado y asistencia a una persona dependiente. Creo que esa cuantía debe serlo a modo de retribución por un trabajo por cuenta ajena.

De otro lado, el cuidador no profesional del “entorno” queda excesivamente indefinido y, al parecer, exclusivamente limitado a pequeños municipios. Pero lo cierto es que este tipo de cuidadores no familiares cada vez son contratados con mayor frecuencia por familias que viven en municipios grandes y que no pueden atender al familiar dependiente, normalmente por razones laborales. Entonces, conforme a la literalidad de la LPAPAPD, no pueden recibir la prestación económica por la contratación de este tipo de cuidadores no familiares, lo que me parece bastante injusto para la propia familia y para el cuidador, que de ninguna forma está contemplado en la LPAPAPD.

Se echa en falta también, no tanto en la LPA-PAPD como en la reglamentación de desarrollo, un Estatuto o Carta del Cuidador no Profesional donde se reflejen todas las necesidades innatas a su actividad.

3. Dificultades para la aplicación de la LPAPAPD.

La LPAPAPD dispone que corresponde a las Comunidades Autónomas determinar los órganos de valoración de la situación de dependencia, que emitirán un dictamen sobre el grado y nivel de dependencia, con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir. Hecha esta valoración, seguidamente, ha de aprobarse el Plan Individualizado de Atención (PIA) en el que se concretan los servicios y

prestaciones requeridos por el dependiente y que se asumen como un derecho subjetivo cuando la prestación está garantizada. Finalmente, corresponde a las Comunidades Autónomas y, en su caso, a las Entidades locales, crear los servicios para hacer efectivas las prestaciones a la dependencia.

Empero, existen serias dificultades para poner en marcha este proceso, dada la carencia de recursos humanos y materiales, incluso conceptuales, para llevar a cabo estos procesos de valoración, carencia a la que hay que sumar la de servicios, plazas, técnicos y personal capacitado para hacer efectivas las prestaciones reconocidas, cuando lo estén. Estas carencias no son fáciles de solventar en plazos cortos de tiempo pues exigen fuertes inversiones económicas por parte de las Comunidades Autónomas, inversiones que, además, estarán drásticamente limitadas o recortadas por la crisis económica en al que hemos entrado en el año 2008. En suma, la previsible falta de inversión (insuficiencia), a la que hay que añadir los desacuerdos entre Comunidades Autónomas y Gobierno central, impiden atisbar, ni por aproximación, cuando pueden llegar a ser una realidad los postulados de la LPAPAPD.

III. LAS INTERACCIONES EN EL ÁMBITO DE LA DEPENDENCIA.

1. Los parámetros que fija la Ley 39/2006.

La Administración General del Estado legalmente asume la responsabilidad de determinar reglamentariamente y financiar un nivel mínimo de protección, así como convenir con las Administraciones autonómicas un nivel de protección que podemos denominar ordinario, acordando los servicios y prestaciones que incrementarán el nivel mínimo. Su papel no es, pues, de gestor o prestador. Lo es exclusivamente de ordenador y financiador de los servicios y prestaciones mínimas y, en su caso, de un porcentaje de las ordinarias.

A los Parlamentos y Administraciones de las Comunidades Autónomas les corresponde respectivamente regular, ordenar, planificar, dirigir, inspeccionar y evaluar la calidad de las prestaciones y los servicios de atención a la dependencia en el ámbito

³² Sobre esta problemática, véase *ÁLVAREZ CORTÉS, J. C., “Situación social de los cuidadores no profesionales”, en el libro colectivo Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas, Thomson-Civitas, 2007, pp. 437 a 491. Este autor se decanta por la inexistencia de una relación laboral.*

de su territorio, así como hacer efectivas las prestaciones gestionando los servicios correspondientes. Pueden definir niveles de protección adicionales a los fijados como mínimos o convenidos con la Administración General del Estado. Les corresponde, pues, el peso principal de montar, estructurar y gestionar la “atención integral” a las personas en situación de dependencia.

A las Administraciones de las Entidades Locales les compete participar en la gestión de los servicios de atención a las personas en situación de dependencia.

2. La interacción estructural, organizativa y funcional para la atención sociosanitaria.

A. Diferencias entre los Sistemas de Sanidad y de Servicios Sociales.

De entrada, conviene precisar que esta articulación no resulta nada sencilla dada la complejidad y la fragmentación de los Sistemas de sanidad y de servicios sociales, así como de sus distintos tratamientos jurídicos. En dicha complejidad intervienen los siguientes elementos³³:

- Diferencias en la naturaleza de los derechos. En efecto, mientras el derecho a la protección de la salud se ha conformado como un auténtico derecho subjetivo, universal y gratuito salvo en los medicamentos, la prestación de servicios sociales, al margen de contadas excepciones, no se configura como un derecho subjetivo. Las prestaciones propias de los servicios sociales siguen siendo en general gratificables y, por ende, no exigibles ante los tribunales de justicia.

- Diferencias funcionales y financieras. Mientras lo sanitario está perfectamente estructurado y determinado (catálogo de prestaciones sanitarias), lo social es más ambiguo, representado lo residual. Sus sistemas de financiación son, también, muy distintos: la sanidad es universal y gratuita, mientras que los servicios y prestaciones sociales generalmente están

sometidos a copago. De ahí que la frontera entre ambas materias sea actualmente cambiante, pues existe una predisposición de las Administraciones Públicas a trasladar costes del ámbito sanitario al social, en el que la prestación de los servicios cuenta con la participación financiera del asistido.

- Diferencias organizativas. En lo competencial, la división vertical de la asistencia sanitaria se estructura entre el Estado (bases de la sanidad; coordinación general sanitaria; sanidad exterior; legislación sobre productos farmacéuticos) y las Comunidades Autónomas (desarrollo legislativo y gestión), descansando todo el sistema prestacional fundamentalmente en las Administraciones de las Comunidades Autónomas. Por el contrario, en materia de servicios sociales, la Constitución y los Estatutos de Autonomía no han reservado al Estado ninguna competencia. La legislación corresponde a las Comunidades Autónomas y la prestación de los servicios sociales se reparte entre las Administraciones autonómicas y las Administraciones municipales, correspondiendo a éstas un destacado protagonismo. A esto hay que añadir las divisiones o fragmentaciones funcionales horizontales dentro de las mismas materias sanidad y servicios sociales.

- Diferentes conocimientos y competencias profesionales en el ámbito sanitario y de servicios sociales. Dicho de otra forma, inexistencia de un espacio sociosanitario³⁴.

- Inexistencia de dotaciones presupuestarias específicas para la coordinación e integración sociosanitaria.

Los descritos elementos, provocan, a su vez, una naturaleza variable y cambiante de las fronteras entre lo social y lo sanitario, siendo patentes los problemas de coordinación de los sistemas de sanidad y de servicios sociales.

³³ Para esta exposición sigo el Informe Extraordinario del ARARTEKO “Atención Sociosanitaria: una aproximación al marco conceptual y a los avances internacionales y autonómicos” ARARTEKO, 2008, pp. 40 y ss.

³⁴ Es usual, por ejemplo, que en el ámbito de los enfermos mentales, los sanitarios den el alta médico-psiquiátrica con facilidad, en cuanto el enfermo está estabilizado, pero sin tener en cuenta sus necesidades sociales que no están cubiertas de ninguna manera. Por otra parte, los recursos sociales no suelen dar respuesta a los problemas sanitarios.

B. La articulación de la Administración del Estado con las Administraciones Autonómicas.

Al Consejo Territorial le corresponde la elaboración y aprobación del Marco de la cooperación interadministrativa para el desarrollo de la LPAPAPD, cooperación que se hará efectiva mediante la suscripción de Convenios entre la Administración General del Estado y cada una de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, siendo predicable de la atención a la dependencia las notas de universalidad e igualdad, mal se compadece con estas notas o principios el hecho de que la cooperación interadministrativa y la financiación del catálogo ordinario de prestaciones se base exclusivamente en la bilateralidad, esto es, en la voluntaria adopción de Convenios, esto es, de acuerdos concretos y puntuales susceptibles por ello de verse afectados y condicionados por consideraciones políticas de oportunidad, lo que puede razonablemente conducir, no tanto a diferencias, que son constitucionalmente posibles entre las Comunidades Autónomas ya que el nivel de prestaciones finalmente lo han de fijar ellas libremente, sino a discriminaciones injustificadas en los niveles de atención a las personas dependientes, pues ha de entenderse que si no hay Convenio no hay financiación.

Desde el punto de vista financiero, más que de Convenios libremente pactados en cuanto a sus contenidos, estamos ante contratos de adhesión, en la medida en que los Convenios tienen un contenido predeterminado que las Comunidades Autónomas no pueden pactar. En dichos Convenios han de recogerse las intensidades de prestación y los criterios de reparto (artículo 32.3) de los fondos que corresponden a cada Comunidad Autónoma entre los servicios que preste, fijados por el Consejo Territorial. Si esto es así, estamos ante una transferencia condicionada, lo que es contrario a la autonomía financiera de las Comunidades Autónomas, según ha señalado la STC 13/1992, de 6 de febrero.

En fin, si el nivel de gasto que cada Comunidad Autónoma asigne al nivel de protección cooperativo, no lo designa y reparte libremente ella, sino que lo hace el Estado o el Consejo Territorial, como parece desprenderse de los artículos 8.2 b), 10.3 y 32.3,

estaríamos ante un modelo de articulación inconstitucional por vulnerar la autonomía financiera y política de las Comunidades Autónomas.

El mecanismo de financiación compartida debería ser igual y sostenible para con todas las Comunidades Autónomas.

C. La articulación o coordinación de las estructuras administrativas y asistenciales responsables en el nivel de las Administraciones autonómicas:

La propia LPAPAPD, en su art. 11.c) establece que corresponde a las Comunidades Autónomas establecer los procedimientos de coordinación socio-sanitaria.

Del contexto de la LPAPAPD resulta la necesidad de planificar nuevas estructuras para ofrecer asistencia integrada y continua. Contempla la atención de necesidades complejas de asistencia sanitaria y ayuda social de personas que han perdido su autonomía debido a enfermedades crónicas. Es necesario, pues, avanzar en la atención sociosanitaria, fundamental para una buena atención a la dependencia, lo que requiere dar pasos en este sentido y llegar a acuerdos entre los órganos competentes en ambas áreas.

Actualmente, las Administraciones implicadas, con desprecio del principio de coordinación a que están constitucionalmente sujetas (artículo 103.1 CE), siguen fraccionando la atención a personas dependientes en función de la prevalencia de determinados elementos o componentes, como lo sanitario, lo social, lo económico, lo familiar, la edad, etc. Cuando en un ciudadano concurren diversas problemáticas, la acción de las Administraciones Públicas en lugar de reforzarse, coordinándose, tiende a diluirse o desinteresarse amparándose en la concurrencia de competencias de unas u otras. En suma, las respuestas a las demandas de las personas dependientes no son integrales, ni lo han sido nunca.

Se trata, pues, de la articulación o coordinación de las estructuras asistenciales implicadas, esto es, las de servicios sociales y las de sanidad. Muy pocas Comunidades Autónomas han adoptado verdaderas medidas al respecto.

Ante el reto de la “atención sociosanitaria” o quizás mejor de la “atención integral” a las personas en situación de dependencia, las Comunidades Autónomas están experimentando los siguientes modelos de atención:

a) Modelo basado en la coordinación e integración funcional de las respectivas estructuras organizativas de los Sistemas de Servicios Sociales y Sanitario.

Es el más generalizado. Trata de coordinar los servicios sociales y los sanitarios al objeto de ofrecer una respuesta global a las necesidades de la atención integral que se presenta en las personas dependientes. Se parte de la existencia de dos redes o sistemas prestadores (Sanidad y Servicios Sociales) diferentes, pero que ante las personas dependientes han de actuar necesariamente de forma simultánea, conjunta y complementaria³⁵. Para lograrlo en algunos casos

³⁵ *En el ámbito de la atención primaria, las actuaciones en el campo de salud y la acción social están muy interrelacionadas, hasta el punto de que llegan a confundirse. Ambos sistemas procuran un tratamiento asistencial, preventivo y educativo de la persona modulando a tal efecto programas sanitario-sociales. Entre las funciones de los Servicios Sociales de Base está la de dar la cobertura propia del trabajo social a los servicios sanitarios públicos de la Zona Básica de Salud a la que estén adscritos, coordinando sus actuaciones con el resto de los servicios sociales existentes en la Zona, así como participar activamente en la programación, ejecución y evaluación de las actividades de los Equipos de Atención Primaria desde la perspectiva del trabajo social. Es relativamente usual que las demarcaciones territoriales de los Servicios Sociales de Base queden fijadas por remisión a las previstas para las Zonas Básicas de Salud. A su vez, los reglamentos de las estructuras de atención primaria de salud, suelen definir como funciones propias de los equipos de atención primaria las de colaborar en las tareas de reinserción social y la de coordinarse con los servicios sociales públicos de la Zona, participando activamente en la programación, ejecución y evaluación de sus programas. Ello obliga a que en los equipos sanitarios se integren trabajadores sociales. Su trabajo ha de consistir fundamentalmente en adquirir un conocimiento suficiente de la situación personal y social del paciente y ayudarle a usar los recursos de la comunidad para contribuir de manera más efectiva a hacerle recuperar la salud.*

En el ámbito de la asistencia especializada, las interconexiones también surgen continuamente. Es el caso, por ejemplo, de los enfermos mentales, de la prevención de minusvalías o de la asistencia a drogadictos o alcohólicos. También el de atención a los ancianos enfermos que ocupan indebidamente plazas de hospitales, cuando debieran ser atendidos por centros especializados de servicios sociales. Es muy frecuente el caso de que un hospital dé el alta a un anciano porque ya no puede hacer más por él, pero no pueda ser asumida la continuidad de su asistencia por los servicios sociales al no contar con centros adecuados para ello (los llamados centros sociosanitarios). En suma, una persona en situación de dependencia queda desatendida. La descoordinación en este ámbito es bastante importante, lo que provoca notables lagunas en las estructuras de atención a estas personas. De ahí que se postule la readaptación de centros hospitalarios a centros de media y larga estancia, y la creación de profesiones como la enfermería comunitaria. Preciso es reconocer que, en general, la descoordinación en estos ámbitos es bastante importante existiendo notables lagunas en las estructuras de atención a estos colectivos. Y es necesario insistir en que la coordinación entre los

se crean órganos específicos de coordinación (por ejemplo, comisiones sociosanitarias de distrito o zona; consejos; puestos de trabajo individuales de coordinador, planes, etc.³⁶). En otros, se prescinde de estas estructuras coordinadoras, que en general han sido bastante inoperantes, y se trata de coordinar directamente los servicios, centros y profesionales implicados (por ejemplo, creando órganos, no de coordinación, sino de gestión de prestaciones sociosanitarias: direcciones generales, subdirecciones, etc.).

Algunas Comunidades Autónomas, están ensayando -las que lo hacen, que no son todas- distintas fórmulas de coordinación creando al efecto variedad de órganos de tipo consultivo o ejecutivo. No merece la pena detenernos aquí para describir con detalle cada una de estas experiencias. Me limito a describir dos experiencias (Castilla y León y Galicia), por considerarlas de las más elaboradas y por ser representativas de las fórmulas y órganos de coordinación a que me refiero.

servicios sociales de base y los de salud mental es decisiva para la correcta atención de estos enfermos y, en general, de las personas en situación de dependencia, sean o no enfermos.

Es igualmente el caso de los enfermos psiquiátricos cuya atención está a caballo entre la asistencia sanitaria y la social. No cabe duda alguna de que para este colectivo, así como para el de los ancianos, ha de crearse un nuevo espacio asistencial, que convencionalmente se ha denominado “espacio sociosanitario”. Los dispositivos y programas de atención a los enfermos mentales tienen carácter o naturaleza sociosanitaria y con esta vocación han de concebirse, por lo que toda la estructura organizativa y competencial que ha de dar soporte a la atención de la salud mental en sus variables sanitaria y social debe ser unitaria, esto es, debe estar plenamente integrada, superando la estructura y organización actual, que no garantiza la continuidad de la atención de las necesidades sanitarias y de las sociales.

³⁶ *País Vasco: Consejo Vasco de Atención Socio-Sanitaria.*

Navarra: Coordinador del Plan Foral de Atención Socio-Sanitaria, adscrito a Salud.

Asturias: Consejos de salud en los que participan profesionales de servicios sociales y de atención primaria de salud.

Castilla y León: Plan socio-sanitario y Comisiones sociosanitarias provinciales.

Valencia: Programa PALET para pacientes crónicos terminales, y Comisiones de coordinación por áreas de salud

Castilla la Mancha: Planes de Atención a las Personas Mayores
Andalucía: II Plan de Salud, que incluye el desarrollo de mecanismos de coordinación entre hospitales, atención primaria, servicios sociales y otras instituciones.

Extremadura: Plan marco de atención sociosanitaria Extremadura 2005-2010.

El modelo de Castilla y León, partiendo del primer Plan de Atención Sociosanitaria de 1998, se instituyó a través del Decreto 74/2000, de 13 de abril, profundamente modificado por el Decreto 49/2003, de 24 de abril. Con la finalidad de coordinar las actuaciones relativas al desarrollo, seguimiento y evaluación de la planificación de la atención sociosanitaria, se han creado los siguientes órganos: a) el Consejo de Dirección del Plan Sociosanitario, concebido como el órgano superior de coordinación en el ámbito regional; b) la Comisión de Dirección del Plan Sociosanitario del Área de Salud, que actúa en cada Área como órgano coordinador de las actuaciones de las instituciones sanitarias y sociales pertenecientes a cualquiera de las Administraciones vinculadas a los objetivos y programas de la planificación sociosanitaria; c) la Comisión de Coordinación de la Atención Sociosanitaria del Área de Salud, que actúa como órgano técnico-consultivo de la Comisión de Dirección del Plan Sociosanitario del Área de Salud, así como de viabilización de las propuestas y estudios de los profesionales de los distintos centros y servicios integrados en el Plan de Atención Sociosanitaria; d) el Coordinador del Plan de Atención Sociosanitaria del Área de Salud, que asume el papel de impulsar en las Áreas de Salud el desarrollo de la planificación sociosanitaria, e) los Equipos de Coordinación de Base, concebidos como mecanismo formalizado de relación entre los servicios sociales y los sanitarios más próximos al ciudadano al objeto de garantizar la adecuada gestión de aquellos casos que requieran la prestación simultánea, o sucesiva, de servicios sociales y sanitarios, y detectar las necesidades de mejora tanto de procesos como de servicios o recursos. El II Plan Sociosanitario de Castilla y León dice que este modelo se encuentra intrínsecamente ligado al principio de integración funcional entre los Sistemas de Acción Social y Sanitario, no tratándose de crear una tercera red gestora, sino de establecer una auténtica red de coordinación, un conjunto de cauces de conexión estables y a todos los niveles entre los servicios sociales y los sanitarios, conformando así un modelo organizativo que garantice la prestación integrada de los servicios sanitarios y sociales a todos aquellos ciudadanos que precisen de ambos. Las líneas es-

tratégicas y áreas de intervención son: 1º Potenciar la coordinación sociosanitaria; 2º Garantizar la prestación integrada de servicios en el ámbito comunitario, y prevenir la dependencia; 3º Mejorar la atención integral en los centros de carácter social y la continuidad de cuidados en los hospitales; 4º Atender a las necesidades específicas de determinados colectivos.

El modelo de Galicia se ha implantado en la reciente Ley 8/2008, de 10 de julio, de Salud de Galicia.

Enmarca la cuestión estableciendo los siguientes principios generales (artículo 136):

- La consecución de una sociedad gallega de avanzada calidad de vida, donde todas las personas tengan derecho al bienestar y a vivir su vida con plenitud, salud y madurez, de acuerdo con sus decisiones, precisa unos servicios sociosanitarios adecuados y de calidad.

- Como parte de los servicios de bienestar, la atención sociosanitaria deberá cubrir las diferentes necesidades de las personas bajo criterios de igualdad, equidad, accesibilidad, universalidad y complementariedad en la acción de las diferentes administraciones.

- En este sentido la Consellería de Sanidad promoverá la cooperación y coordinación con el Sistema Gallego de Servicios Sociales, para que la atención a las circunstancias y necesidades sociales y las acciones de prevención y asistencia sanitaria se complementen de forma adecuada. Igualmente, fomentará actuaciones integrales sociales y sanitarias ante aquellas circunstancias de dependencia, cronicidad, discapacidad u otras en que la cooperación de los dos sistemas conlleve ventajas sociales y asistenciales.

Descritos los principios informantes, define la atención sociosanitaria como el conjunto de cuidados sanitarios y de aquellos otros que correspondan dentro del sistema de servicios sociales establecido en su normativa específica, destinados a aquellos enfermos, generalmente crónicos, que por sus especiales características pueden beneficiarse de la atención simultánea y sinérgica de los servicios sanitarios y

sociales para aumentar su autonomía, paliar sus limitaciones o sufrimientos y facilitar su reinserción social³⁷.

Seguidamente, puntualiza que en el terreno sanitario la atención sociosanitaria comprende: - los cuidados sanitarios de larga duración, - la atención sanitaria a la convalecencia, - la rehabilitación en pacientes con déficit funcional recuperable, y que la continuidad del servicio será garantizada por los servicios sanitarios y sociales a través de la adecuada coordinación entre las administraciones públicas correspondientes, así como entre los departamentos competentes en materia de sanidad y en materia de servicios sociales de la Xunta de Galicia.

Como Instrumento de coordinación crea la Comisión Interdepartamental de Coordinación de la Atención Sociosanitaria de Galicia, integrada, al menos, por: a) la persona titular de la Consellería con competencias en materia de sanidad; b) la persona titular del departamento de la Xunta de Galicia con competencias en la planificación y ordenación del Sistema Gallego de Servicios Sociales; c) la persona titular de la Secretaría General de la Consellería de Sanidad; d) las personas titulares de la(s) secretaria(s) general(es) de la(s) Consellería(s) con competencias en materia de bienestar social; e) dos personas representantes del Servicio Gallego de Salud; f) una persona representante de cada una de las diferentes áreas de la Administración de la Xunta de Galicia con competencias en el ámbito sociosanitario; g) una persona representante de la Consellería de Economía y Hacienda.

Atribuye a la Comisión Interdepartamental de Coordinación de Atención Sociosanitaria de Galicia, las siguientes funciones: a) orientar las directrices de la política sociosanitaria de Galicia; b) coordinar las diferentes administraciones y organizaciones que participan en la atención sociosanitaria; c) proporcionar la información que permita el funcionamiento en red de los centros y entidades dedicadas a la aten-

ción sociosanitaria; d) colaborar en la resolución de los problemas que se identifican en Galicia dentro de la atención sociosanitaria; e) coordinar los diferentes recursos para conseguir la eficiencia en la prestación de servicios sociosanitarios; f) elaborar su reglamento de funcionamiento.

Finalmente se dispone que por Decreto y a propuesta de la Comisión Interdepartamental de Coordinación de la Atención Sociosanitaria, se establecerán los mecanismos e instrumentos de coordinación de la atención sociosanitaria a nivel territorial en las áreas sanitarias, y que en estos instrumentos de coordinación se garantizará una adecuada representación de los poderes públicos locales con competencias en la materia.

b) Refundición de las Consejerías de Sanidad y Servicios Sociales.

Este modelo que abordo ahora no es diferente del anterior. Se basa también en la coordinación e integración funcional de lo sanitario y lo social. No obstante, creo que se merece un apartado propio por cuanto se opta refundir las Consejerías de Sanidad y de Servicios Sociales.

Inicialmente tenían refundidas ambas Consejerías las Comunidades Autónomas de Navarra, Galicia, Castilla-La Mancha, Asturias y La Rioja. Entre los años 2003 y 2007 también las tuvo refundidas Cantabria. En estos momentos, sólo las tienen Extremadura y Castilla-La Mancha³⁸.

³⁸ *La estructuración actual por Comunidades es la siguiente: ANDALUCÍA (Consejerías de Salud y de Igualdad y Bienestar Social); ARAGÓN (Consejerías de Salud y Consumo y de Servicios Sociales y Familia); ASTURIAS (Consejerías de Salud y Servicios Sanitarios y de Bienestar Social); BALEARES (Consejerías de Salud y Consumo y de Asuntos Sociales, Promoción e Inmigración); CANARIAS (Consejerías de Sanidad y de Bienestar Social, Juventud y Vivienda); CANTABRIA (Consejerías de Sanidad y de Empleo y Bienestar Social); Castilla-La Mancha (Consejería de Salud y Bienestar Social); CASTILLA Y LEÓN (Consejerías de Sanidad y de Familia e Igualdad de Oportunidades); CATALUÑA (Departamentos de Salud y de Acción Social y Ciudadanía); EXTREMADURA (Consejería de Sanidad y Dependencia); GALICIA (Consejería de Sanidad y Vicepresidencia de Igualdad y Bienestar); LA RIOJA (Consejerías de Salud y de Servicios Sociales); MADRID (Consejerías de Sanidad, de Familia y Asuntos Sociales, de Inmigración y Cooperación y de Empleo y Mujer); MURCIA (Consejerías de Sanidad y de Política Social, Mujer e Inmigración); NAVARRA*

³⁷ *Transcribe literalmente la definición de atención sociosanitaria que hace el artículo 14.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Lo único que añade es que los cuidados son sanitarios y sociales.*

Merece la pena detenernos un momento para describir el modelo organizativo seguido por estas últimas Comunidades Autónomas.

Respecto de Cantabria, la Ley 6/2001, de 20 de noviembre, de atención y protección a las personas en situación de dependencia, configuraba el sistema de atención a las personas dependientes como una red de utilización pública, diversificada, y que integra de forma coordinada centros y servicios públicos y privados debidamente acreditados, que denomina sociosanitarios, estructurándolos en tres niveles. Atribuía a la entonces existente Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales, las siguientes funciones: a) regulación, autorización y control de los centros, servicios, establecimientos y actividades sociosanitarias; b) elaboración y propuesta para su aprobación por el Gobierno de Cantabria del plan de acción sociosanitaria de atención a personas en situación de dependencia, c) la gestión de los recursos públicos propios de atención a personas dependientes; d) favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de los individuos con una persona dependiente a su cargo, con el fin de favorecer la permanencia de ésta en su domicilio, o apoyando a las familias en todos los aspectos de carácter social. A las Entidades Locales les reconoce las siguientes competencias: a) desarrollar la gestión de los servicios de primer nivel de apoyo en el domicilio; b) colaborar en la gestión de cualesquiera otras actividades sociosanitarias, en materia de: -coordinación de los programas de prevención e incorporación social que se desarrollen exclusivamente en el ámbito de su municipio; -apoyo a las asociaciones y entidades que en el municipio desarrollen actividades, de acuerdo a las directrices del plan de atención a la dependencia de la Comunidad Autónoma; -formación en materia del personal propio; -promoción de la participación social en esta materia en su ámbito territorial. Esta Ley dispuso la creación dentro de la Consejería de Sanidad, Consumo y Servicios Sociales de una Dirección General de Aten-

ción Sociosanitaria, con la misión de planificar y ordenar las diferentes actuaciones que se lleven a cabo en materia de atención y protección a las personas dependientes (artículo 9). También contemplaba la creación de instrumentos de coordinación, tales como el Consejo Asesor de personas Dependientes (artículo 10). Más tarde, mediante el Decreto 55/2003, de 11 de julio, se extraen de esta Consejería las competencias y funciones en materia de consumo, pasando a denominarse Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, y por Decreto 133/2003, de 31 de julio, se modifica la estructura de la Consejería procediéndose a la supresión de la Dirección General de Atención Sociosanitaria y de la Dirección General de Acción Social como órganos directivos, y a la creación de las nuevas Direcciones Generales de Políticas Sociales y de Servicios Sociales. La modificación persigue la reordenación del área de bienestar social en un doble sentido: de una parte, unificar en una sola Dirección General la gestión de servicios sociales, hasta ahora dispersa en las dos Direcciones Generales suprimidas, lo que, en criterio del gobierno cántabro, debía redundar en la eficacia, agilidad y coordinación administrativa de este sector; de otra parte, se crea una nueva Dirección General cuyo cometido fundamental es el diseño y planificación de las políticas de naturaleza social, en aras a coadyuvar a la optimización de los recursos y a la renovación e implantación de los programas de servicios sociales

En mi criterio, el modelo organizativo rediseñado por el Gobierno de Cantabria era acertado. De un lado, asegura un buen grado de coordinación entre el Sistema Sanitario y el de Acción Social al integrar las estructuras organizativas de ambos Sistemas en la misma Consejería y, por ende, bajo una misma dirección. De otro lado, rechaza abiertamente la creación de una nueva red sociosanitaria para lo que incluso se termina suprimiendo la inicialmente creada Dirección General de Atención Sociosanitaria, distribuyendo las funciones propias de esta Dirección entre las Direcciones Generales de Políticas Sociales y de Servicios Sociales. Y es que, en efecto, la atención a la dependencia no debe ser un sistema o una red autónoma y diferente. Es simplemente un ámbito más del Sistema de Acción Social y en menor medida un ámbito más del Sistema de Sanidad.

(Departamentos de Salud y de Asuntos Sociales, Familia, Juventud y Deporte); PAÍS VASCO (Consejerías de Sanidad y de Vivienda y Asuntos Sociales); VALENCIA (Consejerías de Sanidad y de Bienestar Social).

Sin embargo, posteriormente, el Parlamento de Cantabria promulga la Ley 2/2007, de 27 de marzo, de Derechos y Servicios Sociales. Esta Ley configura un Sistema Público de Servicios Sociales y una Cartera de Servios Sociales, pero no prejuzga qué Consejería será la competente en la materia. Sin embargo, seguidamente, por Decreto 9/2007, de 12 de julio, de reorganización de las Consejerías, la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales, pasa a denominarse Consejería de Sanidad, y la Consejería de Relaciones Institucionales y Asuntos Europeos, a su vez, pasa a denominarse Consejería de Empleo y Bienestar Social. Por su parte, el Decreto 99/2007, de 2 de agosto, de estructuración de esta última Consejería, integra la Subdirección General de Dependencia en la Dirección General de Servicios Sociales.

Extremadura aprobó en el año 2004 un Plan Marco de Atención Sociosanitaria en el que se diseña una coordinación horizontal y vertical de los sistemas sanitario y de servicios sociales, creando para ello los siguientes órganos de coordinación: a) Comisión de seguimiento de plan sociosanitario; b) Comisión permanente intersectorial sociosanitaria; c) Comisiones sociosanitarias de zona; d) Comisiones sociosanitarias comunitarias. Además, es la única Comunidad Autónoma que, de momento, ha reestructurado su Administración para acomodarla a los nuevos planteamientos que se derivan de la aplicación de la LPAPAPD. Recientemente, por Decreto 17/2007, de 20 de julio, la Junta de Extremadura ha remodelado las Consejerías para poder disponer de una estructura transversal que permita dar respuestas más eficientes a los ciudadanos. En ese sentido su apuesta por las políticas sociales se plasma en todos los Departamentos en los que se estructura la Junta, pero de forma especial en la Consejería denominada de Sanidad y Dependencia. Son objetivos de esta nueva Consejería, según reza el Decreto, trabajar intensamente para poder prestar unos servicios de calidad a los ciudadanos en materia sanitaria, con un compromiso claro por la mejora continua de la calidad. Pero, además, establecer las políticas para prevenir las situaciones de dependencia y favorecer la autonomía personal y atender a la dependencia de forma integral e integrada. La Consejería de Sanidad y Dependencia se conforma como una gran apuesta

por el futuro de los servicios sociosanitarios en la Comunidad Autónoma. Detrae de Servicios Sociales toda la estructura dedicada a la atención a la dependencia y la integra en la nueva Consejería de Sanidad y Dependencia, configurando, en lo que aquí importa, dos Direcciones Generales: la de Asistencia Sanitaria y la de Atención Sociosanitaria y de Salud. Se reafirma expresamente la intención de lograr una coordinación horizontal y vertical de los sistemas sanitario y social en su conjunto.

Sorprende esta remodelación en cuanto parece que, desoyendo los mandatos de la LPAPAPD³⁹, integra la atención a los dependientes en el ámbito y la materia sanidad, en lugar de en la materia servicios sociales.

Castilla-La Mancha, mediante el Decreto 125/2008, de 31 de agosto, crea la Consejería de Salud y Bienestar Social, refundiendo así las anteriores de Sanidad y Bienestar Social. La razón aportada es la evitar solapamientos asistenciales. En el momento de escribir estas líneas no se ha promulgado todavía la estructura de esta nueva Consejería.

c) Modelo basado en la creación de una nueva red de atención sociosanitaria.

El otro modelo, radicalmente diferente, consiste en crear una red de atención sociosanitaria entendida como un conjunto de recursos destinados de forma específica a la atención sociosanitaria, reorientando servicios sanitarios y servicios sociales, algunos de los cuales, junto a otros recursos específicos, pasan a formar parte de un tercer Sistema denominado Sistema o Red de Atención Sociosanitaria. Así, por ejemplo, la Ley 6/1999, de 7 de julio, de atención y protección a los ancianos, de Andalucía, habla de Sistema Sociosanitario y de Red Sociosanitaria (arts. 24 y 26).

Como paradigma de este modelo tenemos el caso de Cataluña, que creó la Red de Servicios Sociosanitarios como desarrollo del programa “Vida als Anys”. El programa propició la creación de una red específica de servicios sociosanitarios compuesta por servicios de internamiento de larga estancia, centros

³⁹ Cosa que, sin duda, en términos constitucionales puede hacer.

y unidades de media estancia para atender a personas en fase de convalecencia y subaguda de enfermedad, así como en fase terminal mediante cuidados paliativos, servicios de día sociosanitarios equipos de evaluación y soporte y centros residenciales y ambulatorios para personas con problemas de drogodependencia⁴⁰. El sistema es cofinanciado por el Servicio Catalán de la Salud y el Instituto Catalán de Asistencia y Servicios Sociales, si bien la vinculación es mayor con el área de salud. Es un modelo de referencia en todo el Estado, incluso está pilotado por la OMS, aunque también es rechazado por la doctrina científica en cuanto fracciona los Sistemas de Servicios Sociales y de Sanidad, rompe la naturaleza sistémica de la Sanidad y de los Servicios Sociales, y crea una tercera red que exige nuevas medidas de coordinación.

d) Modelo privatizador del sistema (proceso de valoración y de prestación de servicios).

La Comunidad Valenciana, caso singular, esta practicando una abierta y decidida política de privatización de servicios de atención a la dependencia, tanto de los servicios de valoración y elaboración de los PIAs como de las prestaciones consiguientes. El Gobierno ha encomendado las funciones de valoración y elaboración de los PIAs a AVAPSA (Agencia Valenciana de Prestaciones Sociales), sociedad anónima mercantil de capital público. Sin embargo, el artículo 27 de la LPAPAPD dispone que los órganos de valoración deben tener, en todo caso, carácter público. Encomendar esta función a una sociedad mercantil sometida al derecho privado y con personal laboral, aunque sea de capital público, no parece lo más indicado. Creo que la función de evaluación, en la que debe primar la profesionalidad, imparcialidad, objetividad, etc., debe estar reservada a personal funcionario con cualificación idónea⁴¹. Las presta-

ciones y servicios a los dependientes las concierta con la iniciativa privada lucrativa.

En la Ley de Presupuestos para 2008, ha establecido el silencio administrativo negativo en los procedimientos de reconocimiento de la situación de dependencia, que hasta entonces era positivo (disposición adicional 11). El Defensor del Pueblo ha tenido que impugnar ante el Tribunal Constitucional tal disposición adicional⁴².

D. La articulación de las Administraciones autonómicas y las municipales.

Conforme al artículo 12 de la LPAPAPD, las entidades locales han de participar en la gestión de los servicios de atención a los dependientes de acuerdo con la normativa que al respecto fije cada Comunidad Autónoma.

Desde el punto de vista doctrinal, es comúnmente admitido que, sin perjuicio de las competencias que el ordenamiento vigente les atribuye en cada caso, debe corresponder a los Ayuntamientos en su ámbito territorial cuando menos la gestión de los servicios de primer nivel de apoyo en el domicilio, así como colaborar en la gestión de cualesquiera otras actividades sociales o sociosanitarias que se desarrollen exclusivamente en el ámbito de su municipio. Ahora bien, el problema crónico de las Entidades Locales está en la falta de fuentes estables de financiación para la prestación de estos servicios. Generalmente tienen que acudir a la celebración de convenios o a la obtención de subvenciones de las Administraciones autonómica o estatal⁴³.

La legislación autonómica, por lo general, atribuye indiscriminadamente las mismas competencias a todas las entidades locales sin distinción alguna en

⁴⁰ Véase el Decreto 92/2002, de 5 de marzo, que estable la tipología de centros sociosanitarios.

⁴¹ CCOO ha interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la delegación en AVAPSA de la realización del proceso de valoración y determinación de PIA, por considerar que los ciudadanos valencianos no disponen de las mismas garantías de imparcialidad, confidencialidad y profesionalidad que los del resto del Estado español.

⁴² El recurso de inconstitucionalidad realmente se basa en que la citada disposición no cumple con las condiciones establecidas por el TC para delimitar el ámbito dentro del que puede incluirse una materia concreta en la Ley de Presupuestos.

⁴³ Por ejemplo, mediante el Real Decreto 918/2006, de 28 de julio, el Estado dispone la concesión de subvenciones a ocho Ayuntamientos, que se instrumentarán mediante los correspondientes convenios de colaboración, con la finalidad de finalizar la construcción, ampliación, adaptación o equipamiento de centros de atención a personas mayores en situación de dependencia.

razón del número de habitantes. Sin embargo, la experiencia enseña que esta tradicional asignación igualitaria de competencias en servicios sociales no es realista pues los municipios pequeños, al carecer de financiación y población suficiente, no han sido ni son capaces de desarrollarlos por sí solos, y cuando lo han hecho ha sido gracias a las aportaciones y subvenciones de la Administración autonómica. Esta dependencia financiera de la Administración autonómica sigue siendo hoy determinante. En mi criterio, como quiera que la reforma de los municipios con drástica reducción de su número parece, hoy por hoy, utópica, es precisa una redefinición de las competencias de los municipios en función de su número de habitantes, habida cuenta que los municipios con muy escasa población y, por ende, escasa o nula financiación no pueden prestar los mismos servicios sociales que los medianos o los grandes⁴⁴. Buen ejemplo de tal redefinición ha sido la Ley 5/1996, de 18 de octubre, de Servicios Sociales, del País Vasco.

La Comunidad Foral de Navarra, sin embargo, en su reciente Ley Foral 15/2006, de 14 de diciembre, de Servicios Sociales, en lugar de hacer una redefinición de competencias, opta por asignar a los servicios sociales de base -de titularidad municipal- cuatro programas de implantación obligatoria, pero dispone que cuando su implantación no sea viable, se garantizará su oferta desde el nivel de área a través de unos centros de nueva creación: los centros de servicios sociales, pero de titularidad de la Administración foral. Y, en efecto, una de las novedades destacables que la Ley Foral aporta a la red de servicios sociales son estos centros de servicios sociales de titularidad y gestión de la Administración de la Comunidad Foral, configurados como servicios de apoyo a la atención primaria y con ámbito de actuación en el área. Su función es la de servir de apoyo a los servicios sociales de base municipales y la de sustituirlos en sus debilidades o cuando no exista suficiente casuística para la dotación de personal *ad hoc*. El legislador foral pretende solucionar así la

limitada capacidad de los municipios para cumplir con sus obligaciones de creación, mantenimiento y gestión de servicios sociales de base, esto es, de crear y gestionar la estructura de atención primaria.

IV. HACIA UN MODELO DE ATENCIÓN SOCIOSANITARIA.

En la mayoría de los países de nuestro entorno es una constante la adopción de modelos mixtos de atención sociosanitaria. En efecto, sin perjuicio de optar, de entrada, por el modelo de coordinación o el de integración, siempre hay una cierta combinación de ambos modelos tanto en los niveles de organización como en los de intervención. Es frecuente que, además de la creación de las correspondientes estructuras e instrumentos de coordinación, en el nivel primario se tienda a una integración funcional, e incluso en algún caso orgánica, de estructuras y medios asistenciales como fórmula de articulación de las redes sanitaria y de servicios sociales.

En mi criterio, partiendo de la idea de que la dependencia debe integrarse en el sistema de servicios sociales, parece más oportuno que se refundan en una misma Consejería o Departamento la sanidad y los servicios sociales, con una integración no orgánica sino funcional de la asistencia sociosanitaria, esto es, una integración funcional de los servicios sociales y sanitarios, sobre todo los de atención primaria (centros de día y comunitarios que ofrezcan la generalidad de los servicios con el objetivo de mantener al dependiente en su entorno familiar y social habitual), así como la reorientación del sistema sanitario y el de servicios sociales hacia la complementariedad y el trabajo en equipo: se trata de compartir una visión integral (equipos múltiples e interdisciplinarios que realicen la valoración de las necesidades, gestionen los recursos ambulatorios, hospitalarios y residenciales, y hagan un seguimiento continuo de la atención prestada a los dependientes).

En cualquier caso, lo que sí parece imprescindible al objeto de estructurar y consolidar un espacio sociosanitario es combinar actuaciones a nivel estratégico (normación, organización planificación, financiación, etc.) propias de los órganos superiores de la Administración, con acciones de carácter operati-

⁴⁴ *Sobre esta cuestión, me remito a mi trabajo "Los principios de organizativos de la Administración social: descentralización, participación, coordinación y cooperación" en Documentación Administrativa, núms. 271-272, INAP, agosto de 2005, pp. 207 a 236.*

vo por los niveles inferiores (centros comunitarios, creación de equipos multidisciplinares, etc.) en las que el enfoque predominante, si no único, son las personas a atender. Así, en función de las necesidades reales de los dependientes, poder diseñar respuestas adecuadas, perfilando, en consecuencia, actuaciones de coordinación o de integración de los recursos sanitarios y sociales existentes (fundamentalmente, mediante el trabajo interdisciplinar). Dicho de otra forma, adaptando las estructuras de atención a las necesidades de las personas, no obligando a las personas a adaptarse a las estructuras.

Ambos niveles de actuación son necesarios pues se complementan mutuamente supliendo las carencias que uno y otro nivel tienen por sí solos. En suma, se trata de conseguir una articulación real, no sólo teórica o sobre el papel, de ambas redes; una articulación que garantice, en la medida de lo posible, una asistencia integral y continuada de la persona.

V. LA ATENCIÓN INTEGRAL Y CONTINUA DEL DEPENDIENTE: LA CALIDAD DEL SERVICIO UNIDA AL PAPEL DE LA ENFERMERÍA Y DEL TRABAJO SOCIAL.

En las dos últimas décadas del pasado siglo, las Administraciones asistenciales han centrado sus esfuerzos en lo cuantitativo, esto es, en los recursos, en la dotación de servicios y prestaciones. Sin embargo, en el presente y de cara al futuro, además de cubrir lo cuantitativo, carencia particularmente sentida en la atención a la dependencia, es ineludible afrontar también lo cualitativo, es decir, centrar la atención, además de en los recursos, en sus destinatarios, los usuarios, pues actualmente la ciudadanía demanda que los servicios y prestaciones existentes se efectúen con unos niveles de calidad apropiados. En definitiva, el Estado social del siglo XXI reclama de los poderes públicos y de las Administraciones competentes, no sólo un determinado *quantum* prestacional, sino una calidad suficiente de las prestaciones y servicios a que viene obligado. Exige la conformación de eficaces y eficientes Administraciones prestacionales. Es, pues, deber de una buena Administración pública y, en concreto, de una buena Ad-

ministración prestacional, y paralelamente derecho del ciudadano, que gestione los servicios y realice la asistencia con una calidad suficiente. Se trata de modernizar las estructuras, de ordenar y actualizar los métodos y, como prestadora de servicios a los ciudadanos, de adoptar un modelo de progresiva calidad.

En esta línea, el artículo 34 manda fomentar la calidad en la atención a la dependencia con el fin de asegurar la eficacia en la prestación de los servicios. Pues bien, respecto a la calidad de los servicios y prestaciones, sin minusvalorar los criterios de calidad mínimos a exigir por igual a los centros y servicios de titularidad pública y privada, creo ha de darse una particular atención a la formación de los profesionales y no profesionales cuidadores de los dependientes. Para ello, dispone el artículo 36 que los poderes públicos determinarán las cualificaciones profesionales idóneas para el ejercicio de las funciones que se correspondan con el Catálogo de servicios establecidos.

Creo que la especialidad de Enfermería Familiar y Comunitaria es la idónea para cubrir este campo⁴⁵, pero es imprescindible que el programa de formación de la especialidad profile adecuadamente el contenido y currículo de la misma para que cubra convenientemente los aspectos sociosanitarios. Al respecto, creo interesante aludir a la figura de la “Enfermera Comunitaria de Enlace” en la Atención Domiciliaria, particularmente instrumentada en Andalucía⁴⁶. Los o las enfermeras que quieran dedicarse a la atención sociosanitaria a dependientes deben poseer conocimientos sobre enfermería comunitaria, enfermería geriátrica y enfermería médico-quirúrgica, ade-

⁴⁵ Conforme al Real Decreto 450/2005, de 22 de abril, sobre Especialidades de Enfermería, éstas son las siguientes: - Enfermería Obstétrico-Ginecológica (Matrona); - Enfermería de Salud Mental; - Enfermería Geriátrica; - Enfermería del Trabajo; - Enfermería de Cuidados Médico-Quirúrgicos; - Enfermería Familiar y Comunitaria; - Enfermería Pediátrica.

⁴⁶ La Orden de 9 de marzo de 2004 del Plan de Apoyo a las Familias Andaluzas, recoge en su artículo 28 la necesidad de mejorar los cuidados enfermeros a domicilio para las personas mayores o con discapacidad que lo necesiten, así como prestar apoyo y formación a las cuidadoras familiares en su labor. Para ello define el refuerzo de los equipos enfermeros de los grandes núcleos de población.

más de dominar técnicas de prevención y educación sanitaria.

La enfermera comunitaria, en el ámbito de la atención primaria de salud, asume actualmente la responsabilidad de gestión de casos al contar con el perfil profesional idóneo para ofrecer una atención integral e integradora de calidad, eficaz y eficiente, tanto a la persona dependiente, como a su familia y al cuidador no profesional, todo ello en el contexto comunitario.

Se ha dicho que su cometido consiste en revisar a las personas incluidas en los programas de Atención Domiciliaria, tanto por la Atención Primaria de Salud como por los Servicios Sociales. Con formación específica sobre valoración integral y coordinación, recoge la información específica sobre las necesidades de mayores, discapacitados y sus cuidadores, para compartirla, revisarla y coordinar las intervenciones con todos los profesionales y miembros del equipo de atención primaria, además de los familiares implicados. Hace una valoración específica del paciente y su cuidador necesitados de atención domiciliaria. Se concentra en detectar, valorar e intervenir de forma precoz en problemas de salud y

paliar los existentes, actuando en cooperación con el equipo. Presta apoyo al cuidador principal, de forma individual y grupal, realizando talleres para la formación de los cuidadores sobre cuidados básicos. Realiza, junto con el resto del equipo, todas aquellas actividades dirigidas a la información y formación de los cuidadores, prestando apoyo al cuidador principal, de forma individual y grupal. Incorpora a su modelo de práctica clínica la coordinación como elemento fundamental, constituyendo un eslabón entre la Atención Especializada y la Atención Primaria, teniendo una participación activa en la discusión de casos, sesiones de seguimiento de planes de cuidados conjunto, realización de planificaciones al alta conjunta.

También es cualificación profesional idónea la del trabajador social. Se entiende que el trabajo social cuenta con técnicas válidas y fiables para valorar la convivencia, la sobrecarga del cuidador, el estado de la red de apoyo social, los recursos existentes, así como para realizar una intervención a largo plazo que fomente el incremento de la calidad de vida de las personas.

SOBRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

Juan Pemán Gavín

Sumario. I. PRELIMINAR.. II. DESARROLLOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. III. EL DERECHO COMPARADO. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE ALGUNOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES. 1. Introducción. 2. El caso de Sudáfrica. Las sentencias de su Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1997 y de 5 de julio de 2002. 3. La jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la salud en algunos países europeos: Alemania, Francia e Italia. 4. Observaciones de conjunto. IV. SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN ESPAÑA: LA EXPERIENCIA RECIENTE. 1. Introducción. La falta de una doctrina referida específicamente al derecho a la salud en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional. 2. Los avances en el terreno legislativo (A): la asistencia sanitaria. 3. Los avances en el terreno legislativo (B): la salud pública. V. CONSIDERACIONES FINALES.

I. PRELIMINAR.

La Constitución de 1978 consagró el derecho a la protección de la salud mediante una fórmula concisa y sin duda abierta a una interpretación gradual o progresiva y adaptable a las cambiantes circunstancias de cada momento histórico. “Se reconoce el derecho a la protección de la salud”, dice lacónicamente el art. 43 CE en su apartado 1; reconocimiento que se ubica en el marco sistemático del Capítulo III del Título I, de efectos normativos menos intensos, como es bien sabido, que los derechos consagrados en el Capítulo II, y que se complementa con algunos mandatos adicionales de contenido igualmente muy abierto (apartados 2 y 3).¹

¹ El contenido de los apartados 2 y 3 es el siguiente:
“2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y

Mediante este precepto constitucional quedó reflejado en la norma que encabeza nuestro ordenamiento jurídico el compromiso político y jurídico de los poderes públicos con la protección de la salud de la población, tanto en su vertiente colectiva como en la individual. Un compromiso que se había ido asumiendo ya de manera paulatina a lo largo de las décadas anteriores a la promulgación de la Constitución y que había tenido plasmación ya entonces en el ámbito internacional y en el del Derecho comparado, ámbitos ambos en los que la tendencia al reconocimiento del derecho a la protección de la salud podía considerarse consolidada.

La invitación a participar en el número extraordinario de la Revista Derecho y Salud que conmemora

servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”.

ra los 15 años de su ya consolidada y fecunda andadura, me ofrece una ocasión oportuna para realizar una reflexión de conjunto en torno a este derecho, sobre la base de la perspectiva ya amplia que proporciona el transcurso de tres décadas desde la promulgación de la Constitución, y teniendo en cuenta especialmente lo sucedido durante el tiempo de vida de esta Revista. En concreto, me propongo subrayar algunas de las novedades producidas en los últimos años que inciden sobre el disfrute efectivo de este derecho constitucional; novedades que entre nosotros se han producido más en el ámbito legislativo que en el de la jurisprudencia constitucional, escasamente activa en este punto como tenderemos ocasión de constatar. Pero junto a ello, me parece interesante también volver la mirada sobre lo que sucede fuera y ofrecer algunos referentes de interés sobre el tema desde la óptica del Derecho comparado –con el objetivo de enriquecer el análisis y ampliar nuestro ángulo de visión- así como apuntar algunos datos novedosos que presenta la materia en la esfera del Derecho Internacional de los derechos humanos. Una esfera ésta última que no puede decirse en modo alguno que nos resulte externa o ajena, habida cuenta de nuestra vinculación a diversos Tratados internacionales que reconocen el derecho a la salud y habida cuenta también de la eficacia interpretativa indirecta que tales Tratados tienen en nuestro ordenamiento jurídico de conformidad con lo dispuesto por el art. 10.2 de nuestra Constitución.

Nos ocuparemos en primer lugar de este último aspecto (Epígrafe II), para abordar luego la cuestión en el Derecho comparado, con un planteamiento necesariamente selectivo al respecto (Epígrafe III), y, por último, nos centraremos en la experiencia española reciente en torno a la materia (Epígrafe IV).

II. DESARROLLOS EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS.

A. La preocupación por la salud, como bien fundamental de la persona humana, aparece reflejada ya en el artículo 25.1 de la *Declaración Universal de Derechos Humanos* de 1948, en el que se contemplan –a través de una formulación conjunta y condensada-

diversos derechos humanos referidos a la esfera económico-social². Pero dicha preocupación encontraría una plasmación más explícita y precisa en la codificación general de derechos humanos que llevaron a cabo los Pactos de Nueva York de 1966. Concretamente en el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*³, cuyo artículo 12 se refiere específicamente al derecho a la salud en los siguientes términos:

“1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute

² En dicho precepto se establece que “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, viudedad, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.

Téngase en cuenta, por otro lado, que un poco antes (año 1946) la Constitución de la Organización Mundial de la Salud había proclamado en su Preámbulo que el “goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social”, mediante una proclamación que, unida al generoso concepto de salud que incorpora dicho texto (“un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”), buscaba obviamente no tanto desplegar efectos jurídicos concretos sino fijar un objetivo político ambicioso para la Organización que incorporaba además una indudable carga de utopismo.

³ Recuérdese que la codificación general de los derechos humanos acometida por Naciones Unidas se llevó a cabo a través de dos Tratados internacionales independientes –sin perjuicio de que se elaboraran y aprobaran de forma paralela- uno referido a los denominados “derechos civiles y políticos” y otro referido a los denominados “derechos económicos, sociales y culturales”. Con la entrada en vigor de estos textos, que no se produciría hasta 1976, quedó cerrado un largo proceso dirigido a dar eficacia jurídica a los derechos humanos contemplados en la Declaración de 1948 –que tuvo como es bien sabido un extraordinario valor político y moral pero que carece de efectos jurídicos directos-, y a concretar su contenido. En virtud de los dos Pactos Internacionales de 1966 los derechos humanos proclamados en 1948 quedaron incorporados a Tratados internacionales que vinculan a todos los Estados parte en los mismos. El número de ratificaciones obtenida por estos Tratados es hoy ciertamente elevado: por lo que se refiere al Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales son en la actualidad 159 los Estados lo han ratificado (según datos actualizados a julio de 2008) lo que conlleva un porcentaje muy alto de los miembros de Naciones Unidas. España ratificó ambos Pactos mediante sendos instrumentos de ratificación de 27 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril de 1977).

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 mortinatalidad 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 epidémicas, 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.”

Pero junto a esta consagración general del derecho a la protección de la salud, ha habido otros Tratados internacionales sobre derechos humanos que han incorporado también este derecho, si bien con un ámbito de proyección más limitado. Así cabe citar, por lo que se refiere a los instrumentos de carácter regional, la *Carta Social Europea* de 1961 (apartados 11 y 13 de su Parte I y artículos 11 y 13 de su Parte II), la *Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos* de 1981 (art. 16) y el *Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos* en materia de derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en San Salvador en 1988 (art. 10). Y por lo que se refiere a los Tratados de proyección universal pero referidos a grupos determinados de población son de destacar la *Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* de 1979 (art. 11.1.f y art. 12), la *Convención sobre los derechos del niño* de 1989 (art. 24) y la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* de 2006 (art. 25)⁴.

⁴ Tanto la *Carta Social Europea* como las tres *Convenciones de Naciones Unidas* citadas en último lugar (la de 1979 contra la discriminación de la mujer, la de 1989 sobre los derechos del niño y la de 2006 sobre derechos de las personas con discapacidad) han sido ratificadas por España, de modo que vinculan al Estado español y forman parte de nuestro ordenamiento jurídico

B. De todas estas formulaciones del derecho a la protección de la salud, -en las que puede identificarse un núcleo común pero también matices específicos en cada caso- nos interesa reparar de modo particular en la contenida en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales habida cuenta del ámbito universal de su proyección y de la ya dilatada experiencia habida en su interpretación y aplicación. En concreto, procede preguntarse por los instrumentos que se contemplan para garantizar la efectividad de este derecho así como por el contenido concreto que el mismo ha alcanzado en la praxis aplicativa que ha tenido durante los años de vigencia del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, PIDESC). Un Tratado éste que, junto con el relativo a los Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) -hermano gemelo o quizás mejor “mellizo” del PIDESC-, continúa ocupando sin duda una posición de especial relevancia dentro de la ya ingente obra de Naciones Unidas en favor del reconocimiento y protección de los derechos humanos⁵.

Por lo que se refiere a los mecanismos que se contemplan para garantizar la efectividad del derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 12 del PIDESC, son los que genéricamente se establecen para los derechos reconocidos en dicho Tratado que, como es sabido, no son particularmente contundentes o enérgicos en la medida en que están vinculados a los procedimientos propios del Derecho Internacional clásico o tradicional, escrupulosos con el respeto a la soberanía de los Estados.

Al respecto interesa subrayar en primer lugar, la formulación general que se contiene en el art. 2 del

conforme a lo dispuesto por el art. 96 CE. Por lo que se refiere a la *Convención sobre derechos de las personas con discapacidad*, España ha ratificado también su *Protocolo facultativo relativo a las competencias del Comité sobre derechos de las personas con discapacidad*.

⁵ No se olvide que, junto a la eficacia normativa directa que es propia de todos los *Tratados internacionales ratificados por España* (art. 96 CE), en materia de derechos humanos tales *Tratados* tienen también un valor interpretativo de nuestro *Derecho positivo* dado que, de acuerdo con el art. 10.2 CE “las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y los *tratados y acuerdos sobre las mismas materias ratificados por España*”.

PIDESC sobre las obligaciones derivadas del mismo para los Estados Parte, que presenta matices claramente diferenciados respecto a la formulación que realiza el precepto correspondiente del otro Pacto, el de Derechos Civiles y Políticos (también en su art. 2). En el art. 2 del PIDESC si, por un lado, queda clara la obligación de los Estados de “adoptar medidas [...] para lograr [...] por todos los medios apropiados [...] la plena efectividad de los derechos” reconocidos en el Pacto, no deja de admitirse la existencia de condicionamientos fácticos con efectos limitativos de tales medidas (las obligaciones asumidas alcanzan “hasta el máximo de los recursos de que disponga” cada Estado parte) ni se elude tampoco admitir que el avance hacia la plena efectividad de los derechos ha de producirse en términos de gradualidad (el adverbio *progresivamente* matiza la referencia al logro de la plena efectividad de los derechos)⁶.

Y por otro lado debemos dejar constancia de que, en relación con los derechos reconocidos en el PIDESC, no sólo no existe un órgano de naturaleza jurisdiccional que garantice su efectividad -lo que es ajeno por completo al sistema de protección de los derechos humanos de Naciones Unidas-, sino que tampoco es posible interponer denuncias individuales ante órganos *ad hoc* frente a las vulneraciones que los Estados realicen de los derechos que se han compro-

metido a respetar. Lo cual contrasta con lo que acontece en el ámbito de los derechos reconocidos en el PIDCP, donde es factible dicha posibilidad frente a todos los Estados que han ratificado el Protocolo facultativo del PIDCP sobre el Comité de Derechos Humanos. Protocolo facultativo que regula la presentación de tales denuncias individuales ante el mencionado Comité, que es un órgano integrado por 18 expertos independientes al que se encomiendan las funciones de control del cumplimiento por los Estados Partes de sus obligaciones⁷. Al no existir esta posibilidad en relación con los derechos económicos y sociales -por el momento no han cuajado los intentos de elaborar en relación con los mismos un Protocolo facultativo sobre presentación de denuncias individuales-, las fórmulas de control del cumplimiento por parte de los Estados de las obligaciones asumidas en virtud del PIDESC quedan limitadas a la exigencia que asumen los Estados de presentar *informes periódicos* sobre el grado de cumplimiento de tales obligaciones. Informes que deben reflejar “las medidas que hayan adoptado, y los progresos realizados, con el fin de asegurar el respeto a los derechos reconocidos” (art. 16.1 PIDESC) y que se presentan ante el Secretario General de Naciones Unidas para

⁶ La redacción del apartado 1 de este art. 2, no es particularmente feliz, como puede comprobarse:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive, en particular, la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

Por su parte, el apartado 2 formula con mayor claridad la regla de la no discriminación en el disfrute de los derechos al decir que “los Estados partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian sin discriminación alguna por motivos de raza, color [...]”.

En contraste evidente con el art. 2.1 del PIDESC y en coherencia con la diferente naturaleza de los derechos reconocidos, el art. 2.1 del PIDCP establece que “cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color [...]”.

⁷ El Comité de Derechos Humanos fue creado y regulado por el propio PIDCP (arts. 28 y ss.), en el que se le atribuye la competencia para conocer de los informes que han de presentar los Estados sobre el cumplimiento de sus obligaciones (art. 40) así como, con carácter voluntario para los Estados Partes que lo acepten, la competencia para conocer de las comunicaciones que presente un Estado Parte presente frente a otro Estado Parte (art. 41). Junto a estos dos mecanismos, la posibilidad de presentación de denuncias individuales (“comunicaciones de individuos”) se contempla de forma separada en el Protocolo facultativo primero al PIDCP, aprobado por la Asamblea General de manera simultánea al Pacto, el 16 de diciembre de 1966, que regula la posibilidad del Comité de “recibir y considerar comunicaciones de individuos” que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado parte en el Protocolo facultativo y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de uno de los derechos reconocidos en el PIDCP (art. 1). España se adhirió a este Protocolo facultativo mediante instrumento de 17 de enero de 1985. Una exposición de las funciones de control encomendadas al Comité de Derechos Humanos puede encontrarse en J. A. PASTOR RIDRUEJO, Curso de Derecho Internacional Público y organizaciones internacionales, Tecnos, Madrid, 9ª ed., 2003, pp. 201-203, M. DÍEZ DE VELASCO, Instituciones de Derecho Internacional Público, Tecnos, Madrid, 15ª ed., 2005, pp. 647-649, M. CASTILLO, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 70-74

que los transmita al Consejo Económico y Social y, en su caso, a los organismos especializados interesados (art. 16.2)⁸.

No obstante, debe señalarse que un cierto impulso en las fórmulas de control del cumplimiento por los Estados de las obligaciones dimanantes del PIDESC se produjo a raíz de la creación en 1987 de un órgano *ad hoc*, especializado en vigilar la aplicación de dicho Pacto y, de modo particular, en conocer los informes periódicos que presentan los Estados: el denominado “Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales” (CODESC), que está configurado con características análogas al Comité de Derechos Humanos⁹. Dicho órgano, formado también por 18 expertos independientes y con sede en Ginebra, ha desarrollado una importante labor en la orientación del cumplimiento de los Estados de su obligación de presentar informes y en el control de los informes presentados y, con ello, del cumplimiento de los contenidos del Pacto mismo. El examen de cada informe por el Comité se desarrolla en diálogo con el Estado concernido (un diálogo que se califica “constructivo” en los documentos del propio Comité) y termina con la formulación y publicación de unas “observaciones finales” que reflejan las conclusiones a las que ha llegado el Comité sobre el grado de aplicación del Pacto por el Estado en cuestión y recogen tanto los aspectos positivos como las dificultades detectadas y los principales motivos de preocupación

para el Comité, formulándose asimismo sugerencias y recomendaciones¹⁰. En dichas observaciones cabe la posibilidad de que se llegue a la conclusión de que el Estado ha vulnerado algunos contenidos del Pacto en cuyo caso el Comité insta al Estado incumplidor a que corrija su actuación¹¹.

Por otro lado, es importante subrayar que el trabajo de supervisión desarrollado por el Comité y la experiencia que ha ido acumulando se ha plasmado en la redacción, a partir de 1989, de diversos documentos interpretativos que han ido precisando el contenido y alcance de diversos preceptos del PIDESC. Se trata de los documentos de “Observaciones generales” (*General Comments*), a través de los cuales el Comité ha pretendido orientar a los Estados Parte en el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Pacto y clarificar los objetivos del mismo y la interpretación que debe darse a sus contenidos¹². Entre estos documentos, destaca sin duda, por su proyección general, la *Observación general n° 3*, de 14 de febrero de 1990, relativa “La índole de las obligaciones de los Estados partes” en la que el Comité matizó la interpretación que debe darse al art. 2.1 PIDESC antes citado: en particular llamó la atención sobre la necesidad de evitar las interpretaciones que conduzcan a minimizar el carácter vinculante de los preceptos del Pacto y subrayó que cada uno de los

⁸ El primero de estos informes debe presentarse a los dos años de la ratificación del Pacto por el correspondiente Estado y, con posterioridad, cada cinco años. Sobre los objetivos y el contenido que deben tener los informes presentados por los Estados Partes, véase la Observación General n° 1 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 24 de febrero de 1989. El mismo Comité ha elaborado unas instrucciones de alcance más concreto en el documento Revised general guidelines regarding the form and contents of reports to be submitted by states parties de fecha 17 de junio de 1991.

⁹ Creado formalmente por Resolución del Comité Económico y Social de 28 de mayo de 1985, dicho órgano no entró en funcionamiento de modo efectivo hasta 1987. A diferencia del Comité de Derechos Humanos, el CODESC no es por tanto un órgano creado en virtud de un Tratado, sino por decisión del Consejo Económico y Social, para desempeñar las funciones de supervisión que al mismo le atribuye el Pacto. Es por tanto un órgano subsidiario del Consejo Económico y Social y su autoridad emana de este órgano.

¹⁰ Sobre el *modus operandi* concreto que ha venido siguiendo el Comité en su examen de los informes, véase el interesante folleto editado por el Comité en 1996 (Folleto informativo n° 16, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Ginebra, agosto de 1996). Es de destacar asimismo que desde 1993 el Comité admite la información presentada por organizaciones no gubernamentales.

¹¹ Las observaciones que formula el Comité, y en particular sus sugerencias y recomendaciones no son jurídicamente vinculantes, pero reflejan la opinión del órgano especializado en velar por el cumplimiento del Pacto. Órgano que no carece por supuesto de una considerable auctoritas y una cierta capacidad de influencia sobre los Estados.

¹² La Observación n° 1 de 1989, ya citada, se ocupó de la presentación de Informes por los Estados parte. La n° 2, de 1990, se refirió a las medidas de asistencia técnica internacional (art. 22 del Pacto). El texto de las 15 primeras Observaciones generales puede encontrarse en el documento *Recopilación de las observaciones generales y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos publicado por el Consejo Económico y Social en 2004 y accesible a través de la página <http://www2.ohchr.org/spanish/bodies/cescr/>*.

derechos reconocidos en el mismo tienen un “núcleo mínimo” (*minimum core*) que los Estados no pueden desconocer¹³.

C. Entre los documentos de Observaciones Generales elaborados por el Comité, uno de ellos se ha referido precisamente al derecho a la protección de la salud. Se trata de la Observación General n° 14, de fecha 11 de agosto de 2000, en la que el Comité condensó su experiencia en la materia y fijó unas pautas interpretativas generales sobre las obligaciones derivadas para los Estados del art. 12 del PIDESC¹⁴.

13 En efecto, el CODESC ha venido llamando la atención sobre la necesidad de evitar las interpretaciones del art. 2.1 PIDESC que minimicen el carácter vinculante de los compromisos derivados del Pacto para los Estados y priven de todo contenido significativo a las obligaciones impuestas por el mismo. En este sentido, deben subrayarse las indicaciones que se contienen en la citada Observación general n° 3 de 1990.

En este documento el Comité admite el contraste con el art. 2.1 del PIDCP que impone una “obligación inmediata de respetar y garantizar” los derechos reconocidos en dicho Pacto y se refiere al concepto de “progresiva efectividad” que se refleja en el art. 2.1 del PIDESC. Tal concepto implica, a juicio del Comité, el reconocimiento de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales “no podrá lograrse en un breve período de tiempo” y conlleva la necesaria “flexibilidad” para admitir los condicionamientos del mundo real y las dificultades que implica para cada país asegurar dicha efectividad plena. No obstante, ello “no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo”. Por el contrario, sigue diciendo el Comité, hay algunas exigencias de carácter inmediato que se imponen a los Estados:

a) éstos asumen la obligación de proceder lo más rápida y eficazmente posible para lograr esa efectividad; en concreto deben adoptar medidas “deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones reconocidas en el Pacto” en un plazo “razonablemente breve” tras la entrada en vigor del Pacto para cada Estado;

b) existe una obligación de asegurar por los menos un núcleo mínimo en la satisfacción de los derechos (una minimum core obligation según la versión inglesa original del documento, unos “niveles esenciales” de satisfacción de los derechos en la versión española del mismo)—lo que se ilustra con algunos ejemplos (los alimentos esenciales, las formas más básicas de enseñanza, la atención primaria de salud esencial)—, pues si el Pacto pudiera interpretarse de manera que no impone ninguna obligación mínima carecería en gran medida de su razón de ser (it would be largely deprived of its raison d’être);

y c) las medidas de carácter regresivo en relación con los derechos reconocidos sólo pueden admitirse si tienen una justificación por referencia a la totalidad de los derechos reconocidos por el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.

14 Reproduzco aquí, para comodidad del lector, el contenido de este precepto.

Aunque no es ésta la ocasión para exponer de manera exhaustiva el contenido de este documento —cuyos detalles pueden remitirse al texto mismo¹⁵, sí que creo oportuno destacar algunos de los aspectos más significativos que aporta.

1. El Comité interpreta el derecho a la salud como un derecho de contenido complejo que engloba no sólo el derecho a una asistencia sanitaria oportuna y adecuada (*timely and appropriate health care*), sino que también se extiende a los determinantes básicos de la salud, tales como el acceso al agua limpia y potable y al saneamiento, la vivienda adecuada, el suministro adecuado de alimentos sanos, las condiciones saludables de trabajo y medio ambiente, etc. En todo caso, el Comité advierte que el derecho a la salud no puede entenderse como un *derecho a estar sano*, dado que el Estado no puede otorgar protección frente a todas las causas posibles de la mala salud del ser humano (sobre la que inciden, entre otros factores, las condiciones genéticas, la propensión individual a determinadas enfermedades, o la adopción de estilos de vida insanos o arriesgados por parte de cada persona). Por ello el Comité subraya la dimensión de relatividad o flexibilidad presente en la formulación del art. 12 PIDESC: la referencia al “más alto nivel posible” de salud pretende tener en cuenta tanto las precondiciones biológicas y socioeconómicas de cada persona como los recursos con los que cuenta cada

“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 epidémicas, 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.”

15 Observación general n° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 11 de agosto de 2000 (E/C. 12/2000/4). Resulta conveniente en todo caso manejar también la versión original del documento en inglés, dado que la versión española no siempre es acertada.

Estado. En coherencia con ello, el derecho a la salud debe entenderse como el derecho al “disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”¹⁶.

2. Como no podía ser de otra manera, el Comité reconoce la discrecionalidad que corresponde a cada Estado para adoptar las medidas que juzgue más apropiadas para que todas las personas disfruten de ese nivel más alto de salud en atención a sus circunstancias específicas. También reconoce, tal como exige el art. 2 del Pacto antes citado, los condicionamientos que derivan de la limitación de recursos disponibles y la necesidad de avanzar de manera progresiva hacia la plena efectividad del derecho a la salud. Pero ello no le impide subrayar, en línea con las pautas plasmadas anteriormente en la Observación General n° 3¹⁷, la existencia de obligaciones de efecto inmediato, como la garantía de no discriminación y la exigencia de adoptar medias “deliberadas y concretas” dirigidas a la plena realización de este derecho¹⁸. Y subraya asimismo la presunción de que no son permisibles las medidas regresivas en relación con el derecho a la salud, salvo que el Estado que las adopte aporte una justificación suficiente para ello¹⁹.

3. Importante me parece también la identificación de algunas condiciones generales que deben reunir los establecimientos y servicios públicos de salud en su sentido más amplio (no sólo, por tanto los de asistencia sanitaria, sino también los de salud pública). El documento exige una *disponibilidad* de tales establecimientos y servicios (lo que se traduce en una oferta suficiente de tales servicios), la *accesi-*

bilidad de los mismos (que implica la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica y el acceso a la información), su *aceptabilidad* (deben ser respetuosos con la ética médica y culturalmente adecuados, es decir, respetuosos también con la cultura de las personas y de las minorías y sensibles a las circunstancias del género y del ciclo de la vida), y su *calidad* (adecuados desde el punto de vista científico y médico)²⁰.

4. Por otro lado, de nuevo en línea con las pautas plasmadas en la Observación General n° 3, el Comité ofrece una concreción de los niveles mínimos de protección de la salud que los Estados están obligados a garantizar (apartado 43)²¹. En este sentido se mencionan, entre otros aspectos, el acceso a los servicios de salud en condiciones de no discriminación, con especial consideración de los grupos vulnerables o marginados, la alimentación esencial mínima, el acceso a los medicamentos esenciales según el Programa de Acción de Medicamentos Esenciales de la OMS, la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas, etc.

5. Junto a ello, se considera también obligatorio para los Estados la existencia de mecanismos de recurso efectivos frente a las vulneraciones del derecho a la salud, al indicarse que toda persona o grupo “que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con recursos judiciales efectivos u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional” (apartado 59)²².

6. Por último, debe destacarse que el documento se ocupa también de las obligaciones interna-

16 Vid. los apartados 8, 9 y 11 del documento.

17 Vid. al respecto lo indicado supra nota 17

18 La relación de medidas que se incluyen en el apartado 2 del art. 12 tiene un alcance meramente ejemplificativo: su objetivo es identificar algunos ejemplos que sirvan de orientación a los Estados sobre las medias que deben adoptar para hacer efectivo el derecho a la salud (apartado 13).

19 Vid. apartados 30, 31, 32 y 53. En relación con las medidas de contenido regresivo afirma que “corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles por cada Estado Parte”.

20 Vid. la explicación de estas condiciones generales en el apartado 12 del documento.

21 Recuérdese, en efecto, que, según expusimos supra (nota 13) en su Observación General n° 3 el Comité de Derechos Humanos declaró que existe una obligación mínima de asegurar por los menos unos “niveles esenciales” (minimum core) en la satisfacción de los diversos derechos reconocidos en el PIDESC.

22 A ello se añade que “todas las víctimas de esas violaciones deberán tener derecho a una reparación adecuada, que podrá adoptar la forma de restitución, indemnización, satisfacción o garantías de que no se repetirán los hechos. Los defensores del pueblo, las comisiones de derechos humanos, los foros de consumidores, las asociaciones en pro de los derechos del paciente o las instituciones análogas de cada país deberán ocuparse de las violaciones del derecho a la salud”.

cionales de los Estados en relación con el derecho a la salud, sobre la base de la declaración general contenida en el art. 2.1 del PIDESC en virtud de la cual las medidas conducentes a la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales han de adoptarse separadamente por cada Estado o bien “mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas”. A tal efecto se refiere (apartados 38 a 42), entre otras, a las siguientes exigencias: a) los Estados tienen la obligación, de acuerdo con las normas internacionales generales y hasta el máximo de su capacidad, de prestar ayuda en casos de desastre y asistencia humanitaria en situaciones de emergencia así como de asistir a los refugiados y desplazados, lo que incluye la ayuda médica; b) los Estados Partes deben abstenerse de imponer embargos o medidas análogas que restrinjan el suministro a otro Estado de medicamentos y equipos médicos, de modo que no puede utilizarse la restricción de estos bienes como medio de ejercer presiones políticas o económicas; y c) los Estados Partes deben respetar el disfrute del derecho a la salud en otros países así como impedir que terceros vulneren este derecho en otros países siempre que puedan ejercer influencia sobre ellos por medios legales o políticos.

Desde la publicación de la Observación General nº 14 existe por tanto lo que puede considerarse una doctrina oficial sobre el contenido del art. 12 PIDESC, de modo que los Estados disponen de unas pautas concretas que les orientan sobre las obligaciones que para los Estados derivan del mismo. Pero ello no es óbice para reconocer que la plena efectividad del derecho a la protección de la salud es una meta todavía muy lejana. Reconocimiento que hace el propio documento al subrayar (apartado 5) que el pleno disfrute del derecho a la salud continúa siendo un objetivo remoto e, incluso, para las personas que viven en la pobreza, un objetivo cada vez más remoto.

D. Por último, debemos dejar constancia de que desde el año 2002 existe, fuera ya de lo que es el marco institucional estricto del PIDESC, un *Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental* creado por decisión de la Comisión de Derechos Hu-

manos (hoy Consejo de Derechos Humanos)²³ con un amplio mandato centrado en la reunión de información de todas las fuentes pertinentes sobre el derecho a la salud, la elaboración de informes sobre la situación en todo el mundo del ejercicio efectivo del este derecho y la presentación de recomendaciones al respecto²⁴. En el contexto de este mandato, el Relator Especial sobre el derecho a la salud ha venido desarrollando una amplia actividad (consultas a organismos e instituciones especializadas, visitas a países concretos, presencia en muy diversos foros, elaboración y presentación de numerosos informes a la Comisión y a la Asamblea General, etc.); actividad que ha dado lugar a un acervo documental ya importante sobre numerosos aspectos del derecho a la salud consagrado no sólo en la Carta Internacional de Derechos Humanos (Declaración de 1948 y Pactos de 1966) sino también en los diversos instrumentos convencionales de Naciones Unidas relativos a grupos específicos (mujeres, niños, personas con discapacidad, refugiados, etc.)²⁵.

23 A diferencia de los otros órganos de la ONU que hemos mencionado (Comité de Derechos Humanos y Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) la Comisión de Derechos Humanos -creada ya en 1946 por el Consejo Económico y Social- se configuró como un órgano intergubernamental con competencias genéricas sobre todo el amplio campo de los Derechos Humanos, donde ha ejercido un muy relevante papel de propuesta y control. Entre otros muchos órganos específicos de colaboración, ha nombrado diversos Relatores Especiales sobre temas concretos. Desde 2006 ha sido sustituida por el Consejo de Derechos Humanos.

24 La decisión se adoptó inicialmente por resolución 2002/31 de la Comisión de Derechos Humanos. Y posteriormente el mandato del Relator ha sido renovado por la resolución 2004/27 de la Comisión de Derechos Humanos y por la resolución 6/29 del Consejo de Derechos Humanos, aprobada el 14 de diciembre de 2007. La persona designada como Relator Especial fue Paul Hunt, de Nueva Zelanda, quien a partir de agosto de 2008, tras seis años de mandato, ha sido relevado por Anand Grover, de la India.

25 Un detallado reflejo de esas actividades, y en particular el texto de los diversos informes presentados, puede encontrarse en la página del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (<http://www2.ohchr.org/english/issues/health/right/visits.htm>)

III. EL DERECHO COMPARADO. LOS PRONUNCIAMIENTOS DE ALGUNOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES.

1. Introducción.

El reconocimiento del derecho a la protección de la salud se encuentra sólidamente asentado en el constitucionalismo de nuestros días, tras una etapa de paulatina consolidación que, con arranque en la segunda posguerra mundial, se ha extendido a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. Para comprobarlo basta repasar el contenido de diversos textos constitucionales elaborados y promulgados en los últimos años. Este es el caso, por ejemplo, de la Constitución federal de Brasil de 1988, de la Constitución Política de Colombia de 1991, de la Constitución de Sudáfrica de 1996, de la Constitución de la República de Polonia de 1997, o de la Constitución de Servia de 2006. Incluso cabe mencionar también la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en 2000, que como es bien sabido está siguiendo un azaroso proceso para incorporarse plenamente al Derecho originario de la Unión. Textos todos ellos en los que se consagra, con unos u otros matices, el derecho a la protección de la salud²⁶.

²⁶ En unos términos bastante minuciosos, en los que sobresale la consideración de la salud no sólo como un derecho sino también como un deber —y la consecuente previsión de que la atención sanitaria básica sea obligatoria— el art. 49 de la Constitución colombiana establece lo siguiente:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control.

Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad.

La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.

Por su parte, la sección 27 de la Constitución de Sudáfrica, incluida dentro de su Bill of Rights, se refiere a los temas de Atención de salud, alimentación, agua y Seguridad Social en unos términos cuya versión castellana podría ser la siguiente:

“1. Todas las personas tienen el derecho de acceso a:

- a) servicios de atención sanitaria, incluyendo los servicios de salud reproductiva;
 - b) alimentación y agua suficiente; y
 - c) Seguridad Social, incluyendo, en caso de personas con insuficiencia de medios para sí o para sus dependientes, asistencia social apropiada.
2. El Estado debe adoptar medidas razonables, de carácter legislativo o de otro tipo, dentro de sus recursos disponibles, para conseguir la realización progresiva de cada uno de estos derechos.
3. A nadie se le puede denegar la asistencia médica de urgencia”.

En el caso de la Constitución polaca de 1997, es el artículo 68 el que incorpora el derecho a la salud, cuyo contenido, de nuevo según traducción propia, es el siguiente:

- “1. Todos tienen el derecho a la protección de su salud.
2. El acceso equitativo a los servicios de atención sanitaria, financiados con fondos públicos, debe ser asegurado por las autoridades públicas a todos los ciudadanos, con independencia de su capacidad económica. Las condiciones para la provisión de los servicios, así como su alcance, deben ser establecidas por Ley.
3. Las autoridades públicas asegurarán atención sanitaria específica a los niños, a las mujeres embarazadas, a las personas con discapacidad y a las de edad avanzada.
4. Las autoridades públicas combatirán las enfermedades epidémicas y prevendrán las consecuencias negativas para la salud de la degradación del medio ambiente.
5. Las autoridades públicas deben apoyar el desarrollo de la cultura física, en especial entre los niños y los jóvenes”.

La Constitución servia de 2006 dedica al tema también su artículo 68, que se expresa en los siguientes términos:

“Todos tienen derecho a la protección de su salud física y mental.

La atención sanitaria a los niños, a las mujeres embarazadas, a las madres en baja de maternidad, a los padres individuales con niños menores de siete años y a las personas mayores, será proporcionada con financiación pública, salvo que sea proporcionada de alguna otra manera de acuerdo con la ley.

[...]”

Por lo que se refiere a la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea, el texto de su art. 35 es el siguiente:

“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”.

Pero más que extendernos en la consideración de los términos concretos de cada formulación positiva, interesa indagar sobre las aportaciones que se han producido últimamente en el terreno de la justicia constitucional; terreno en el que puede comprobarse si las declaraciones constitucionales se mueven en el plano de la mera retórica política escasamente comprometedoras o si, por el contrario, producen efectos concretos condicionantes de las actuaciones de los Estados en materia de salud, y en particular de las medidas legislativas que se adoptan en este campo, tanto en términos de límites negativos para las mismas como de exigencias positivas de actuación.

A tal efecto quiero considerar algunos pronunciamientos dictados por distintos Tribunales Constitucionales a lo largo de los últimos años, a través de los cuales puede ilustrarse muy bien el tipo de problemas que se suscitan en la actualidad a nivel de justicia constitucional en relación con el derecho a la salud, y se puede comprobar asimismo la intensidad de los condicionamientos que imponen las circunstancias socio-económicas de cada país a la hora de modular las exigencias dimanantes del reconocimiento de dicho derecho por el respectivo ordenamiento constitucional. Lo cual impone un planteamiento de cierta relatividad en la aproximación al contenido del derecho a la salud, pues su contenido no puede ser evidentemente el mismo en los diversos contextos geográficos en los que se aplica (e incluso dentro de un mismo escenario hay que admitir también forzosamente una dinámica evolutiva de las cosas), de modo que resultaría inviable la pretensión de trasladar los planteamientos válidos y defendibles para un determinado país a otros que tienen unas características socio-económicas sustancialmente diferentes. Consideraré en concreto en primer lugar sentencias constitucionales dictadas en un país “en desarrollo” como es Sudáfrica para referirme a continuación a países europeos más afines al nuestro y que están dotados de un sistema sanitario consolidado en el marco de un “Estado del bienestar” ya maduro (Alemania, Italia y Francia).

2. El caso de Sudáfrica. Las sentencias de su Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1997 y de 5 de julio de 2002.

En la República de Sudáfrica se han dictado en los últimos años dos importantes sentencias de su Tribunal Constitucional –que constituye una pieza muy relevante dentro del marco jurídico e institucional sudafricano de la era post-Apartheid²⁷- que se ocupan de cuestiones centrales en la configuración del derecho a la salud.

A. Muy interesante fue en primer lugar la sentencia de dicho Tribunal de 27 de noviembre de 1997 (*T. Soobramoney v. Ministerio de Salud de KwaZulu-Natal*) relativa a un caso no exento de dramatismo en el que la divergencia entre las necesidades médico-asistenciales de la población y los recursos disponibles para atenderlas se plantea con toda su crudeza. Como podrá comprobarse, la respuesta negativa dada por el Tribunal Constitucional sudafricano llama la atención desde nuestra sensibilidad, resultando sorprendente y objetable si se valora desde coordenadas socio-económicas y jurídico-constitucionales diferentes a las propias del contexto en el que se planteó. Pero resulta más comprensible si se valora desde las coordenadas propias del país.

27 El importante proceso de transición política que tuvo lugar durante los años 90 en Sudáfrica desembocó en la superación del régimen de segregación racial imperante hasta entonces (Apartheid) y en la adopción de un nuevo marco jurídico-político plasmado en la Constitución de 1996. Dicha Constitución aspira, según señala expresamente su preámbulo, a “sanar las divisiones del pasado y establecer una sociedad basada en los valores democráticos, en la justicia social y en los derechos humanos fundamentales” e incorpora un amplio “Bill of rights” vinculante para todos los órganos del Estado (sección 8) que califica como la “piedra angular” de la democracia en Sudáfrica y que pretende afirmar los valores democráticos de “la dignidad humana, la igualdad y la libertad” (sección 7.1)

Dentro del nuevo marco institucional plasmado en la Constitución de 1996, el Tribunal Constitucional ocupa una posición muy relevante, situándose en la cúspide de la organización judicial, y asume unas competencias muy amplias. Creado en 1994 en el marco de la Constitución provisional de 1993 y bajo el impulso del Presidente Nelson Mandela, el inicio de su andadura se produjo en 1995 jugando un papel muy relevante en el proceso de elaboración de la Constitución de 1996. De la importancia de su papel como auténtico “guardián” de la Constitución da idea el hecho de que tenga poder incluso para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las reformas constitucionales (sección 167.4.d de la Constitución), situándose por tanto por encima del poder constituyente ordinario.

Los hechos que dieron lugar al pronunciamiento, narrados con precisión en el texto de la sentencia, fueron en síntesis los siguientes. Un parado de 41 años, el Sr. T. Soobramoney, padecía una insuficiencia renal crónica –sus riñones habían dejado de funcionar de manera irreversible- de modo que necesitaba someterse a tratamiento de diálisis hospitalaria durante dos o tres veces a la semana para poder seguir viviendo. No obstante, el hospital público de su provincia que disponía de servicios de diálisis (el hospital Addington de Durban, en KwaZulu-Natal), le denegó el acceso a los mismos alegando que carecía de medios suficientes para atender a todos los pacientes con insuficiencia renal crónica de la provincia de modo que, en este escenario de insuficiencia de recursos, había fijado unas pautas generales de admisión conforme a las cuales atendía tan sólo a los pacientes renales que podían curarse o a aquéllos que podían ser receptores de un trasplante; supuesto éste último en el que se les admitía a la diálisis mientras esperaban la disponibilidad de un riñón y la realización del trasplante. Dado que el Sr. Soobramoney era incurable y, además, no era elegible para un trasplante por padecer otras dolencias cardíacas y cerebro-vasculares, quedó excluido del programa de diálisis del hospital Addington. Exclusión que le llevó a acudir a un hospital privado en el que estaba siendo tratado, pero había llegado a una situación límite dado que el coste de la diálisis desbordaba claramente sus posibilidades económicas y había agotado los recursos económicos de que disponía.

Ante esta situación, el Sr. Soobramoney acudió a los Tribunales demandando al hospital público que le había rechazado por entender que la Constitución de 1996 obligaba a dicho hospital a proporcionarle el tratamiento de diálisis que necesitaba. Desestimada su pretensión en la vía judicial ordinaria, el paciente acude al Tribunal Constitucional invocando al efecto tanto la sección 27.3 de la Constitución Sudafricana (“a nadie se le puede denegar la asistencia médica de urgencia”)²⁸ como la relevancia en el asunto del dere-

cho a la vida reconocido en la Constitución (sección 11).

La respuesta del Tribunal Constitucional va a ser negativa, como hemos apuntado, pues dicho Tribunal va a entender que la denegación de asistencia en el supuesto mencionado no vulneraba el texto constitucional²⁹. Para llegar a esta conclusión ofrece un soporte argumental de cierta entidad que creo merece la pena extractar.

1. En primer lugar, el Tribunal sitúa el asunto en el contexto de desigualdad y pobreza propio del país³⁰. Una situación cuya superación está en el centro del nuevo orden constitucional sudafricano -que reconoce las injusticias del pasado y se basa en la afirmación de la dignidad humana, la igualdad y la libertad-, pero que no puede ser inmediatamente resuelta. A tal efecto subraya el Tribunal que en su tratamiento de los derechos sociales básicos (vivienda, cuidados médicos, alimentación, agua y Seguridad Social) las secciones 26 y 27 del texto constitucional condicionan la materialización de estos derechos a la disponibilidad de recursos³¹ y advierte que,

a) servicios de atención sanitaria, incluyendo los servicios de salud reproductiva;

b) alimentación y agua suficiente; y

c) Seguridad Social, incluyendo, en caso de personas con insuficiencia de medios para sí o para sus dependientes, asistencia social apropiada.

2. El Estado debe adoptar medidas razonables, de carácter legislativo o de otro tipo, dentro de sus recursos disponibles, para conseguir la realización progresiva de cada uno de estos derechos.

3. A nadie se le puede denegar la asistencia médica de urgencia”.

29 Resulta llamativa en todo caso la rapidez de la respuesta del sistema judicial sudafricano, obtenida mediante la activación de los procedimientos de urgencia, si se tiene en cuenta que la demanda inicial en la vía judicial ordinaria se interpuso en julio de 1997, en agosto se dictó la sentencia desestimatoria en esa vía y en noviembre del mismo año se produce el pronunciamiento del Tribunal Constitucional.

30 En particular, recuerda las grandes disparidades de riqueza existentes en el país y el hecho de que millones de personas viven en condiciones deplorables y en una gran pobreza, con un alto nivel de desempleo, una seguridad social inadecuada y una situación en la que mucha gente no tiene acceso al agua potable o a una asistencia médica adecuada.

31 Tanto la sección 29 (vivienda) como la sección 27 (asistencia sanitaria, alimentación, agua y Seguridad Social) tienen un

²⁸ El texto de la sección 27 de la Constitución sudafricana es el siguiente:

“1. Todas las personas tienen el derecho de acceso a:

dada la limitación de los recursos disponibles y la envergadura de las necesidades existentes, una obligación constitucional ilimitada de satisfacer tales necesidades no podría ser cumplida en el momento presente³².

2. Sobre esta base, niega en primer lugar que el supuesto planteado pudiera encuadrarse en la asistencia médica de urgencia constitucionalmente garantizada, rechazando la posición sostenida por la parte demandante en base a la cual los pacientes que padecen una enfermedad terminal y requieren un determinado tratamiento para prolongar su vida lo tendrían garantizado de acuerdo con la sección 27.3 de la Constitución. Según el parecer del Tribunal, expuesto por su Presidente P. Chaskalson, la locución “asistencia médica de urgencia” admite una acepción amplia que incluiría los tratamientos de enfermedades crónicas necesarios para mantener la vida del paciente, pero señala que no es ése su significado ordinario y que si el propósito del precepto constitucional hubiera sido tan amplio debiera haberse hecho constar expresamente. Más limitadamente, entiende el Tribunal que la finalidad de la sección 27.3 de la Constitución no es otra que asegurar que en las situaciones de urgencia el tratamiento médico no se vea frustrado por requerimientos o formalidades burocráticas y que una persona que atraviesa una situación repentina que requiere una atención médica inmediata no será rechazada por los servicios de urgencia tales como

apartado 2 en el que se condiciona la efectividad de estos derechos a la disponibilidad de recursos.

32 En la sentencia es patente la percepción que tiene el Tribunal de la necesidad de actuar de forma paulatina en el proceso de realización de los derechos sociales y el temor a las consecuencias que podían derivarse de una interpretación constitucional excesivamente generosa sobre la materia. Téngase en cuenta a estos efectos que sentencia se dicta en un momento en el que se acaba de salir del régimen del Apartheid y está en marcha el proceso de superación de las estrictas reglas de segregación imperantes con anterioridad (la propia sentencia recuerda en uno de sus apartados, para justificar una cierta prudencia en la interpretación constitucional, que Sudáfrica acababa de salir de un sistema en el que la provisión de atención médica dependía de la raza y en ocasiones sucedía que a personas con daños graves se les denegaba el acceso a los servicios de ambulancia o a los hospitales más cercanos o mejor equipados por motivos raciales).

ambulancias u hospitales que disponen de los medios para prestar el tratamiento necesario³³.

3. Junto a ello, rechaza también la vinculación con el derecho a la vida sostenida por el defensor del demandante, quien argumentaba que la sección 27.3 debía conectarse con tal derecho constitucional (sección 11) de modo que toda persona que requiera un tratamiento necesario para salvar su vida y que no tenga capacidad para pagárselo por sí mismo tendría derecho a recibirlo en los establecimientos sanitarios públicos de manera gratuita. Al efecto invocaba la parte demandada la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo de la India en virtud de la cual del derecho a la vida emanan obligaciones positivas para el Estado respecto a las necesidades básicas de la población³⁴ y, en particular, alegaba un caso de 1996 en el que dicho Tribunal declaró que el derecho a la vida se había vulnerado en relación con una persona a la que se había denegado la asistencia sanitaria de urgencia en varios hospitales³⁵.

Pero el Tribunal sudafricano no acepta este planteamiento aduciendo en primer lugar la diferente estructura de la Constitución sudafricana respecto de la india, habida cuenta de que aquélla —a diferencia de ésta— incluye específicamente en su Bill of Rights

33 Si la sección 27.3 de la Constitución se interpretara según lo pretendido por el demandante, añade el Tribunal (apartado 19), resultaría sustancialmente más difícil para el Estado cumplir las obligaciones primarias que le imponen los apartados 1 y 2 de dicha sección de proporcionar a todos asistencia sanitaria dentro de los recursos disponibles. Ello tendría como consecuencia la priorización de los tratamientos de las enfermedades terminales sobre otras formas de atención médica y la reducción de los recursos públicos disponibles para otros objetivos tales como cuidados preventivos o tratamiento de enfermedades que no constituyen una amenaza para la vida.

34 Entre tales necesidades básicas, el Tribunal Supremo de la India ha incluido sólo la provisión de atenciones médicas a quienes las necesitan, sino otras cuestiones menos claramente conectadas con la vida, como la asistencia jurídica gratuita o la creación de condiciones de comunicación entre las zonas aisladas y las más desarrolladas (apartado 15 de la Sentencia).

35 Caso Paschim Banga Khet Mazdoor Samity y otros v. State of West Bengal y otro, en el que se había llegado a la conclusión de que la denegación de un tratamiento médico a una persona que tiene necesidad del mismo implica una vulneración del derecho a la vida garantizado en la Constitución.

algunas obligaciones positivas impuestas al Estado, de modo que resulta obligado para dicho Tribunal aplicar estas obligaciones tal como se formulan en la Constitución sin introducir interferencias que serían inconsistentes con ella. Y por otro lado, subraya la diversidad entre el supuesto al que se enfrentaba y el que había dado lugar al pronunciamiento del Tribunal Supremo de la India: en este último caso, se trataba de una persona que había sufrido un accidente por caída de un tren -lo que le había ocasionado heridas en la cabeza y hemorragia cerebral-, y había sido rechazado indebidamente por varios hospitales que hubieran podido atenderle³⁶.

4. Así las cosas, el Tribunal entiende que la pretensión del demandante de recibir tratamiento de diálisis en un hospital público no debe ser enjuiciada en el marco del apartado 3 de la sección 27 sino en el de los apartados 1 y 2 de la misma, donde se atribuye a todos el derecho de acceder a los cuidados médicos proporcionados por el Estado “dentro de sus recursos disponibles”. Y a partir de ahí la sentencia se centra en dilucidar si dicha limitación de recursos concurría realmente en el supuesto planteado; cuestión que se analiza detenidamente para concluir que, en efecto, los recursos disponibles no permitían atender al demandante y a todos los que se encontraban en una situación análoga a la suya.

Al efecto subraya, tras aludir a diversas circunstancias del contexto en el que se planteaba el caso³⁷,

³⁶ Éste es justamente el tipo de supuestos que, según indica el Tribunal Sudafricano (apartado 18 de la Sentencia), resultan encuadrables en la sección 27.3 de la Constitución (asistencia médica de urgencia): el suceso fue repentino, el paciente no tuvo oportunidad de hacer gestiones en relación con el tratamiento requerido, y había urgencia en proporcionarle el tratamiento para estabilizar su situación; un tratamiento que resultaba disponible pero que se le denegó.

³⁷ Entre los datos relevantes a estos efectos que considera la sentencia (apartados 24 a 28) se encuentran los siguientes:

Era constatable que el Departamento de Salud de la provincia de KwaZulu-Natal (de mayoría zulú y con un población en torno a los 10 millones de habitantes es la más poblada de las 9 provincias sudafricanas) no tenía recursos suficientes para financiar los servicios que estaba prestando al público: en el ejercicio anterior había incurrido en déficit y ese déficit se iba a elevar sustancialmente en el ejercicio en curso a menos que se realizaran recortes importantes en los servicios que estaban siendo prestados.

que los servicios de diálisis del hospital Addington no sólo estaban al límite de su capacidad, sino que soportaban ya una sobrecarga y que dichos servicios se colapsarían si tuvieran que admitir a todos los enfermos con insuficiencia renal crónica³⁸. Y con un carácter más general concluía que, dado el coste anual para el Estado de un enfermo renal sometido a diálisis, si todos los pacientes que en Sudáfrica padecen insuficiencia renal crónica tuvieran que ser atendidos por el Estado ello causaría un grave quebranto en los presupuestos públicos de salud. Y si este principio fuera aplicado a todos los pacientes que reclaman tratamientos médicos o medicamentos caros, los presupuestos de salud deberían ser drásticamente aumentados en perjuicio de otras necesidades que el Estado debe satisfacer.

Esta conclusión no parece dejar del todo tranquilo al Tribunal, que no oculta sus simpatías por el demandante y su familia, quienes han tenido que empobrecerse para acceder al tratamiento necesario para prolongar la vida, y reconoce que si el deman-

La unidad renal del Hospital Addington tenía que atender a toda la provincia de KwaZulu-Natal y también a pacientes de otra provincia vecina, lo que implicaba muchos más pacientes con insuficiencia renal crónica que los que podía atender mediante sus servicios de diálisis, situación que se producía con carácter general en el conjunto del país.

En tal situación los responsables de los servicios renales habían elaborado unas pautas o criterios de actuación (guidelines) aplicables a la hora de adoptar la angustiosa elección (agonising choice) de qué pacientes eran admitidos y cuáles no; pautas que habían sido aplicadas al caso planteado.

La utilización de los aparatos de diálisis de acuerdo con las pautas aludidas implicaba un mayor número de pacientes beneficiarios de los mismos que en el caso de que fueran usados para mantener en vida a personas con insuficiencia renal crónica: los beneficios de los tratamientos eran mayores se si dirigían a curar a los pacientes y no simplemente a mantenerlos en vida. Por ello no se había sostenido en el proceso que las pautas de admisión fijadas fueran irrazonables o que no hubieran sido aplicadas adecuadamente en el caso controvertido.

³⁸ *Dicho hospital apenas tenía capacidad para atender a los pacientes que cumplían las pautas generales de admisión, que eran aproximadamente sólo un 30% del total de los enfermos con insuficiencia renal crónica. En concreto el hospital tenía una capacidad para atender con sus servicios de diálisis en principio en torno a 60 pacientes y estaba de hecho tratando a los 85 que cumplían los requisitos de admisión. En esta situación, si todos los que se encontraban en la misma situación que el demandante tuvieran que ser admitidos, el programa de diálisis del hospital se colapsaría y nadie se beneficiaría con ello.*

dante hubiera sido rico habría tenido posibilidades de procurarse el tratamiento con medios privados sin tener que acudir al Estado. Pero pese a ello, se sitúa en una línea de auto-contención (*self restraint*) en el ejercicio de la función judicial, sosteniendo que no corresponde a los Tribunales interferir en las decisiones tomadas por los órganos políticos y las autoridades sanitarias sobre la mejor utilización de los recursos públicos para conseguir con ellos la máxima ventaja del máximo número de pacientes³⁹. E insiste en que tales recursos son limitados y en que el demandante no cumplía los criterios de admisión al programa de diálisis renal. Lo cual, sigue diciendo el Tribunal, no sólo es cierto para él sino para muchos otros que necesitan tratamiento de diálisis renal u otros servicios médicos, o que necesitan acceder a la vivienda, la alimentación, el agua, el empleo o la Seguridad Social: el Estado debe administrar unos recursos limitados para afrontar todas estas necesidades, cosa que requiere en ocasiones un enfoque “ho-

lístico” (*holistic approach*) más que focalizarse en las necesidades específicas de individuos concretos.

B. Más recientemente, la sentencia del mismo Tribunal de 5 de julio de 2002 (*Minister of Health v. Treatment Action Campaign*) siguió unos derroteros distintos –que le llevaron a declarar la inconstitucionalidad de la actuación estatal controvertida- en un supuesto en el que concurre tanto la perspectiva de la asistencia sanitaria como la de la protección de la salud pública y que resulta también de mucho interés.

La sentencia se dicta a propósito de la pandemia del SIDA, especialmente extendida en toda la zona Sur del continente africano y que de modo particular en Sudáfrica ha alcanzado unas magnitudes que pueden calificarse de catastróficas, dado el gran número de personas afectadas y de vidas que se ha cobrado: constituye allí una auténtica calamidad nacional que ha dado lugar a intensas controversias a nivel político y jurídico. En concreto, el caso enjuiciado por esta sentencia se planteó a propósito de la adopción por las autoridades sanitarias de medidas de prevención de la transmisión del SIDA de las madres a los hijos con ocasión del nacimiento (contagio *intrapartum*); una cuestión de enorme trascendencia habida cuenta del elevado número de niños que estaban siendo contagiados por esta vía en la República sudafricana: según estimaciones gubernamentales que constan en la sentencia, nada menos que en torno a 70.000 niños cada año. Tales medidas resultaban del todo insuficientes a juicio de las diversas entidades asociativas vinculadas a la problemática del SIDA que presentaron la demanda que dio lugar a la sentencia. En particular, las aludidas entidades asociativas reprochaban dos cosas a las autoridades sanitarias: a) el hecho de que existía un fármaco denominado Nevirapina que resultaba eficaz para reducir el riesgo de transmisión del virus del SIDA de las madres a los hijos⁴⁰, pero

³⁹ *En este sentido subraya (apartados 29 y 30) que es la Administración provincial la que debe fijar la financiación disponible para los servicios de salud y cómo dicha financiación debe ser gastada y que los Tribunales deben ser prudentes a la hora de interferirse en las decisiones racionales adoptadas de buena fe por los órganos políticos y las autoridades sanitarias cuya responsabilidad es ocuparse de tales materias. Y también señala que el problema de la escasez de recursos no es sólo un problema de Sudáfrica sino que es una cuestión que tienen que abordar los administradores de hospitales y los médicos de otras partes del mundo, aludiendo al efecto a decisiones de los Tribunales ingleses en las que éstos juzgan indeseable que las autoridades judiciales decidan cómo deben ser aplicados los recursos médicos escasos y el peligro que puede representar la decisión judicial de aplicar los recursos a un determinado paciente, en la medida en que puede tener el efecto de imponer que esos recursos sean denegados a otros pacientes a los que se les podría aplicar más ventajosamente.*

En esta misma línea se sitúa también, muy expresivamente, el voto concurrente del Juez Sachs, quien señala al respecto lo siguiente (apartado 59): “si los recursos fueran co-extensivos con la compasión, no tengo ninguna duda de cuál habría sido mi decisión. Pero desgraciadamente, los recursos son limitados y no encuentro razones para interferir en la asignación realizada por aquellos que están mejor equipados que yo para adoptar las angustiosas decisiones que tienen que tomarse” (if resources were co-extensive with compassion, I have no doubt as to what my decision would have been. Unfortunately, the resources are limited, and I can find no reason to interfere with the allocation undertaken by those better equipped than I to deal with the agonising choices that had to be made)

⁴⁰ *Según los datos que constan en la propia sentencia, la Nevirapina es un fármaco antirretroviral potente y de acción rápida que resulta sencillo de administrar: una sola pastilla tomada por la madre al inicio del parto y unas gotas dadas al niño dentro de las primeras 72 horas después del nacimiento. De uso extendido mundialmente en relación con el SIDA, en Sudáfrica fue registrado en 1998 por el Consejo de Control de Medicamentos (Medicines Control Council), órgano especializado en pronunciarse sobre la seguridad de los fármacos antes de su distribución en el país. En enero de 2001 la Organización Mundial de la Salud*

que no se estaba administrando en los centros sanitarios públicos, sino tan sólo en algunos de ellos de forma experimental; y b) con un carácter más general la falta de un programa nacional adecuado para prevenir el contagio del SIDA de madres a hijos.

La demanda se apoyaba en un amplio soporte argumental y documental a través del cual se subrayaba la idoneidad del uso de este medicamento para reducir el riesgo de transmisión del SIDA de madres a hijos, dado su registro a estos efectos por el Consejo de Control de Medicamentos, y lo inaceptable que resultaba el hecho de que tan sólo pudiera ser prescrito por los médicos de los centros privados y por los de algunos centros piloto del sector público. Lo cual implicaba que el SIDA se estaba transmitiendo de madres a hijos en casos en los que ello resultaba predecible y evitable; situación que se consideraba irracional y contraria a los derechos y principios constitucionales. En concreto se invocaba al efecto, entre otros preceptos constitucionales, lo dispuesto, en la Sección 27 apartados 1 y 2 (derecho de acceso a los servicios de atención sanitaria, en los términos que nos son ya conocidos) y en la sección 28 que se refiere a los derechos de los niños y les reconoce, entre otros, el derecho a los servicios de atención sanitaria básica (*basic health care services*).

La demanda había sido planteada ante el Tribunal Superior de Pretoria el 21 de agosto de 2001 y había sido resuelta por éste a través de una sentencia de 14 de diciembre del mismo año en la que se habían aceptado en lo fundamental las pretensiones de los demandantes y, en consecuencia, había declarado la obligación de las autoridades sanitarias de contemplar la prescripción y administración de la Nevirapina a las mujeres con SIDA que dan a luz en los hospitales públicos, así como la de poner en marcha de manera inmediata un plan nacional para prevenir y reducir la transmisión del SIDA de madres a hijos. Recurrida esta sentencia ante el Tribunal Constitucional por las autoridades sanitarias concernidas (Ministro de Salud y Consejeros responsables de salud de los gobiernos provinciales), dicho Tribunal vino a confirmar sus-

recomendó su administración a las madres y los hijos en el momento del nacimiento a efectos de combatir el SIDA.

tancialmente la conclusión de la sentencia recurrida en su sentencia de 5 de julio de 2002 dictando un fallo que contiene muy matizados mandatos positivos de actuación dirigidos a los responsables de la política sanitaria.

Para fundamentar esta conclusión la sentencia desarrolla muy detallados razonamientos alrededor de diversos temas; entre ellos, la cuestión de la eficacia vinculante de los derechos económico-sociales constitucionalmente reconocidos y su carácter justiciable, esto es, exigible ante los Tribunales (lo que se declara en términos inequívocos, sin perjuicio de los matices que cada caso requiere), la existencia de un “núcleo mínimo” (*minimum core*) de obligaciones que derivan para el Estado del reconocimiento de tales derechos (a cuyo efecto asume expresamente la doctrina fijada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General nº 3, sobre la existencia de un contenido obligacional mínimo que deriva de cada uno de los derechos sociales)⁴¹, las cuestiones vinculadas con la eficacia del fármaco y sus posibles efectos nocivos (los argumentos gubernamentales se centraban en razones médico-sanitarias más que en la carencia de recursos económicos para justificar su opción y, en consecuencia, el tema de la limitación de los recursos disponibles queda relegado a un segundo plano en la sentencia)⁴², así como sobre el principio de separación

⁴¹Vid. *supra* nota 13???. Subraya al respecto la sentencia (apartado 28) que este núcleo mínimo no resulta fácil de definir pero incluye por lo menos “los acomodos vitales mínimos inherentes a la dignidad humana” (*the minimum decencies of life consistent with human dignity*). A lo que añade: “nadie debe ser condenado a vivir por debajo del nivel básico de una existencia humana dignificada. La misma noción de derechos individuales presupone que alguien que se encuentra en esa posición debería poder obtener el auxilio de los Tribunales”.

⁴² De hecho, los fabricantes de este fármaco habían realizado una oferta al Gobierno de ponerlo a su disposición de manera gratuita durante cinco años. La defensa gubernamental había cuestionado en efecto, entre otros aspectos, la eficacia del fármaco si no iba acompañada de otras medidas complementarias, como la sustitución de la lactancia materna por alimentación infantil con biberón –lo que resultaba muy difícil en determinadas zonas rurales-, y había advertido que no podían descartarse los efectos adversos de la Nevirapina. La sentencia del Tribunal Constitucional abordaba y rebatía todos estos argumentos subrayando en particular que los riesgos vinculados a la Nevirapina existían sólo en situaciones en las que se utiliza como tratamiento prolongado a enfermos crónicos, pero no en cambio, en su admi-

de poderes y sobre la posibilidad de los Tribunales de Justicia de dictar no sólo pronunciamientos declaratorios (*declaratory orders*) sino también pronunciamientos con mandatos ejecutivos (*mandatory orders*) respecto al Gobierno imponiéndole pautas determinadas de actuación.

Es quizás este último aspecto el que más detenidamente se analiza en la sentencia para llegar a unas pautas basadas en una concepción amplia del ejercicio de la tutela judicial⁴³ a través de las cuales se pretende fundamentar un fallo en el que se formulan órdenes de ejecución o mandamientos de actuación dirigidos a las autoridades sanitarias en relación con la prevención del contagio del SIDA. Concretamente, los pronunciamientos de la sentencia declaran que la sección 27 de la Constitución (apartados 1 y 2) exige que el Gobierno formule y ejecute un programa de prevención del contagio del SIDA de madres a hijos y ordenan al Gobierno permitir y facilitar el uso de la Nevirapina de manera generalizada. Y ello, declara finalmente la sentencia, sin perjuicio de que el Gobierno deba adaptar su política, siempre de manera congruente con la Constitución, si aparecen nuevos métodos igualmente adecuados o mejores para prevenir la transmisión del SIDA de madres a hijos⁴⁴.

nistración como medicamento preventivo para evitar el contagio de madres a hijos.

43 Frente a la aseveración del defensor del Gobierno de que la acción política es una prerrogativa del Ejecutivo y no de los Tribunales, la conclusión a la que llega el Tribunal tras su reflexión sobre el argumento es que "allí donde se haya producido la vulneración de algún derecho [constitucional], incluyendo un derecho socio-económico, los Tribunales tienen el deber de asegurar que la tutela efectiva es otorgada. La naturaleza del derecho infringido y la naturaleza de la infracción proporcionarán la guía para la tutela adecuada en cada caso particular. Cuando sea necesario, ello puede incluir la expedición de mandatos ejecutivos y el ejercicio de la supervisión judicial". A lo que añade, tras una atenta indagación comparatista, que los Tribunales tienen amplios poderes para asegurar el respeto a la Constitución y que el alcance concreto de estos poderes depende de las circunstancias de cada caso particular: aunque deben respetarse los roles que corresponden al legislativo y al ejecutivo en una democracia, y aunque la política debe ser algo flexible, de modo que el ejecutivo debe ser libre para introducir los cambios que juzgue necesarios, es claro que, cuando sea oportuno hacerlo así, los Tribunales pueden utilizar sus amplios poderes para hacer pronunciamientos que afectan a la política y a la legislación

44 A estos pronunciamientos sustantivos se añade la condena en costas al Gobierno, lo que tiene una nada despreciable impor-

3. La jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la salud en algunos países europeos: Alemania, Francia e Italia

La percepción general que puede obtenerse considerando las sentencias sobre el derecho a la salud dictadas por algunos Tribunales europeos en los últimos años es que en la práctica el papel que dicho derecho juega en la jurisprudencia constitucional es más bien escaso y que no ofrece parámetros de constitucionalidad especialmente potentes a la hora de enjuiciar las políticas públicas o las disposiciones legales de modo que la posibilidad de que las mismas sean declaradas inconstitucionales por vulneración del derecho a la salud resulta más bien remota.

A. En este sentido puede aducirse por ejemplo la decisión del Tribunal Constitucional alemán de 5 de marzo de 1997⁴⁵, en la que se planteaba si las Cajas de Enfermedad -entidades de aseguramiento público de la asistencia sanitaria en Alemania - tenían la obligación de financiar el coste de un medicamento para el tratamiento del cáncer (denominado "Edelfosin") cuya utilización terapéutica todavía no había sido reconocida oficialmente de acuerdo con la legislación alemana sobre medicamentos. El interesado acudió al Tribunal Constitucional tras la desestimación de su demanda por la jurisdicción social, pero éste denegó el amparo solicitado por entender que no es constitucionalmente objetable la negativa a prescribir y financiar un medicamento cuya seguridad no ha sido admitida conforme a la legislación sobre productos farmacéuticos.

B. Y también pueden aducirse en esta línea diversos pronunciamientos del Consejo Constitucional francés de los últimos años en los que se ha invocado este derecho en diversas ocasiones sin que la tacha de inconstitucionalidad dirigida contra las disposiciones legislativas controvertidas haya llegado a prosperar⁴⁶.

tancia práctica, habida cuenta de los presumiblemente elevados costes que han debido asumir los demandantes para defender sus pretensiones.

45 Un extracto de la sentencia puede encontrarse en la revista Neue Juristische Wochenschrift, 1997, 46, p. 3085.

46 El reconocimiento del derecho a la protección de la salud como derecho constitucional se plasma en el Preámbulo de la Constitución de 1946, vigente pese a que su articulado fue dero-

Es el caso, por ejemplo, de la Decisión de 23 de julio de 1999 (99-416) relativa a la Ley de creación de una cobertura universal de enfermedad, por la que se reconoció el derecho a la asistencia sanitaria a todas las personas residentes en Francia de manera estable y regular⁴⁷. Frente a los argumentos que reprochaban a las disposiciones concretas de esta Ley la vulneración de la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la asistencia sanitaria y el derecho a la protección de la salud⁴⁸, el Consejo Constitucional rechazó tales argumentos concluyendo, en unos términos ciertamente poco comprometedores para el poder legislativo, que no corresponde al Consejo investigar si los objetivos perseguidos por el legislador habrían podido conseguirse por otras vías, siempre que “las modalidades asumidas por la ley no resulten manifiestamente inapropiadas”.

gado y sustituido por al Constitución de 1958. En dicho Preámbulo se establece que la Nación “garantiza a todos, especialmente a los niños, a las madres, y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio”.

*En relación con el estado de la cuestión en el Derecho francés con anterioridad a los pronunciamientos que se citan en el texto, véase V. SAINT-JAMES, *Le droit à la santé dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, “Revue du Droit Public et de la science politique en France et à l'étranger”, 1997, pp. 467 y ss. y J. MOREAU, *Le droit à la santé*, “L'Actualité juridique - Droit Administratif”, 1998, pp. 185 y ss.*

47 La Ley incorporó al régimen general de la Seguridad Social a todas las personas residentes en Francia de manera estable y regular que no tuvieran derecho por algún otro título a un régimen de aseguramiento de la enfermedad y de la maternidad. Las disposiciones concretas de la Ley combinaban los planteamientos propios de la Seguridad Social contributiva con los de la Asistencia social al establecer que las personas así afiliadas al régimen general quedaban obligadas a abonar una cotización a la Seguridad Social salvo que sus ingresos no rebasaran un umbral de ingresos fijado por Decreto y a actualizar en función de la evolución de los precios. Por otro lado, introducían el derecho a una “cobertura complementaria” para quienes estuvieran por debajo de un cierto umbral de pobreza consistente en una serie de gastos específicos de salud que se asumían por la Seguridad Social sin “contrapartida contributiva” alguna a cargo del beneficiario.

48 El reconocimiento del derecho a la protección de la salud como derecho constitucional se plasma en el Preámbulo de la Constitución de 1946, vigente pese a que su articulado fue derogado y sustituido por al Constitución de 1958. En dicho Preámbulo se establece que la Nación “garantiza a todos, especialmente a los niños, a las madres, y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio”

Y tampoco han llegado a prosperar las tachas de inconstitucionalidad basadas en la vulneración del derecho a la salud en sentencias más recientes. Así sucede, entre otras, con la Decisión de 29 de diciembre de 2003 (2003-488) relativa a una reforma del Código de acción social en virtud de la cual se exigía a los extranjeros en situación irregular una estancia mínima de tres meses en Francia para beneficiarse de la ayuda médica pública, salvo que se tratara de asistencia sanitaria de urgencia⁴⁹, con la Decisión de 12 de agosto de 2004 (2004-504), a propósito de una reforma legal que introducía la exigencia de una participación económica a cargo de los beneficiarios en relación con ciertos actos o consultas médicas prestados por el Seguro de Enfermedad (lo que entre nosotros suele denominarse “copago”)⁵⁰ o, en fin, con la Decisión de 20 de diciembre de 2005 (2005-528), relativa a una cuestión vinculada también al “ticket moderador”⁵¹.

C. Italia ofrece en cambio en su experiencia reciente sentencias de su Corte Constitucional que declaran la inconstitucionalidad de disposiciones legislativas con base en el derecho a la salud, pero se trata de asuntos en los que se plantea a la vez un problema de trato discriminatorio de modo que el pronunciamiento se fundamenta también, de modo expreso o implícito, en la vulneración del principio constitucional de igualdad.

Es el caso en primer lugar de la sentencia 185/1998, de 20-26 de mayo de 1998, en la que la Corte resuelve una cuestión de constitucionalidad

49 El Conseil no considera que estas disposiciones se opongan a las exigencias resultantes del derecho a la salud reconocido en el Preámbulo de la Constitución de 1946.

50 La disposición controvertida introdujo un precepto en el Código de Seguridad Social en el que se contempla dicha participación económica a cargo de los asegurados, sin perjuicio de algunas excepciones como los beneficiarios de la cobertura universal de enfermedad o las mujeres embarazadas, pero no fijaba la cuantía. La Decisión del Consejo Constitucional no considera inconstitucional esta previsión, como medio admisible para conseguir el equilibrio financiero de la Seguridad Social – lo que constituye “una exigencia de valor constitucional”-, pero señala, en lo que puede considerarse un pronunciamiento interpretativo, que la cuantía de la participación deberá fijarse en un nivel que no resulte incompatible con las exigencias derivadas del derecho a la protección de la salud.

51 Vid. apartados 7 a 10 de esta Decisión.

planteada por el Consejo de Estado en relación con un Decreto-Ley (Decreto-Ley de 17 de febrero de 1998, n. 23, sobre “disposiciones urgentes en materia de experimentación clínica en el campo oncológico”) que reconocía a ciertos enfermos de cáncer en fase terminal que fueran seleccionados con fines de experimentación el acceso gratuito a una determinada terapia antitumoral (a la que la sentencia alude como multiterapia o multitratamiento “Di Bella”). A los enfermos que se encontraran en la misma situación, pero que no hubieran sido seleccionados con fines de experimentación, se les permitía el acceso a dicha terapia, pero asumiendo ellos el coste correspondiente.

Tanto en el planteamiento de la cuestión por el Consejo de Estado como en la sentencia de la Corte Constitucional se invoca el precepto general de la igualdad de la Constitución italiana (art 3) así como la previsión constitucional del derecho a la salud (art. 32)⁵², sirviendo ambos de fundamento para el fallo de la sentencia⁵³. En dicho fallo se declara que el legislador está obligado a dictar disposiciones normativas que permitan acceder al “multitratamiento Di Bella” a todos los sujetos no admitidos a la experimentación que no están en condiciones de afrontar los costes correspondientes por falta de medios económicos. Pero lo cierto es que la percepción que se obtiene con la lectura de la sentencia es que, tratándose de un problema de discriminación, esto es, de diferencia de trato no justificada, el anclaje fundamental de la sentencia está en el principio constitucional de igualdad, constituyendo el derecho a la salud un mero refuerzo de la misma, de modo que la conclusión a la que se llega hubiera podido alcanzarse también en ausencia

de una consagración constitucional del derecho a la salud.

También cabe mencionar en esta línea las posteriores sentencias 267/1998, de 7-17 de julio y 309/1999, de 7-16 de julio. La primera de ellas resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con una ley regional que regulaba el reintegro de los gastos médicos pagados por atención médica en centros sanitarios privados. Dicha normativa subordinaba tal posibilidad al otorgamiento de una autorización administrativa previa sin tener en cuenta la posibilidad de situaciones en las que la gravedad de las condiciones del paciente y la urgencia de la intervención no dejan otra alternativa; pero la falta de previsión de estas situaciones fue considerado contrario a los artículos 32 y 3 de la Constitución, como solución “intrínsecamente no razonable”. Y por su parte, la sentencia 309/1999 declaró la inconstitucionalidad de unos preceptos legales que regulaban la asistencia sanitaria de los italianos en el exterior; tales preceptos (aplicables solamente a estancias en países no integrados en la Unión Europea o en el Espacio Económico europeo)⁵⁴ contemplaban únicamente el reembolso de los gastos médicos cuando la estancia en el extranjero se hubiera realizado por razones de trabajo o beca de estudios, pero no en supuestos distintos, lo que fue declarado incompatible con la Constitución por la Corte Constitucional⁵⁵.

4. Observaciones de conjunto.

Las sentencias seleccionadas no constituyen sino una pequeña muestra –sin ninguna pretensión de exhaustividad – dentro de las muchas que hubieran podido considerarse, pero resultan suficientes para romper la limitación que supone estudiar la materia desde la perspectiva de un país concreto, como puede

52 El artículo 32 de la Constitución italiana de 1947 dispone, en su párrafo primero lo siguiente: “La salud protege la salud como fundamental derecho del individuo e interés de la colectividad y garantiza curas gratuitas a los indigentes”. Una exposición sobre la experiencia italiana en torno a este derecho constitucional puede encontrarse en mi libro *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1989, pp. 39 y ss. Una visión actualizada del mismo puede encontrarse en el Libro Blanco

53 Véanse los considerandos 8 a 10 de la Sentencia en los que se invoca en efecto el respeto al principio constitucional de igualdad en relación con el derecho a la salud (arts. 3 y 32 de la Constitución).

54 Tratándose de estancias en Estados miembros de la Unión Europea o pertenecientes al Espacio Económico Europeo hay normativa comunitaria ad hoc que garantiza la atención médica de urgencia.

55 En la cuestión de inconstitucionalidad que dio origen a esta sentencia se encontraba un caso de denegación del reintegro de gastos por atención médica recibida en el extranjero; concretamente, se trataba de un italiano que había recibido atención médica recibida durante una estancia en Estados Unidos como consecuencia de una grave patología que había exigido su tratamiento de urgencia en un hospital.

ser el nuestro, y proporcionan una buena aproximación a la enorme diversidad de las situaciones fácticas que se plantean en torno al derecho a la salud. Nos acercan a la realidad de los agudos contrastes existentes en el mundo en que vivimos; de lo cual no podemos olvidarnos en nuestras disquisiciones jurídico-constitucionales.

A. Salta a la vista así en primer lugar la gran variedad de las situaciones problemáticas que se plantean en los distintos países –habida cuenta de su estrecha vinculación con las concretas condiciones económicas y sociales existentes en los mismos– así como también la necesidad de aproximarse al derecho a la salud con una cierta dosis de relatividad o flexibilidad, dado que su contenido adquiere unas dimensiones mudables o elásticas, con un notable tendencia a la variación en el espacio y también en el tiempo.

El caso de la denegación de los servicios públicos de hemodiálisis (sentencia del Tribunal constitucional sudafricano de 27 de noviembre de 1997) resulta elocuente al respecto, pues no cabe duda de que el mismo hubiera sido resuelto de manera diferente en un contexto socioeconómico y jurídico como el nuestro, donde el pronunciamiento judicial habría reconocido con toda seguridad el derecho de los enfermos renales a acceder a dichos servicios, por entenderse que dichos servicios encajan de lleno en el contenido constitucional del derecho a la salud. Es más, puede decirse que un problema semejante no es fácil que llegue a plantearse en España –donde el tratamiento de los enfermos renales, en su caso mediante trasplante, ha alcanzado unos niveles altamente satisfactorios– o en otros países de desarrollo similar dotados con un sistema sanitario público consolidado; y si llegara a plantearse, encontraría remedio adecuado en el nivel de la justicia ordinaria, sin necesidad de llegar al Tribunal Constitucional⁵⁶.

Y otro tanto podríamos decir en un sentido inverso. Los casos abordados por los Tribunales constitucionales europeos que hemos mencionado es difícil que se planteen en países como Sudáfrica –menos

todavía en países de inferior nivel socioeconómico– sencillamente porque tales países tienen por delante el reto de la cobertura de aspectos mucho más elementales y nucleares para la efectividad del derecho a la salud. En efecto, el estado de cosas existente en no pocos países hace impensable que en ellos se debata y litigue, por ejemplo, en relación con la financiación pública de medicamentos no registrados oficialmente para su uso terapéutico (como hizo el Tribunal Alemán en su decisión de 5 de marzo de 1999) o sobre las limitaciones del reintegro de gastos por asistencia sanitaria de las personas que se desplazan al otro lado del océano (Sentencia de la Corte Constitucional italiana 309/1999) cuando hay grandes déficits en cuestiones tan fundamentales y prioritarias como la generalización de una atención primaria básica, el acceso a los medicamentos esenciales, la profilaxis de las enfermedades transmisibles o una educación sanitaria elemental.

B. Pero hay otra reflexión que suscita el caso mencionado de la hemodiálisis en Sudáfrica que no quiero dejar de apuntar. Con independencia de que la respuesta dada al caso por el Tribunal Constitucional sudafricano pueda parecernos decepcionante por demasiado tímida y restrictiva –al menos en un primer momento; luego si se leen sus razonamientos resulta más comprensible– no puede dejar de advertirse que dicho pronunciamiento parte de la existencia de algunas condiciones previas que no puede decirse, ni mucho menos, que concurren en todos los países del mundo y, en particular, no concurren en la mayor parte de los Estados del continente africano. Efectivamente, de la sentencia se desprende que, cuando la misma se dicta, existen en Sudáfrica a) una red pública de asistencia sanitaria que proporciona tratamiento, aunque de manera insuficiente, a los enfermos con insuficiencia renal crónica; b) unas pautas generales de selección de enfermos que no carecen de una base de racionalidad en la búsqueda de la mayor rentabilidad social de los recursos disponibles; y c) un sistema judicial capaz de dar respuesta de manera diligente y razonada a las pretensiones planteadas en relación con las insuficiencias del sistema de salud⁵⁷. Pero

⁵⁶ Otro tanto podría decirse del caso del contagio de SIDA de madres a hijos abordado por la Sentencia de 5 de julio de 2002 que es un problema que, cuando se planteó en Sudáfrica, hacia ya algunos años que estaba solucionado en España.

⁵⁷ Un sistema que, como prueba la Sentencia sobre transmisión del SIDA, es capaz de ofrecer protección frente a las conductas

nada de esto existe en numerosos países africanos, que carecen de una red pública de asistencia sanitaria que pueda calificarse como tal, de unos criterios racionales de selección de enfermos aplicados de manera generalizada y, por supuesto, de unos mecanismos jurisdiccionales operativos capaces de ofrecer una respuesta efectiva a las situaciones de insuficiencia en la cobertura asistencial. De modo que puede decirse que faltan en ellos las condiciones objetivas previas – sanitarias y jurídico-institucionales- necesarias para que el derecho a la salud pueda alcanzar alguna dosis de efectividad, por mucho que los Estados en cuestión hayan ratificado el PIDESC y la Carta Africana de derechos del hombre y de los pueblos, e incluso tengan una Constitución en vigor que reconoce el derecho a la salud.

C. Por lo que se refiere a la experiencia de los países europeos aludidos, la conclusión que se desprende de la consideración de las sentencias citadas no es otra a mi juicio que la modestia de los efectos limitativos o condicionantes que para la actuación de los poderes públicos derivan del derecho constitucional a la salud, los cuales resultan más bien tenues o escasos en la práctica. En efecto, en las sociedades europeas desarrolladas, que están dotadas de un sistema público de asistencia sanitaria consolidado y maduro y que están además fuertemente medicalizadas –acaso en exceso-, el núcleo básico o esencial de protección garantizado por el derecho a la salud puede considerarse ya alcanzado y asentado y el legislador se mueve en un escenario de opciones organizativas y prestacionales que resultan en su mayoría indiferentes desde el punto de vista constitucional: será difícil en consecuencia que a las decisiones que adopte se le pueda reprochar la vulneración del derecho a la salud, salvo que incurra en discriminación, por introducir divergencias de trato injustificadas, como sucedió en las Sentencias de la Corte Constitucional italiana 185/1998 y 267/1998, o salvo que introduzca una reducción drástica de los niveles prestacionales existentes que menoscabe el contenido del derecho a la salud constitucionalmente protegido.

omisivas de los poderes públicos a través de pronunciamientos en los que se formulan mandatos u órdenes de ejecución dirigidos a los mismos

En ese sentido puede decirse que en estos países la función que cumple el derecho a la salud se sitúa más en el “blindaje” de unos niveles de protección sanitaria ya conseguidos que en la orientación positiva de la acción de los poderes públicos.

D. A la vista de todo ello, creo que podría intentarse una esquematización clasificatoria de los escenarios –ciertamente variados- en los que se opera actualmente el derecho a la protección de la salud. Sin perjuicio por supuesto de los matices individualizados que exigiría cada caso, en los que no podemos entrar, cabe apuntar al respecto lo siguiente.

1. Hay en primer lugar un grupo de países desarrollados y con un sistema prestacional sanitario consolidado en los que, con independencia de la necesidad permanente de adaptación a una realidad cambiante, se satisfacen holgadamente las exigencias derivadas del derecho a la salud. En este contexto, el disfrute del derecho a la salud se garantiza a través de un amplio dispositivo asistencial y preventivo y a través de los mecanismos jurisdiccionales ordinarios que ofrecen remedios frente a las vulneraciones de la legislación vigente que puedan producirse, pero el papel que desempeña dicho derecho en el nivel de justicia constitucional es más bien modesto. No parece discutible que podemos incluir a España en este primer grupo de países, sin necesidad de forzar las cosas, si tenemos en cuenta la capacidad de nuestro sistema de salud –tanto en el ámbito de la asistencia sanitaria como en el de la protección de la salud pública- y nuestros indicadores de morbilidad, mortalidad y esperanza de vida⁵⁸.

2. En el polo opuesto se sitúan los países inmersos en las situaciones de subdesarrollo y pobreza extrema, en los que se carece de los requisitos mínimos necesarios –materiales, organizativos e institu-

⁵⁸ Una exposición sintética de tales indicadores puede encontrarse en la publicación del Ministerio de Sanidad y Consumo *La salud de la población española. Indicadores de salud*, abril de 2006. Entre otros datos, se señala que en mujeres, España presenta la esperanza de vida al nacer más alta de la Unión Europea y, computando hombres y mujeres, España se sitúa en el tercer puesto, después tan sólo de Italia y Suecia. Y ello pese al hecho de que la mortalidad por accidentes de tráfico en España era, al inicio del siglo XXI, un 27,7% superior a la medida de la UE (tres veces y media superior en hombres que en mujeres).

cionales- para que el derecho a la protección de la salud pueda tener alguna dosis de efectividad⁵⁹. En

59 Un "flash" muy ilustrativo y eficaz sobre la problemática del subdesarrollo en el momento presente puede obtenerse de la lectura del Informe 2008 redactado por la Secretaría General de Naciones Unidas sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio (Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe 2008, Naciones Unidas, Nueva York, 2008). En el mismo se ponen de relieve los avances importantes que se han producido en los últimos años en muchos temas, pero también las notorias carencias todavía existentes, muchas de las cuales están directamente relacionadas con la salud humana. Entre otros, ofrece los siguientes datos:

- Aunque en los últimos años se ha progresado considerablemente en la reducción del hambre en el mundo, últimamente tales progresos se han erosionado como consecuencia de la crisis alimentaria y el aumento de los precios de los alimentos. Aproximadamente la cuarta parte de los niños de los "países en desarrollo" padecen desnutrición e insuficiencia de peso y, en consecuencia, tienen alta probabilidad de morir precozmente por enfermedades infantiles. Este porcentaje se eleva al 50% en determinadas zonas como Asia meridional.

- En los países en desarrollo, aproximadamente una de cada cuatro personas carece de servicios de saneamiento. En torno a 1.200 millones de personas viven en zonas donde la defecación es al aire libre (casi la mitad de la población de Asia meridional y más de la cuarta parte de quienes viven en África subsahariana), si bien dicha práctica se va reduciendo en todas las regiones. La defecación en espacios abiertos pone en peligro a toda la comunidad y no sólo a quienes se ven obligados a esta práctica, debiendo al mayor riesgo de contraer diversas enfermedades.

- Desde 1990 a 2006, 1.600 millones de personas obtuvieron el acceso al agua potable, si bien en la actualidad casi mil millones de personas carecen todavía de tal acceso, más de un tercio de los cuales viven en África subsahariana.

- Las tasas de mortalidad infantil continúan siendo altas en algunas partes del mundo (en África subsahariana la tasa de mortalidad en niños menores de 5 años por cada 1000 nacidos vivos se situaba en 157 en 2006), pese a los avances importantes en la lucha contra las principales enfermedades que causan la mortalidad infantil (neumonía, diarrea, paludismo y sarampión).

- En materia de mortalidad materna los avances en los últimos años han sido muy escasos, de modo que ésta sigue siendo muy elevada en los países en desarrollo: más 500.000 mujeres mueren al año en tales países con ocasión del parto o por complicaciones en el embarazo. Para una reducción de esta mortalidad se considera necesaria la presencia en el parto de personal sanitario cualificado, con equipamiento adecuado y con opciones de traslado en caso de complicaciones, pero hay todavía regiones en las que un número elevado de partos se realizan sin ningún tipo de asistencia (casi la mitad en África subsahariana).

- En algunas enfermedades como el sarampión o el paludismo ha habido avances considerables pero el SIDA continúa siendo una enfermedad muy extendida -especialmente en determinadas regiones como África subsahariana- que causa un elevado número de muertes: afecta a 33 millones de personas en todo el mundo y produce la muerte de más de 5000 personas diarias, a causa mayoritariamente de la falta de servicios de prevención y asistencia.

ellos, por tanto, el derecho a la salud es un objetivo social y político más que una realidad jurídicamente operativa. De modo que juegan aquí un papel importante, aparte por supuesto de la movilización de los respectivos Gobiernos, el impulso que procede de los organismos internacionales (Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, Relator Especial del derecho a la salud, Organización Mundial de la Salud, OCDE, etc.), así como la cooperación al desarrollo que viene siendo ofrecida desde los Estados desarrollados, desde la Unión Europea y desde las entidades no gubernamentales⁶⁰.

3. Pero también pueden encontrarse países situados en una zona intermedia, que tienen todavía ostensibles carencias en la materia, pero que disponen ya de un dispositivo público asistencial y preventivo dotado de un cierto grado de desarrollo y de un marco institucional y jurisdiccional capaz de ofrecer respuesta a las pretensiones que puedan plantearse en demanda de unos mayores niveles de protección. En ellos se ofrece un escenario especialmente propicio para que el derecho a la protección de la salud actúe como palanca para impulsar los avances del correspondiente dispositivo asistencial y preventivo hasta niveles satisfactorios e, incluso, para que dicho derecho juegue un papel relevante en el nivel de la justicia constitucional. El caso de Sudáfrica -país de considerables riquezas naturales pero de grandes desigualdades que está incurso en un importante proceso de transición social, una vez realizada la transición política- ofrece un buen ejemplo al respecto⁶¹.

60 En el citado Informe 2008 sobre los Objetivos de Desarrollo del Milenio se pone de manifiesto que la asistencia oficial al desarrollo ha caído ligeramente desde 2005, momento en el que alcanzó su nivel más alto, pero se indica también que las organizaciones no gubernamentales y el sector privado están adquiriendo un papel muy importante en materia de cooperación al desarrollo. En todo caso debe indicarse que la separación público-privado se hace borrosa en ocasiones, pues hay instituciones que tienen un carácter mixto público-privado como es el caso de la fundación Fondo Mundial para la Lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y el Paludismo, con sede en Ginebra, abierta a la participación de los Gobiernos, los organismos multilaterales de cooperación, las organizaciones no gubernamentales y el sector privado.

61 Otro ejemplo de país en el que el derecho a la salud está jugando un papel importante en el ámbito de la justicia constitucional nos lo ofrece Colombia, cuya Corte Constitucional, creada por la vigente Constitución Política de 1991, ha elaborado una

IV. SOBRE EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN ESPAÑA: LA EXPERIENCIA RECIENTE.

1. Introducción. La falta de una doctrina referida específicamente al derecho a la salud en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

Dentro de las coordenadas que emergen de las consideraciones que anteceden no resulta en modo alguno sorprendente la ausencia de una doctrina de nuestro Tribunal Constitucional en torno al derecho a la salud. Si al hecho cierto de que España dispone de un sistema sanitario razonablemente desarrollado y eficaz -en términos generales-, y que cuenta con unos indicadores de salud que pueden considerarse privilegiados en el contexto internacional, unimos la opción de nuestra Constitución de ubicar el derecho a la salud dentro del Capítulo III del Título I, fuera de los derechos fundamentales en sentido propio que son susceptibles de recurso de amparo, resulta fácilmente explicable este reducido juego que dicho derecho ha dado hasta el momento en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Las cuestiones conflictivas vinculadas con el derecho a la salud encuentran acomodo con naturalidad en el ámbito de actuación de los Tribunales ordinarios, que velan por el respeto de la legislación vigente ofreciendo tutela judicial frente a las vulneraciones de los derechos de los ciudadanos,

rica y matizada doctrina sobre la materia a propósito de una casuística ciertamente abundante. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el derecho a la salud viene dando lugar en Colombia a un número elevadísimo de "acciones de tutela" por vulneración del mismo; acciones de tutela que se presentan ante la justicia ordinaria pero que, una vez falladas, se trasladan en su totalidad a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Entre nosotros ha dado cuenta de la doctrina sentada por la Corte Constitucional colombiana sobre el derecho a la salud M. ARBELÁEZ RUDAS en su trabajo La protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, "Derecho y Salud", 14, 2 (2006). Muy recientemente, la propia Corte ha resumido esta jurisprudencia en su importante Sentencia T-760/08, de 31 de julio de 2008, en la que realiza una recapitulación minuciosa de su jurisprudencia y aborda no sólo diversos problemas concretos -planteados en las 22 acciones de tutela acumuladas que resuelve-, sino también diversos problemas de alcance general relativos al acceso a los servicios de salud. Ello le da pie a formular un amplio y exigente conjunto de órdenes de obligado cumplimiento dirigidas a los órganos responsables de los servicios de salud, formulando al efecto un detallado cronograma.

así como en otras instancias de supervisión de la acción de los poderes públicos como los defensores cívicos (el Defensor del Pueblo estatal y las instituciones autonómicas análogas, que se ocupan de manera habitual de las disfunciones e insuficiencias de nuestro sistema sanitario público), pero tales cuestiones han venido estando ausentes de nuestra jurisprudencia constitucional.

En efecto, aunque no faltan pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional que han debido ocuparse de cuestiones particularmente problemáticas planteadas en relación con la actividad médico-sanitaria, es lo cierto que en los mismos el derecho a la salud ha jugado un papel marginal o nulo. La jurisprudencia constitucional ha debido pronunciarse así sobre la negativa a recibir transfusiones de sangre por motivos religiosos (ATC 369/1984, de 20 de junio, y SSTC 166/1996, de 28 de octubre, y 154/2002, de 18 de julio), sobre la despenalización parcial del aborto (STC 53/1985, de 11 de abril), sobre la alimentación y el tratamiento médico forzoso de presos en huelga de hambre (SSTC 120/1990, de 27 de junio y 137/1990, de 19 de julio), sobre las esterilizaciones no consentidas de personas con discapacidad psíquica (STC 215/1994, de 14 de julio), sobre la utilización de embriones y fetos humanos (STC 212/1996, de 19 de diciembre) o sobre las técnicas de reproducción asistida (STC 116/1999, de 17 de junio), pero los correspondientes pronunciamientos se centran en derechos constitucionales que tienen carácter fundamental, como los derechos a la vida y a la integridad física o la libertad religiosa, pero no se ocupan del derecho a la salud o, como mucho, lo mencionan en un plano muy marginal.

Junto a ello debemos notar que una cierta presencia tuvo el derecho a la salud en la primera jurisprudencia constitucional relativa a la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a propósito de la relación entre la competencia sobre la igualdad en las condiciones básicas de los derechos constitucionales (art. 149.1.1ª CE) y el derecho a la salud (art. 43 CE)⁶², pero la jurisprudencia

⁶² Véase en particular la STC 32/1983, de 28 de abril, en su Fundamento 2.

dencia constitucional posterior ha tendido a centrarse en los títulos competenciales específicos ofrecidos por el art. 149. 1 de la Constitución para abordar los problemas competenciales planteados en el ámbito sanitario (especialmente el título sobre las bases de la Sanidad que figura en el art. 149.1.16ª CE), dejando en segundo plano en cambio la regla 1ª del art. 149.1⁶³. Tampoco desde esta perspectiva puede decirse, por tanto, que el derecho a la salud haya desempeñado un papel relevante en la jurisprudencia constitucional, si bien debe decirse que el Estado viene invocando con habitualidad dicho título en la fundamentación competencial de la legislación sanitaria.

Sí que hay en cambio datos y novedades de interés en el terreno del desarrollo legislativo de este derecho constitucional; terreno en el que no puede decirse que haya estado ausente la preocupación por cumplir el mandato de “lograr progresivamente” la “plena efectividad” del derecho a la protección de la salud (en los términos que consagra el art. 2.1 del PIDESC) o la exigencia de que dicho derecho informe la “legislación positiva” y la “actuación de los poderes públicos” (según la fórmula que incorpora el art. 53.3 CE). Nos referiremos separadamente a algunas de las novedades que se han producido últimamente –la consideración de los últimos doce años ofrece un período que, por un lado, resulta suficientemente extenso y, por otro, es abarcable con cierta facilidad- en los dos ámbitos tradicionales de la acción de las Administraciones sanitarias, que lo son también de materialización del derecho a la salud: las prestaciones de asistencia sanitaria y las actuaciones en el ámbito de la salud pública.

63 Un ejemplo ilustrativo de ello nos lo proporciona la STC 98/2004, de 25 de mayo, relativa a la fijación de los precios de referencia de los medicamentos, lo que conlleva a la vez la determinación de los límites a la financiación pública de los mismos, que sitúa en un segundo plano la competencia estatal recogida en el art. 149.1.1ª CE (FJ 9). En el Voto Particular formulado por el Magistrado J. Díez-Zapata a esta sentencia (al que se adhirió el Magistrado R. García-Calvo) se sostiene, frente a la posición mayoritaria, un planteamiento que pone énfasis en el concepto de Estado social, en el derecho constitucional a la salud (que se califica como “condición previa para el ejercicio de los demás derechos fundamentales”) y en la regla primera del artículo 149.1 como fundamentación de la competencia exclusiva del Estado para fijar los precios de referencia de los medicamentos.

2. Los avances en el terreno legislativo (A): la asistencia sanitaria

En el ámbito de la asistencia sanitaria ha habido, en lo fundamental, continuidad con las opciones consagradas en la etapa anterior (que se plasmaron en su momento en la Ley General de Sanidad de 1986 y en las diversas disposiciones que vinieron a desarrollarla y complementarla, entre las que cabe incluir al RD 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del SNS), pero las novedades introducidas en los últimos años no puede decirse que hayan sido pocas ni tampoco –si se consideran conjuntamente- de escaso calado.

A. Por lo que se refiere al *quantum* prestacional, esto es, al contenido concreto de la asistencia sanitaria que se ofrece por nuestro sistema público de salud a todos sus beneficiarios, se han introducido diversas novedades de signo ampliatorio que reflejan el principio o cláusula de progreso, tan característico del sector sanitario y, en general, de los derechos económico-sociales. Concretamente deben mencionarse las reglas sobre prestaciones sanitarias contenidas en la Ley 16/2003, de 16 de mayo de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud y en el RD 1030/2006, de 15 de septiembre, sobre “cartera de servicios comunes” de dicho Sistema.

En virtud de estas disposiciones, la determinación del contenido de las prestaciones se ha llevado a cabo separando dos momentos o fases que no se distingúan en la ordenación llevada a cabo por el RD 63/1995. Ahora se contempla por un lado el *catálogo de prestaciones* establecido en la Ley (la Ley 16/2003), en el que se fija la estructura básica y los contenidos fundamentales de la atención sanitaria que dispensa nuestro sistema público de salud, y, por otro lado, la *cartera de servicios* concretada reglamentariamente (RD 1030/2006), que constituye un desarrollo analítico del catálogo que determina “el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos [...] mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias” (art. 20.1 de la Ley de Cohesión) y que se concibe como algo necesariamente mudable y adap-

table en función de la evolución de las tecnologías sanitarias sin necesidad de modificar la Ley⁶⁴.

Aunque no podemos entrar en el detalle de una materia cuya prolijidad nos haría perder el hilo conductor de este estudio, debemos subrayar que Ley de Cohesión implicó en su momento, además de la plasmación a nivel legal de la estructura y contenidos básicos de la asistencia sanitaria pública –plasmación que no existía con anterioridad-, algunas aportaciones de carácter novedoso a la configuración de las prestaciones sanitarias. En este sentido, cabe destacar la consideración de las *prestaciones de salud pública*, de la *asistencia sociosanitaria* y de la *atención de urgencia* como prestaciones con entidad y contenido propio (arts. 11, 14 y 15 de la Ley de Cohesión). Y por lo que se refiere a la cartera de servicios comunes fijada en el RD 1030/2006, debe hacerse constar que implica un mayor grado de precisión en los contenidos concretos de la asistencia que venía siendo prestada⁶⁵ aportando a la vez una sistematización mejorada y más completa de las prestaciones garantizadas por el Sistema Nacional de Salud y algunas novedades de claros efectos ampliatorios. Entre ellas cabe mencionar las precisiones que se incluyen en relación con las prestaciones de salud buco-dental y las actividades de rehabilitación que se ofrecen o con los cuidados paliativos de enfermos terminales, la expresa previsión de algunas técnicas específicas como la anestesia epidural en los partos normales, la tomografía por emisión de positrones (PET) en oncología, o también la incorporación de algunas situaciones no

64 Las pautas sustantivas y procedimentales aplicables para la actualización del catálogo se fijan en los arts. 21 y 22 de la Ley 16/2003 y se desarrollan en el RD 1030/2006. En realidad no hay una única cartera de servicios, sino que, junto a la cartera de servicios comunes (fijada en el RD 1030/2006), existen también las carteras de servicios autonómicas, que pueden añadir técnicas o procedimientos adicionales sin prescindir de ninguno de los incluidos en la cartera común.

65 Según señala el Preámbulo del RD 1030/2006, su finalidad no es otra que definir las prestaciones que el Sistema Nacional de Salud “actualmente está ofertando a los ciudadanos”, así como “garantizar estas prestaciones comunes”. El grado de precisión que aporta es sin duda mucho mayor que el RD 63/1995 al que sustituye: la extensión inferior a seis páginas de BOE que tenía el RD 63/1995 se ha multiplicado por más de cinco: nada menos que 30 páginas ocupa el RD 1030/2006 en el BOE de 16 de septiembre de 2006.

contempladas anteriormente como la obesidad mórbida⁶⁶.

B. En relación con el ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones, dos aspectos específicos merecen comentario: la incorporación de un importante número de personas extranjeras al colectivo de beneficiarios del Sistema de Salud y la persistente resistencia del legislador estatal a optar por una universalización plena de la asistencia sanitaria que reconozca el derecho a la asistencia sanitaria a todos los residentes en España.

El primer aspecto tiene que ver –dejando al margen el debate sobre la entidad de lo que suele denominarse *turismo sanitario*⁶⁷–, con los intensos flujos migratorios que ha recibido España en la última década. Tales flujos migratorios han determinado una incorporación masiva de extranjeros a nuestro mercado de trabajo que se han convertido, junto con sus familiares dependientes, en beneficiarios del Sistema Nacional de Salud, como no podía ser de otra manera. Lo cual ha dado lugar a uno de los retos de mayor envergadura que ha debido afrontar nuestro dispositi-

66 Pese a ello sigue habiendo por supuesto aspectos en los que cabe detectar insuficiencias en la asistencia que se viene prestando. Una exposición de síntesis sobre tales insuficiencias, apoyada en la amplia experiencia del Defensor del Pueblo, puede encontrarse en F. BENITO ANGUIA, *Retos inmediatos de la Sanidad desde la perspectiva del Defensor del Pueblo*, Revista “Derecho y Salud”, 13, 1 (2005), pp. 35 y ss., donde se subrayan, entre otros, los siguientes aspectos: a), los problemas vinculados a la denominada asistencia “sociosanitaria”, y en particular a la asistencia de enfermos crónicos o en fase muy avanzada de enfermedad que no requieren una atención exclusivamente sanitaria, a los que no se atiende adecuadamente ni por el Sistema Nacional de Salud ni por los servicios de acción social; b) las notorias carencias en relación con los enfermos mentales, cuyo cuidado ha venido recayendo de hecho en unas familias cuyo esfuerzo ha sido poco reconocido y apoyado desde los poderes públicos; y c) las limitaciones en el tratamiento de las enfermedades raras o poco frecuentes, que afectan a casi dos millones de personas. Aunque han pasado ya 3 años desde que se redactó este texto, no parece que las cuestiones apuntadas hayan experimentado cambios significativos.

67 Con ello se alude a los extranjeros que se desplazan a España para obtener determinadas prestaciones sanitarias (colocación de prótesis de cadera, intervención de cataratas), o los que aprovechan su estancia en nuestro país para ello. No parece que haya datos precisos que permitan confirmar y cuantificar el fenómeno, pero los gestores de los servicios autonómicos sanitarios lo han venido poniendo de relieve y ha aflorado en diversas ocasiones en los medios de comunicación.

vo asistencial en los últimos años, no sólo en razón del mayor número de usuarios a atender sino también por la problemática específica que deriva de la diversidad lingüística y cultural.

Desde el punto de vista normativo, es la Ley de extranjería (LO 4/2000, de 11 de enero) la que se ocupa del tema, y lo hace en unos términos ciertamente abiertos al no exigir que los extranjeros tengan una situación de residencia legal en España para beneficiarse de la asistencia sanitaria pública: basta al efecto tan solo el empadronamiento en alguno de los Municipios españoles. De acuerdo con lo establecido en el art. 12.1 de la Ley, basta la inscripción patronal –mucho más accesible en términos de requisitos sustantivos y procedimentales que la autorización de residencia- para tener derecho a la asistencia sanitaria “en las mismas condiciones que los españoles”⁶⁸. E, incluso, el tema se contempla en términos todavía más abiertos en relación con determinados grupos de personas -menores y mujeres embarazadas- y en la provisión de asistencia sanitaria de urgencia, supuestos ambos en los que el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria se hace a favor de todos los extranjeros “que se encuentren en España” sin exigir siquiera el empadronamiento (apartados 2, 3 y 4 del art. 12)⁶⁹.

La segunda cuestión apuntada –la ausencia todavía hoy de una universalización plena de la asistencia sanitaria pública- merece una severa crítica desde el punto de vista de la efectividad del derecho constitucional a la protección de la salud.

Nuestro Derecho positivo sigue pivotando sobre un sistema de determinación de los beneficiarios de la asistencia sanitaria que ha ido acumulando una serie

de vías de acceso vinculadas a principios o conceptos diferentes –así, el principio contributivo (asistencia a trabajadores y pensionistas y a familiares a su cargo), los planteamientos propios de la asistencia social (personas sin recursos económicos), y la atención a colectivos específicos (minusválidos o menores de edad)- sin termina de interiorizar plenamente el mandato de universalización⁷⁰. Es cierto que *de facto* esta acumulación de conceptos ha dado lugar a una cuasi-universalización del derecho a la asistencia sanitaria, pero no menos cierto es que continúa existiendo un colectivo de personas con residencia en España que carecen de tal derecho⁷¹. Esta situación no sólo supone el incumplimiento del mandato de universalización que deriva del derecho a la salud constitucionalmente consagrado -y formalmente asumido por nuestra legislación general sanitaria (Ley General de Sanidad de 1986 y Ley de Cohesión de 2003)-, sino que resulta incongruente con el sistema vigente de financiación sanitaria, que no descansa ya en las cotizaciones sociales vinculadas al trabajo sino en la carga tributaria soportada por todos los contribuyentes. Lo cual produce una discriminación contraria al principio constitucional de igualdad (art. 14 CE), en la medida en que implica una diferencia de trato que carece de una justificación razonable, dado que no hay, en efecto, más allá de una pura inercia histórica, razón alguna que justifique la exclusión de un colectivo de ciudadanos-contribuyentes del acceso a la asistencia sanitaria pública: si todos contribuyen a sostener el gasto público sanitario de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario “inspirado en los principios de igualdad y progresividad” (art. 31.1 CE), es claro que todos deben tener acceso a los servicios y prestaciones que se financian a través de dicho sistema tributario⁷².

⁶⁸ *Adviértase en todo caso que el art. 12.1 formula una regla de equiparación de los extranjeros empadronados respecto a los españoles en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Ello implica que a también para los extranjeros deba exigirse la concurrencia de un título concreto que determine el derecho a la asistencia sanitaria (trabajador dependiente o autónomo, jubilación, carencia de recursos económicos suficientes, etc.).*

⁶⁹ *Los detalles del marco legal vigente sobre el tema pueden verse en el trabajo de D. T. KAHALE CARRILLO, La prestación de asistencia sanitaria a los extranjeros en España, Revista Derecho y Salud, 15, 1 (2007).*

⁷⁰ *Véase sobre ello más ampliamente las indicaciones que se contienen en mi libro Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud, Comares, Granada, 2005, pp. 73 a 75, 91 a 101 y 230 a 231.*

⁷¹ *El número de personas en esa situación no se conoce precisamente, pero parece situarse, según cifras que maneja el Ministerio de Sanidad, en torno al 0.5% de la población (algo más de 200.000 personas), si bien se trata de una mera aproximación.*

⁷² *Junto a ello, debe notarse que las reglas sobre asistencia sanitaria contenidas en la Ley de extranjería (LO 4/2000) impli-*

El tema constituye por tanto una “asignatura pendiente” de nuestro ordenamiento jurídico desde la óptica de la efectividad del derecho a la salud. Una asignatura pendiente sobre la que se ha llamado la atención desde la doctrina y desde diversos foros institucionales en los últimos años -en particular así se ha hecho desde la institución del Defensor del Pueblo⁷³- pero obviamente sin éxito por el momento. Entiendo por ello que, antes de acometer otras mejoras prestacionales en nuestro Sistema Nacional de Salud, sería preciso abordar su universalización plena para corregir una situación que no sólo genera una clara inconstitucionalidad por omisión (una situación que podía estar justificada en 1978, sobre la base de la necesidad de avanzar de una manera progresiva, pero que es claro que no lo está en 2008), sino que supone el incumplimiento de Convenios internacionales ratificados por España (art. 12 del PIDESC).

C. Junta a ello, debemos subrayar que se han producido en los últimos años una serie de mejoras relacionadas con numerosos aspectos de la asistencia sanitaria que inciden sobre la *calidad* de la misma en su sentido más amplio. En efecto, los aspectos cuali-

ca que en determinadas situaciones puede producirse un trato menos favorable para los españoles que para los extranjeros. Así puede suceder en la asistencia sanitaria urgente (a la que todos los extranjeros tienen derecho en condiciones de gratuidad -tratándose de accidentes o enfermedades graves- de acuerdo con lo previsto en la LO 4/200, pero que si se proporciona por un centro sanitario público a un español sin derecho a la asistencia sanitaria deberá ser abonada por el beneficiario).

73 Sobre la necesidad de acometer la universalización de la asistencia sanitaria ha venido llamando la atención en efecto el Defensor del Pueblo desde hace ya años, hasta el momento sin éxito, utilizando para ello la vía de la Recomendación dirigida al Ministerio de Sanidad y refiriéndose explícitamente al tema en los sucesivos Informes anuales (así, el Informe correspondiente a 2007 vuelve a insistir sobre ello). Esta posición se recoge también en el texto citado de F. BENITO, Retos inmediatos de la Sanidad desde la perspectiva del Defensor del Pueblo, donde se alude a las diversas situaciones de ausencia de derecho a la asistencia sanitaria pública (personas que no han trabajado y que cuentan con recursos económicos suficientes según el modesto umbral fijado reglamentariamente al efecto, españoles que son pensionistas de la Seguridad Social de otros países y que han retornado a España, etc.). En esta situación se encuentran también determinados profesionales, como los que ejercen la Abogacía, que reivindican justamente un derecho a una asistencia sanitaria pública del que en muchos casos carecen (vid. al respecto el artículo Sanidad: los Abogados discriminados, en “Abogados. Revista del Consejo General de la Abogacía Española”, Febrero 2008, p. 19).

tativos de la asistencia prestada han venido siendo objeto en los últimos años de una atención creciente por parte de las Administraciones competentes que encontró plasmación normativa y refuerzo a través de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS, en la que se contemplaron una amplia serie de ámbitos de actuación y de instrumentos que enmarcan en la actualidad las políticas públicas de calidad de los servicios sanitarios⁷⁴. En particular, debemos subrayar que la Ley de Cohesión aborda lo que denomina *garantías de movilidad* (acceso a las prestaciones con independencia del lugar en el que se encuentren en cada momento los usuarios del SNS) y las *garantías de tiempo* (fijación de tiempos máximos de espera en el acceso a las prestaciones), ocupándose de muy diversos aspectos concretos de la calidad asistencial en relación con los cuales ofrece instrumentos *ad hoc*: posibilidad de una segunda opinión facultativa, mejoras en la confortabilidad de la asistencia, existencia de servicios de referencia, realización de auditorías periódicas de la calidad, guías de práctica clínica, planes de calidad, etc.

Todas las acciones que se llevan a cabo para la mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en aplicación de éstos u otros instrumentos⁷⁵ resultan por supuesto encomiables, pero la percepción que se obtiene a partir de la observación directa de las cosas y de la información que ofrecen los medios es que nuestro sistema asistencial presenta notorios contrastes y claroscuros, con no pocos ámbitos en los que pueden detectarse deficiencias en la organización de los servicios y en la diligencia del personal, sin perjuicio de que pueda afirmarse que el nivel de calidad técnica de la asistencia sanitaria pública que se presta en España es, en general, alto. Tengo para mí que el origen de no pocas de las deficiencias aludidas se encuentra en ciertos elementos contextuales ajenos a

74 Vinculadas también con la calidad en su sentido mas amplio se encuentran las cuestiones relacionadas con la información y documentación clínicas y con el consentimiento de los pacientes a las intervenciones médicas; cuestiones que fueron objeto de regulación a través de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que resulta aplicable tanto al sistema público asistencial como al sector sanitario privado.

75 Para una exposición más completa al respecto remito a mi libro Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud, cit., pp. 110-118 y 239-243.

la asistencia misma que se presta; en particular en una política de recursos humanos en el ámbito público sanitario que resulta en su conjunto no muy feliz y escasamente incentivadora para el personal, así como en un entorno social de comportamientos que introducen claros elementos de distorsión en el buen funcionamiento de los servicios de salud: es el caso del manifiesto abuso que se hace de algunos servicios (por ejemplo, urgencias hospitalarias) o de las conductas agresivas de no pocos usuarios (pacientes o acompañantes) hacia el personal que los atiende, en forma incluso de agresiones físicas, lo cual alimenta a su vez actitudes defensivas y de desconfianza por parte del personal sanitario⁷⁶. Cuestiones éstas que difícilmente van a dejar de operar a corto plazo —requieren sin duda una respuesta mediante actuaciones de ciclo largo—, pero que deben ser objeto de preocupación y de remedio si se aspira a mejorar el actual estado de cosas porque inciden, de manera indirecta pero clara, en la calidad asistencial.

D. Por lo que se refiere al tema de la coparticipación de los beneficiarios de la asistencia sanitaria en el coste de la misma (“copagos”), no ha habido cambios en los últimos años respecto a las reglas vigentes tradicionalmente en España, que parten de un principio de gratuidad de los servicios y prestaciones, salvo en lo relativo a los medicamentos⁷⁷, pero sí un debate

76 Las conductas agresivas de los pacientes con el personal en los centros sanitarios han sido en efecto un fenómeno nada infrecuente en los últimos años (con algunos casos especialmente graves: en 2001 dos médicos fallecieron como consecuencia del apuñalamiento que sufrieron en su centro sanitario por negarse a firmar documentos de baja y de incapacidad) que ha dado lugar a diversas actuaciones institucionales a partir del año 2004. Concretamente de las Administraciones autonómicas (entre otros, planes de prevención de las agresiones o programas de formación del personal para aprender a tratar a los pacientes potencialmente conflictivos), de los Colegios profesionales y de las Fiscalías. Aunque obviamente tales agresiones no sean muchas en términos porcentuales, es obvio que producen un importante deterioro del clima laboral en los centros sanitarios.

77 La “aportación económica” a cargo de los beneficiarios del SNS se determina en base a las siguientes reglas (Anexo V.3 del RD 1030/2006): 1) La “aportación normal” que con carácter general deben satisfacer los usuarios en el momento de la dispensación del medicamento en la oficina de farmacia es el 40% del precio de venta al público. 2) Se establece una “aportación reducida” (el 10% del precio con un límite máximo de 2,64 euros por envase) en determinados supuestos; entre otros, medicamentos para el tratamiento de determinadas enfermedades crónicas o graves y para enfermos de SIDA. 3) Los supuestos de exen-

sobre el argumento que viene planteándose de manera recurrente en nuestro país desde el Informe Abril de 1991. Desde entonces no han faltado opiniones partidarias de trasladar una parte del coste de la asistencia prestada a los beneficiarios mediante el pago por los mismos de una cantidad por cada acto médico o prestación recibida (consultas, pruebas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas, etc.). Opción que ha sido asumida en otros países europeos (introducción del *ticket sanitario* en Italia o del *ticket moderador* en Francia)⁷⁸ como instrumento de financiación parcial del creciente gasto que absorbe el sistema sanitario asistencial y, sobre todo, como fórmula al servicio de la racionalización y moderación de la demanda de utilización de los servicios y prestaciones sanitarias públicas.

Cualquier opción que se adopte al respecto debe respetar por supuesto el derecho constitucional a la protección de la salud, y el principio solidarista que está en su base, pero es claro que del mismo no deriva un mandato de gratuidad total de las prestaciones y servicios, sino más bien un mandato de *asequibilidad* de los mismos, lo que no impide obviamente la existencia en sí de los copagos, si bien impone un marco de limitación a la hora de su establecimiento. Lo cual deja a los poderes públicos un margen de maniobra muy amplio en la configuración de la materia; en concreto, en la opción por introducir o no el copago y, en su caso, en la determinación de su cuantía y de sus presupuestos objetivos y subjetivos.

Personalmente tiendo a pensar que, tarde o temprano, habrá que revisar el principio de gratuidad total de las prestaciones sanitarias públicas (lo que podríamos denominar “cultura” del gratis total en la Sanidad pública), tan arraigado entre nosotros pero cada vez más difícil de mantener en un escenario en

ción total en el pago del precio de los medicamentos son amplios: se benefician de dicha exención total los pensionistas y colectivos asimilados, los afectados por el síndrome tóxico, las personas con discapacidad, los tratamientos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, y los productos farmacéuticos que se dispensan en los propios centros sanitarios.

78 El ticket moderador en Francia funciona como franquicia no reembolsable: dado que el sistema de asistencia sanitaria allí se basa en el reembolso de los gastos médicos sufragados por el paciente, el ticket es un porcentaje del precio del acto médico que no se le reembolsa al beneficiario.

el que el gasto público sanitario tiende a absorber una parte cada vez más importante del gasto social y en el que aparecen otros objetivos sociales apremiantes, como la atención a las situaciones de dependencia. Pero no ignoro los problemas vinculados al copago: si los copagos se fijan en unos niveles más bien simbólicos (por ejemplo, 1 euro por consulta, como a veces se ha sugerido) es poco probable que tengan efectos perceptibles en la moderación de la demanda y que generen una financiación significativa capaz de reducir el creciente caudal de la carga impositiva que absorben los servicios de salud, constituyendo en cambio un elemento adicional de complicación en la gestión de los servicios sanitarios; si los copagos alcanzan importes de una cierta entidad, pueden implicar obstáculos inasumibles para algunas economías, lo que exige establecer un complejo cuadro de distinciones y exoneraciones para patologías determinadas o para personas con escasos recursos económicos.

Menos dudas tengo en cambio en la conveniencia de replantearse la gratuidad total de la prestación farmacéutica de la que se benefician todos los pensionistas. Una opción que se introdujo en España en un momento histórico en el que la esperanza media de vida existente era mucho menor que en el presente y en los que la situación de jubilado (mayor de 65 años) y la condición de “anciano” tenían un alto grado de correspondencia, pero que genera en la actualidad unos agravios comparativos difícilmente justificables, dado que el estatus de pensionista no está vinculado hoy necesariamente a una situación de escasez o precariedad económica, que sí existe en cambio en no pocas personas en edad de trabajar. De modo que hoy resultaría perfectamente razonable, por ejemplo, demorar el acceso gratuito a los medicamentos hasta una edad más avanzada (70 o 75 años) o fijar una participación reducida de los pensionistas en el precio de los medicamentos (por ejemplo, el 20% en lugar del 40% que pagan los trabajadores en activo) sin perjuicio de mantener las exoneraciones totales para determinadas patologías crónicas. Nada de esto sería particularmente problemático si se compensa esa medida con un incremento de las pensiones más bajas y se mantiene una política general de suficiencia de las pensiones y, en cambio, ello contribui-

ría a aligerar el peso de la factura farmacéutica a cargo del Sistema de Salud reduciendo además el espacio para posibles fraudes y despilfarros o uso irracional de los medicamentos.

3. Los avances en el terreno legislativo (B): la salud pública.

A. Ámbito tradicional de la legislación sanitaria, que en otro tiempo era fundamentalmente legislación de higiene o salud pública (todavía la Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 1944 es fundamentalmente una Ley de salud pública que plasma la mentalidad higienista de la época), la salud pública había quedado relegada a un segundo plano durante la segunda mitad del siglo XX como consecuencia del fuerte protagonismo que durante dicho período tuvo la Sanidad asistencial en las políticas de salud y en la acción legislativa sobre la materia. En efecto, esa etapa estuvo protagonizada por el desarrollo y consolidación de nuestro sistema público de asistencia sanitaria, que vino a absorber el grueso de los recursos públicos dedicados a la Sanidad y la atención prioritaria del legislador-, lo cual implicó una cierta preterición de la salud pública; preterición que puede detectarse en la propia Ley General de Sanidad de 1986 y en su normativa complementaria y de desarrollo, incluyendo a las leyes de salud autonómicas de salud o de ordenación sanitaria de los años noventa. Últimamente sin embargo –a partir de la segunda mitad de la década de los noventa y, especialmente, durante los años ya transcurridos de la primera década del presente siglo- se observa un paulatino reforzamiento de la atención que suscitan las cuestiones vinculadas a la salud pública, lo que se ha traducido en un fortalecimiento de las políticas de salud pública desarrolladas por las Administraciones competentes y también en una mayor presencia de los temas de salud pública en el plano legislativo.

Las razones que explican esta tendencia son diversas y complejas. Aunque no procede en este momento profundizar en la cuestión, un intento de aproximación a la misma no podría prescindir de la consideración de una serie de circunstancias entre las que se encuentran las siguientes: la emergencia de nuevos riesgos para la salud -buena parte de los cuales están unidos al desarrollo tecnológico y a la globalización-

y la creciente preocupación social y política por la seguridad frente a los mismos; el conocimiento científico más preciso de las diversas enfermedades y de su forma de transmisión al ser humano; la necesidad de reducir la fuerte presión que sufren los servicios públicos asistenciales –cuya financiación absorbe un ingente volumen de recursos económicos– y la mayor eficiencia que tiene el gasto dedicado a los objetivos preventivos respecto a los asistenciales; el impulso que deriva de la acción de diversos organismos internacionales sobre la materia (Organización Mundial de la Salud, Consejo de Europa); o, también, las iniciativas y acciones procedentes de la Unión Europea, donde la “política de salud pública” ha tomado carta de naturaleza a partir del Tratado de Ámsterdam de 1997⁷⁹.

Esta intensificación de las políticas vinculadas a la salud pública resulta patente de modo particular en determinadas materias o sectores que han sido objeto de una atención específica y reforzada durante los últimos años. Entre ellos cabría citar, sin ánimo de exhaustividad, la protección de la *salud* en el ámbito *laboral* (materia abordada por la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y por una copiosa normativa de desarrollo), la atención a las cuestiones de la *seguridad alimentaria* (objeto de un nuevo impulso y unos nuevos planteamientos plasmados en numerosas normas entre las que cabe destacar la Ley 11/2001, de 5 de julio, de creación de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria, que recoge expresamente el *principio de precaución* a la hora de perfilar el marco de actuación de dicho organismo)⁸⁰, la preocupación por el *ruido* como problema ambiental que tiene también una incidencia sobre la salud humana (tema que ha sido objeto de numerosas Ordenanzas municipales y que ha recibido un importante impulso son la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del ruido), las medidas dirigidas a reducir el con-

sumo del *tabaco* (abordadas a través de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo), o la *salubridad de las viviendas y de los edificios en general* (el Código Técnico de la Edificación ha concretado las “exigencias básicas de salubridad” previstos en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación)⁸¹. También cabría aludir a la continua aparición de normativas sanitarias específicas sobre nuevas situaciones de riesgo⁸² y al hecho de que, en el plano de la legislación sanitaria general, puede detectarse últimamente una mayor atención a los temas de salud pública, como es el caso de la Ley de Cohesión y Calidad del SNS de 2003⁸³. Esta mayor atención no se ha plasmado por el momento en una renovación completa de la legislación general sobre salud pública, pero tal renovación es muy probable que se acometa en los próximos años, tanto a nivel estatal como autonómico, dada la gran dispersión de la normativa

81 Vid. art. 3.1. b de dicha Ley. En desarrollo de la misma, el Código Técnico de la Edificación, aprobado por RD 314/2006, de 17 de marzo, concretó dichas exigencias de salubridad en sus diversos aspectos: protección frente a la humedad, recogida y evacuación de residuos, calidad del aire interior, suministro de agua y evacuación de aguas (art. 13 y Documenta Básico sobre salubridad del Código Técnico). Exigencias que deben cumplirse en la proyección, construcción mantenimiento y utilización de todos los edificios.

82 Como simples botones de muestra, cabe mencionar el RD 1066/2001, de 28 de septiembre, que aprueba un Reglamento con medidas de protección frente a emisiones radiolétricas, el RD 1002/2002, de 27 de septiembre, que regula la venta y utilización de aparatos de bronceado mediante radiaciones ultravioletas o el RD 865/2003, de 4 de julio, por el que se establecen los criterios para la prevención y control de la legionelosis. En el ámbito autonómico se han elaborado también normativas específicas sobre nuevas situaciones de riesgo; por ejemplo, en el caso de Aragón cabe mencionar la regulación de de los establecimientos de tatuaje o piercing (Decreto 160/2002, de 30 de abril), de los establecimientos de comidas preparadas (Decreto 131/2006, de 23 de mayo), de los centros de bronceado (Decreto 95/2007, de 23 de mayo) o de las operaciones de cirugía bariátrica (intervenciones quirúrgicas realizadas para reducir la obesidad de una persona, objeto de la Orden de 24 de enero de 2005, del Departamento de Salud y Consumo).

83 La Ley 16/2003 incluye a las prestaciones de salud pública dentro del catálogo de prestaciones del SNS (art. 11), prestaciones de salud pública que explicita la “cartera de servicios comunes” aprobada por el RD 1030/2006 (Anexo I). Además dedica uno de sus Capítulos, el VIII, de manera específica a la salud pública sin perjuicio de la clara proyección sobre la salud pública de la mayor parte de las materias que aborda (así, la investigación, el sistema de información sanitaria o los planes integrales).

79 Una lúcida explicación de todas estas circunstancias puede encontrarse en el libro de C. CIERCO SEIRA, *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

80 También tienen una clara incidencia sobre la seguridad alimenticia la Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal y el Reglamento sobre seguridad general de los productos (RD 1801/2003, de 26 de diciembre).

en vigor y la obsolescencia de una buena parte de ella.

B. Sin que resulte procedente entrar aquí en los pormenores de las materias aludidas, o de otras que podríamos considerar, me permito tan sólo apuntar algunas ideas centrales en relación con dos de ellas que pueden resultar representativas: la política de prevención de riesgos laborales y las medidas frente al tabaquismo.

Por lo que se refiere a la prevención de riesgos laborales, se trata de una materia en modo alguno novedosa –corresponde con la tradicional “seguridad e higiene en el trabajo” (terminología que se recoge en el art. 40.2 CE)-, pero que recibió un renovado impulso con la promulgación de la Ley 31/1995, de prevención de riesgos laborales. Esta Ley, completada y desarrollada por diversas disposiciones posteriores, vino a diseñar el marco fundamental de la política de prevención de riesgos laborales teniendo en cuenta, como no podía ser de otra manera, las exigencias derivadas de las Directivas comunitarias sobre la materia así como los compromisos asumidos por España con la Organización Internacional del Trabajo como consecuencia de la ratificación del Convenio 155 sobre seguridad y salud de los trabajadores.

La Ley reconoce a todos los trabajadores el derecho “a una protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo” que implica la existencia de un “correlativo deber del empresario de protección de los trabajadores frente a los riesgos laborales” (art. 14.1). Y este derecho constituye el núcleo alrededor del cual la Ley construye una muy amplia serie de obligaciones del empresario sobre la materia así como el eje de la política de seguridad y salud laboral que desarrollan los poderes públicos.

Las exigencias que derivan para el empresario de este deber son ciertamente amplias (deber de prevención y evitación de riesgos –que exige, entre otras cosas, la implantación de un servicio de prevención en alguna de las modalidades previstas legalmente-; deber de información y formación de los trabajadores; deber de vigilancia de la salud; etc.) y tienen una pormenorización muy completa en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y en su normativa complementaria en cuyo detalle no podemos entrar aquí.

Tan sólo nos interesa destacar el importante dispositivo de medidas y responsabilidades establecidas para garantizar el cumplimiento de todas estas obligaciones y, en consecuencia, para garantizar la efectividad del derecho de los trabajadores a la protección de su salud. En efecto, por el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales vela la Administración laboral a través de la Inspección de Trabajo que, en su caso, puede imponer sanciones administrativas de considerable eficacia disuasoria (multas de elevada cuantía e incluso, suspensión de actividades o cierre de un centro de trabajo). Y ello al margen de las responsabilidades empresariales de carácter civil que puedan derivarse, por los daños que sufran los trabajadores, o del recargo en las prestaciones de la Seguridad Social que resulte procedente en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales⁸⁴ o, incluso, de la posibilidad de responsabilidades penales si se incurre en alguna de las conductas tipificadas como delito en esta materia por el Código Penal (los arts. 316 y 317)⁸⁵. Pero por otra parte existe lo que podría denominarse tutela preventiva inmediata de los trabajadores en el caso de que se presente un “riesgo grave e inminente” para la seguridad y salud de los mismos: hipótesis que determina la paralización de la actividad laboral ordenada por la Inspección de Trabajo o bien acordada por el propio empresario o, incluso, por los propios representantes de los trabajadores⁸⁶.

Por lo que se refiere a las medidas sanitarias contra el tabaquismo (Ley 28/2005, de 26 de diciem-

84 En el caso de que un accidente de trabajo o una enfermedad profesional se haya producido como consecuencia de la infracción de la normativa de riesgos laborales, procede incrementar la prestación que se reconoce al trabajador (por ejemplo, la pensión de invalidez) en una cuantía que oscila entre el 30 y el 50% en función de la gravedad de la falta, recayendo dicho recargo en el empresario.

85 Estos delitos se formulan como delitos de riesgo, de manera que no es necesario la producción de un daño efectivo en la salud de los trabajadores para incurrir en los mismos: basta que la conducta descrita en los mismos ponga en “peligro grave” la vida, la salud o la integridad física de los trabajadores.

86 Véase lo dispuesto en los arts. 19 y 45 de la Ley 31/1995. En la hipótesis de que sean los representantes de los trabajadores los que acuerden la paralización de la actividad, deben comunicar su acuerdo con carácter inmediato a la empresa y a la autoridad laboral, la cual decidirá, en el plazo de 24 horas, si ratifica o anula la paralización acordada (art. 19.3).

bre), constituye también un claro ejemplo de intensificación de las actuaciones legislativas y ejecutivas en el ámbito de la salud pública. Tampoco puede decirse que se trate de una cuestión novedosa, pero sí de una materia que a partir de la promulgación de dicha Ley tiene un tratamiento normativo más completo y de rango legal (anteriormente el Estado había abordado la cuestión sólo mediante normas de rango reglamentario) y con un alcance limitativo y prohibitivo mucho mayor que con anterioridad, que se sitúa además en línea con lo establecido por la Directiva comunitaria sobre publicidad del tabaco y por la normativa internacional sobre la materia (Convenio marco para la lucha contra el tabaco de la OMS, ratificado por España)

En efecto, la Ley 28/2005 (“de medidas sanitarias contra el tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco”) tiene unos efectos limitativos y prohibitivos de considerable intensidad, sin perjuicio de contemplar también medidas educativas, informativas y asistenciales a adoptar por las Administraciones públicas (acciones de educación para la salud, programas de deshabituación tabáquica, etc.). Acojiéndose expresamente a lo previsto en el artículo 43 CE -y en particular en su apartado 2, conforme al cual corresponde a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas-, la Ley establece unas reglas sobre venta y consumo del tabaco y sobre publicidad y patrocinio del mismo que tienen importantes efectos limitativos de la libertad de empresa y de la libertad personal⁸⁷.

Pero, sobre todo, nos interesa destacar que las limitaciones y prohibiciones establecidas legalmente están respaldadas con un potente dispositivo sancio-

nador que habilita a las Administraciones a reaccionar frente al incumplimiento de las mismas no sólo con la imposición de severas multas a los infractores sino también con diversas “medidas provisionales” (entre ellas, la suspensión temporal de la actividad del infractor, la incautación de los productos del tabaco y la advertencia al público de la existencia de posibles conductas infractoras)⁸⁸ que pueden adoptarse con ocasión de la incoación de un expediente sancionador e, incluso, con carácter previo a su inicio. Asimismo, resulta remarcable que se prevea que las competencias de inspección y control que corresponden a las Administraciones se ejerzan bien de oficio o bien *a instancia de parte* (art. 22. apartados 1 y 2), así como que, en términos genéricos, se disponga que “el titular de un derecho o interés legítimo afectado podrá exigir ante los órganos administrativos y jurisdiccionales de cualquier orden la observancia y cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley” (art. 23.1)⁸⁹; previsiones que permiten a cualquier persona afectada (usuarios o clientes de cualquier establecimiento en el que no se respeta la prohibición de fumar, padres de menores a los que se vende tabaco, etc.) activar los mecanismos coercitivos de aplicación de la Ley.

C. Esta referencia a algunas disposiciones vinculadas a la protección de la salud pública que se han aprobado en los últimos años en España permite comprobar no sólo la variedad de los temas concernidos, sino también el amplio abanico de técnicas de actuación y fórmulas de protección que se regulan y aplican. Se contemplan así técnicas de prevención individual aplicables en el ámbito asistencial, fórmulas de prevención colectiva que conllevan en algunos casos decisiones de efectos inmediatos y drásticos (inmovilización y destrucción de productos insalubres

⁸⁷ La venta de tabaco sólo puede realizarse a través de la red de expendedurias de tabaco y timbre y a través de máquinas automáticas ubicadas en establecimientos que cumplan una serie de requisitos (arts. 3 y 4). Respecto al consumo de tabaco, la Ley establece una amplia relación de lugares en los que está totalmente prohibido fumar (art. 7) y otros en los que tan sólo se permite el consumo de tabaco en zonas habilitadas para ello que cumplan una serie de requisitos (art. 8). Por lo que se refiere a las actividades de publicidad, promoción y patrocinio del tabaco, hay una prohibición general de las mismas, sin perjuicio de algunos supuestos concretos que se excepcionan de modo expreso por la Ley (art. 9).

⁸⁸ La concreción de las sanciones que pueden imponerse se realiza por el art. 20 y la adopción de medidas provisionales se regula en el art. 18.2. El importe de las multas recaudadas puede ser destinado a financiar programas de investigación, educación, prevención o control del tabaquismo así como de facilitación de la deshabituación (art. 17). En el caso de que los infractores sean menores, se contempla la posibilidad de que la multa sea sustituida por una “medida reeducadora” cuya concreción se remite a la normativa autonómica (art. 21.8).

⁸⁹ Para el caso específico de la publicidad contraria a la Ley, se contempla la posibilidad de que se ejerciten acciones individuales o colectivas de cesación (apartados 2 y 3 del art. 23).

en el ámbito alimentario), medidas de difusión e información general sobre riesgos sanitarios, establecimiento de limitaciones y prohibiciones que están respaldadas con un contundente aparato represivo (así sucede en seguridad alimentaria, en el ámbito de la salud laboral o en relación con el tabaco, entre otras muchas materias), reconocimiento de acciones individuales o colectivas utilizables por los sujetos afectados en defensa de sus derechos e intereses frente a determinados riesgos para su salud (así, en relación con el ruido, la prevención de riesgos laborales o el tabaco), etc.

Todo ello implica sin duda una mejora en los niveles de protección sanitaria relacionados con las distintas cuestiones involucradas y, en definitiva, progresos en el grado de efectividad del derecho a la protección de la salud, que tiene también sin duda una vertiente de protección preventiva frente a los diversos riesgos sanitarios, como subrayan el apartado 2 del art. 12 del PIDESC y el apartado 2 del art. 43 de nuestra Constitución.

V. CONSIDERACIONES FINALES.

El análisis realizado pone de relieve algunas constataciones y evidencias que están presentes ya en cuanto queda dicho, de manera explícita o implícita, pero que conviene ahora sintetizar a modo de recapitulación.

La consideración de la experiencia habida en relación con el derecho a la salud en ámbito del Derecho Internacional, y de los pasos que se han ido dando en este terreno, permite evidenciar progresos que a mi juicio no son nada desdeñables, pese a la realidad más bien desalentadora existente en no pocos países y a la modestia del arsenal jurídico-institucional que ofrece el Derecho internacional de los derechos humanos, que como es bien sabido -especialmente en materia de derechos económico-sociales- es más proclive a formular declaraciones y a convocar foros, encuentros y conferencias que a diseñar y aplicar instrumentos operativos. Pese a ello, creo en efecto que los avances no son desdeñables resultando remarcable en particular la consolidada praxis de supervisión que ha llevado a cabo el CO-DESC en relación con los compromisos de los Esta-

dos en el ámbito del derecho a la salud; experiencia que ha permitido formular una doctrina oficial general en torno a este derecho. Esa doctrina oficial -en la que se condensa la praxis aludida- ofrece pautas y referencias precisas y exigentes que los Estados deben cumplir y parece ganar progresivamente en influjo efectivo, especialmente en determinados países de las regiones "en desarrollo", como muestra su invocación por el Tribunal Constitucional de Sudáfrica o también por la Corte Constitucional colombiana. En relación con tales regiones en desarrollo parece claro que la suma resultante de la labor de los órganos de la ONU sobre derechos humanos, la amplia actividad desplegada por la Organización Mundial de la Salud, y las acciones que se realizan en el marco de la cooperación internacional al desarrollo están dando algunos frutos importantes, si bien es enorme la magnitud de los retos pendientes.

En segundo lugar, la aproximación al tema desde el punto de vista del Derecho comparado, y en particular la consideración de algunos pronunciamientos de diversos Tribunales Constitucionales, ofrece una buena atalaya para evidenciar la diversidad de las problemáticas que se plantean en cada país en torno al derecho a la salud y también la diversidad de los contenidos asociables a este derecho en cada lugar. Una diversidad que deriva de las diferentes condiciones socioeconómicas existentes en cada país -las cuales no dejan de incidir en el nivel de disfrute efectivo del derecho a la salud-, y por supuesto de las peculiaridades del marco jurídico-constitucional en el que mueve el respectivo órgano de justicia constitucional. A la vista de la experiencia considerada, el derecho a la salud parece llamado a jugar un papel relevante especialmente en los Estados cuya calificación de país "en desarrollo" no es un mero eufemismo que encubre una situación real de subdesarrollo sin apenas señales de despeque, sino que responde efectivamente a un estadio de progreso social y económico claramente perceptible.

Por lo que se refiere a España, procede destacar que el derecho a la protección de la salud opera básicamente como un mandato constitucional de actuación dirigido a los poderes públicos y, señaladamente, al legislador: sin perjuicio de su función de límite negativo -como garantía de irreversibilidad de unos

contenidos mínimos ya alcanzados en la protección sanitaria de población por nuestro sistema sanitario-, aporta el fundamento constitucional para una política de salud integral. Una política de salud integral que, por un lado, debe garantizar una asistencia sanitaria adecuada a toda la población y, por otro, debe hacer frente eficazmente a los diversos factores o circunstancias que pueden incidir negativamente sobre la salud de las personas. Esta circunstancia matiza el sentido que debe darse a la palabra “derecho” que utiliza el art. 43.1 de la Constitución que –al igual que sucede con otros preceptos que reconocen derechos en el Capítulo III del Título I de la Constitución- no es el de un derecho subjetivo propiamente dicho que resulte accionable directamente ante los Tribunales de Justicia, sin perjuicio de su aplicabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes, esto es, ante eventuales disposiciones legislativas que lesionen el núcleo o contenido mínimo de protección deducible de este precepto constitucional.

En todo caso, de la experiencia habida hasta el momento en España en el ámbito de la justicia constitucional resulta que la aportación de este derecho como parámetro de control de la acción legislativa ha sido nula hasta el momento: no sólo no ha habido hasta la fecha preceptos legales que hayan sido declarados inconstitucionales por vulnerar el art. 43 de la Constitución, sino que las situaciones de inconstitucionalidad por omisión que pueden detectarse no han encontrado cauces operativos de superación dentro de nuestro sistema institucional. Este es el caso, claro a mi modo de ver, de la falta de una universalización plena del derecho a la asistencia sanitaria pública -demorada siempre a un futuro indeterminado durante las tres décadas de vigencia de la Constitución-, que da lugar a una situación contraria a las exigencias del derecho constitucional a la salud, sin que los reiterados recordatorios del tema por el Defensor del Pueblo en sus Informes anuales hayan conseguido movilizar la acción legislativa en relación con el mismo.

Así las cosas, puede concluirse que el derecho constitucional a la protección de la salud se materializa o articula a través de un amplio conjunto de derechos reconocidos por la legislación ordinaria que constituyen su plasmación jurídico-legal y que poseen –ahora ya sí- la configuración de derechos sub-

jetivos exigibles ante los órganos administrativos y jurisdiccionales competentes en cada caso⁹⁰. Un conjunto de derechos ciertamente numeroso y de contenido variado que muestra bien a las claras la amplitud de las derivaciones y aspectos que presenta el concepto de “salud” y la complejidad de las relaciones jurídicas que están involucradas en el mismo.

Entre ellos se encuentra por supuesto el *derecho a la asistencia sanitaria pública* con todo su amplísimo contenido, sometido además a una incesante dinámica evolutiva, que se recoge hoy en la “cartera de servicios” del Sistema Nacional de Salud, en la que se especifican las diferentes prestaciones de carácter preventivo, curativo o rehabilitador, así como también los cuidados meramente paliativos que garantiza el Sistema. Prestaciones que son satisfechas ordinariamente por los servicios públicos de salud o por los privados concertados con el sistema público, pero que en algunos casos excepcionales pueden traducirse en el reintegro de los gastos médicos pagados por el paciente. Tal derecho a la asistencia sanitaria, entendido en un sentido amplio, se integra también con *derechos de carácter complementario o instrumental* como son los vinculados con los aspectos informativos y documentales de la asistencia (información y documentación clínicas), los relacionados con la libertad del paciente (libre elección de médico, consentimiento a las intervenciones y tratamientos médicos), con las condiciones de lugar y tiempo en que se presta la asistencia (garantías de asistencia a personas desplazadas de su lugar habitual de residencia y existencia de unos tiempos máximos de espera marcados por la regulación aplicable a las correspondientes listas de espera), o con los niveles de calidad de la atención médica. Y tiene en determinados casos una *protección penal* a través del delito de denegación de asistencia sanitaria en el que pueden incurrir los profesionales sanitarios (art. 196 del Código Penal).

90 Recuérdese que los preceptos del Capítulo III del Título I de la Constitución sólo pueden ser invocados ante la Jurisdicción ordinaria “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen” (art. 53.3 CE). Lo cual no impide por supuesto su invocación directa ante la justicia constitucional.

Por otro lado, se incluyen también entre las proyecciones del derecho constitucional a la salud los *derechos vinculados con* lo que genéricamente podemos denominar *protección frente a los riesgos sanitarios* (la formulación del apartado 2 del art. 43 CE no deja lugar a dudas al respecto). Entre los mismos se incluyen en primer lugar los *derechos de información* frente a los diversos riesgos sanitarios (información epidemiológica sobre alimentos, medicamentos, actividades, etc.), pero también la facultad de instar a las Administraciones a que activen los potentes mecanismos de que disponen -preventivos y represivos- para proteger la salud pública mediante la presentación de *denuncias* en relación con las situaciones de riesgo sanitario o, incluso, la posibilidad de ejercer directamente *acciones* individuales o colectivas *de cesación de actividades* nocivas o peligrosas para la salud cuando ello está previsto legalmente (contaminaciones ambientales, salud laboral, consumo de tabaco, etc.). A todo lo cual cabe añadir por último las acciones de *tutela reparadora* en relación con los daños a la salud -hasta donde es posible la reparación o compensación de las lesiones irrogadas a la salud de las personas- a través de las acciones de responsabilidad ejercitables por los sujetos que hayan sufrido un deterioro en su salud como consecuencia de una conducta, activa u omisiva, de cualquier otra persona privada o pública (intoxicaciones o contagios vinculados al consumo de bienes o servicios, denegación de asistencia sanitaria o defectuosa prestación de la misma, etc.).

No cabe duda de que los órganos administrativos y judiciales llamados a aplicar todo este nutrido conjunto de derechos deben realizar una interpretación de los mismos conforme a la Constitución, lo que ha de traducirse -en cumplimiento de lo exigido por el art. 53.3 CE⁹¹ - en una praxis interpretativa favorable al ejercicio del derecho constitucional a la salud, obviamente en conjunción con los demás derechos y principios constitucionales.

91 Este precepto dispone que “el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán [...] la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos [...]”. Con referencia específica a los órganos judiciales, el art. 5.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que “la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos”.

LA LEY DE INVESTIGACION BIOMÉDICA: UN NUEVO MAPA NORMATIVO PARA LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Prof. Dr. Carlos M^a Romeo Casabona

Catedrático de Derecho Penal

Director de la Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano
Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco

1. Introducción: objetivos y principios rectores

La nueva Ley de Investigación Biomédica (Ley 14/2007 de 3 de julio, LIB) constituye una importante herramienta jurídica para facilitar la promoción de la investigación científica en algunos ámbitos de vanguardia del sector biomédico. Por otro lado, busca garantizar que dicha investigación discurra en el más estricto respeto de los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas y de ciertos bienes jurídicos que pueden verse implicados en la investigación.

En efecto, por lo que se refiere a su objeto, la LIB establece un innovador marco normativo en relación con (art.1.1):

- las investigaciones relacionadas con la salud humana que impliquen procedimientos invasivos para el sujeto de la investigación.
- la investigación con gametos, embriones, fetos y células troncales humanas de origen embrionario y otras funcionalmente semejantes obtenidas por diversos procedimientos de reprogramación celular, entre ellos el de la activación de ovocitos

mediante la técnica de transferencia nuclear, la cual es considerada como una forma de clonación;

- la obtención y uso de muestras biológicas de origen humano como “nuevos” materiales para realizar estas investigaciones, dotando asimismo un régimen específico para los biobancos, en cuanto establecimientos que acogen colecciones de dichas muestras a disposición de los investigadores;
- los análisis genéticos para la investigación de ciertas enfermedades relacionadas con el ADN, aparte de los fines diagnósticos de carácter asistencial (art. 1.2).

Al mismo tiempo, se han previsto unos mecanismos de fomento y promoción, planificación, evaluación y coordinación de la investigación biomédica en el Sistema Nacional de Salud, con el fin de que aquella sea más eficiente y cualificada, dotando para ello de un régimen más flexible y dinámico a los investigadores y promotores, tanto del sistema público como del sector privado, y facilitando al mismo tiempo la colaboración entre ambos sectores y la

carrera investigadora de los profesionales primordialmente clínicos (art. 1.1, g).

Como contrapartida, la LIB introduce un conjunto nutrido y variado de garantías. Así, se proclama que la investigación biomédica se realizará con pleno respeto de la dignidad e identidad humanas y de los derechos inherentes a la persona (art. 1.1), y que se asegurará la protección de ésta con respecto a cualquier investigación biomédica que implique intervenciones sobre seres humanos, garantizándose a toda persona, sin discriminación alguna, el respeto de su integridad y de sus demás derechos y libertades fundamentales (art. 2, a).

No ha de extrañar que la nueva ley, en coherencia con las anteriores afirmaciones, apueste a favor de que la salud, el interés y el bienestar del ser humano que participe en una investigación biomédica prevalezcan por encima del interés de la sociedad o de la ciencia (art. 2, b), siguiendo así la posición del Convenio del Consejo de Europa de Derechos Humanos y Biomedicina de 1997 (Convenio de Oviedo, art. 2), a la que, por lo demás, estaba obligado el legislador español, dado que dicho Convenio se incorporó al ordenamiento jurídico interno el 1º de enero de 2000, una vez que fue ratificado por el Estado español y se procedió a su publicación en el Boletín Oficial del Estado. En semejante dimensión garantista se establece que toda investigación biomédica será objeto de evaluación, y requerirá el previo y preceptivo informe favorable del Comité de Ética de la Investigación (art. 2, g y e), sin perjuicio de otros informes, que habrán de ser también previos, preceptivos y favorables, que son encomendados a la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos (art. 37 y ss.).

La creación por esta ley del Comité de Bioética de España contribuirá, por su parte, a fomentar la reflexión social sobre los aspectos éticos y jurídicos relacionados con la actividad asistencial y la investigación biomédica (art. 77 y ss).

2. Aspectos relevantes de la Ley

La LIB nace en un contexto científico de decidida y continua expansión, y por esta razón tendría que

erigirse en un instrumento útil para propiciar las investigaciones más innovadoras en este sector. Para dar respuestas a los problemas emergentes en estos nuevos escenarios se establece un marco legal asimismo nuevo e innovador, en principio completo (sin perjuicio del régimen legal previsto para los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios) y variado en sus contenidos. Su objeto y ámbito de aplicación están presididos por el hilo conductor de la investigación biomédica, siendo su objetivo principal aclarar el panorama legal, mediante las disposiciones que incorpora al ordenamiento jurídico, en relación con una actividad de tanta trascendencia social y con implicaciones muy delicadas, las cuales no sólo afectan a la actividad científica, sino también y sobre todo a todos los ciudadanos.

Con la incorporación a la LIB de las investigaciones de carácter invasivo en seres humanos se cubre la regulación jurídica de la investigación biomédica que implica a seres humanos en sus aspectos más relevantes, constituida fundamentalmente por esta misma ley y la normativa relativa a los ensayos clínicos con medicamentos y productos sanitarios. Si se coteja su régimen legal con el Protocolo Adicional sobre investigación biomédica al Convenio de Derechos humanos y biomedicina -al que se ha aludido más arriba- podrá comprobarse que aquél se basa en este Protocolo. Por consiguiente, se ha observado un estándar normativo que ya ha sido discutido y asumido en Europa, lo que debería ser una garantía de coherencia normativa sustancial con el marco jurídico europeo, y ello a pesar de que España no ha firmado todavía el citado Protocolo.

En cuanto a la investigación con embriones y fetos humanos, se ha trasladado a la LIB y se ha actualizado el contenido de la Ley 42/1988 de 28 de diciembre, de donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos (sobre su derogación expresa, véase la disposición derogatoria única). Esta elección legislativa merece una valoración favorable: 1º los principios generales de la LIB son aplicables a la investigación con embriones y fetos humanos; 2º se reduce la dispersión normativa que pudiera haber en este ámbito; 3º se ha revisado y puesto al día el régimen establecido en 1988.

En lo referente a las células troncales embrionarias, la ley queda abierta a desarrollos científicos futuros para la obtención de células con características funcionalmente semejantes a dichas células troncales (en particular, pluripotentes) a partir de diversas técnicas de reprogramación celular. Quiere significarse que esta posibilidad está regulada por la ley y cae en sus previsiones de garantía. Se trata de una novedad legislativa de particular relieve, pues es previsible que se realicen investigaciones de este tipo. Por otro lado, la autorización de las técnicas de clonación humana no reproductiva, con fines de investigación, ha sido otra destacada novedad, por el momento más bien mediática.

Los análisis genéticos, el tratamiento de las muestras biológicas y los biobancos forman parte, junto con el acabado de mencionar, del otro bloque más novedoso de la ley (art. 44 y ss.). Estas materias necesitaban una urgente regulación, puesto que la legislación existente previamente no contemplaba previsiones específicas sobre estas materias, dada su reciente incorporación como objeto para la investigación biomédica, por lo que difícilmente podía aportar soluciones o criterios definidos sobre estos procedimientos de investigación, los cuales se encuentran en plena expansión en nuestro país. Por tal motivo, será con toda seguridad la parte de la ley que tendrá repercusiones más inmediatas y directas en la práctica investigadora cotidiana, en consecuencia vendrá a ser un banco de pruebas sobre su eficacia:

- Se han regulado los análisis genéticos con fines de investigación y con fines diagnósticos (clínicos), siendo lógicamente los requisitos de los primeros más estrictos y detallados (art. 46 y ss.).
- El régimen legal para la obtención y utilización de muestras biológicas humanas prevé que el sujeto fuente pueda recibir, si así lo desea, toda la información sobre lo que puede acontecer con sus muestras, y prestar su consentimiento sobre el destino o destinos sucesivos de las mismas, sin perjuicio de su anonimización o pseudoanonimización (art. 58 y ss.). Este tratamiento legal del material biológico humano separado del cuerpo constituye una dimensión nueva para el Derecho español, y garantiza el respeto de los derechos de

las personas de forma que sea compatible con la investigación. Por otro lado, se aporta una solución para las muestras que existían en los centros sanitarios antes de la entrada en vigor de la LIB, para darles una salida en el mundo de la investigación (disposición transitoria segunda).

- En términos normativos los biobancos se diferencian de las colecciones de muestras y ambos a su vez de las muestras de uso privado, pues cada uno de ellos tiene su régimen específico (art. 63 y ss.). Deberán satisfacer un conjunto de requisitos, relativos a la salvaguarda de los derechos del sujeto fuente (confidencialidad de los datos del material y de los análisis que puedan realizarse, etc.), por un lado, y a los fines de investigación, por otro (calidad de la muestra, exigiendo su trazabilidad, gratuidad, etc.), lo que sitúa al mismo tiempo en un rango preferente al biobanco como beneficiario de estos materiales y dispensador de los mismos para los investigadores que los necesiten. Por consiguiente, las colecciones de muestras deberían tener un alcance más limitado, y lo lógico es que vayan desapareciendo progresivamente, bien para convertirse algunas de ellas a su vez en biobancos, siempre que satisfagan los requerimientos y las condiciones legales y reglamentarias, bien para desaparecer y transferir sus materiales biológicos a los biobancos que puedan acogerlos en función de su especialización

La creación de los Comités de Ética de la Investigación (CEI) comporta una importante modificación del régimen de estos órganos colegiados (art. 12 y disposición transitoria tercera), que hasta la LIB correspondía fundamentalmente a los Comités Éticos de Investigación Clínica (CEIC). Como es sabido, son estratégicos además para la recepción de fondos económicos locales, nacionales y europeos, pues al haberse extendido el principio de evaluación científica, ética y jurídica de la investigación en biomedicina, los dictámenes de estos comités han devenido imprescindibles para poder participar en las convocatorias de fondos para financiar la misma. La concepción de los CEI en la LIB es abierta y flexible, pues señala unos requisitos mínimos sobre sus competencias, funcionamiento y miembros, los cuales deberán ser desarrollados por las Comunidades Autónomas, sin

perjuicio del régimen común mínimo que pueda establecerse, al tener que reconvertir los actuales comités éticos de investigación clínica (disposición transitoria tercera). A ellas corresponderá también determinar o acreditar las clases de investigación biomédica sobre cuya evaluación podrá ser competente cada CEI en particular que se constituya en su territorio respectivo, de modo que se opte bien porque el dictamen preceptivo sea emitido por un solo Comité tanto respecto a las investigaciones que regula la LIB como los ensayos clínicos con medicamentos o productos sanitarios (p. ej., en comunidades autónomas o ciudades pequeñas), o bien, por razones de operatividad, distribuir las materias entre distintos comités, que actuarán entonces con mayor especialización (por ejemplo, en grandes ciudades que cuenten con centros de investigación muy activos y especializados). Este diseño es compatible con la existencia de comités de ámbito autonómico, local o de ambos.

Otro de los propósitos de la ley es el de instrumento de fomento de la investigación biomédica, tanto en el sector público como en el privado, incluido en el primero la investigación básica en el Sistema Nacional de Salud. Así se deriva, al menos, de su pretensión de dar solución a diversos problemas relacionados con las investigaciones más vanguardistas. Con la LIB se pretende, igualmente, definir el marco laboral del investigador con criterios de flexibilidad y agilidad, las relaciones con el promotor, los centros, la colaboración pública y privada más intensa, etc. Por este motivo, la LIB requerirá que se proceda a una cierta adaptación estructural y funcional de los centros para la realización de algunas investigaciones, especialmente las que comportan el manejo de muestras de origen humano. En todo caso, la dotación de medios de mayor flexibilidad y agilidad para el incremento y mejora de la investigación biomédica supone tomar posición en relación con los diseños que se están realizando en la Comisión Europea con el fin de que la investigación científica sea más competitiva, pues la accesibilidad de los investigadores a los importantes recursos comunitarios estará subordinada a contar con nuevas infraestructuras materiales, organizativas y de gestión.

Uno de los efectos previsibles de la ley será el desarrollo de una dimensión económica relevante en

la investigación biomédica, puesto que debería incentivar mayores apuestas inversoras en este sector por parte de la iniciativa privada (tanto grandes inversores como pequeñas empresas creadas *ad hoc*), al tiempo que debería facilitar que los investigadores puedan concurrir en mejores condiciones a las convocatorias supranacionales de ayudas a la financiación de proyectos de investigación, como son, en particular, los abundantes recursos financieros que vienen aportando los sucesivos Programas Marco de la Comisión Europea y otros programas de creación de grandes infraestructuras.

En resumen, con la LIB el legislador se ha propuesto configurar un marco legal general claro y preciso que elimine ambigüedades y dudas al investigador, según se deduce de la Exposición de Motivos (EM). Ciertamente, el marco jurídico anterior no estaba preparado para acoger estas novedades científicas, a la vista de la complejidad de su adecuada aplicación a las necesidades de estas nuevas realidades. Pero hemos podido comprobar que será necesario desarrollar también otro tipo de acciones de carácter organizativo y estructural.

3. Contenidos polémicos de la ley

Una parte de los contenidos que aborda la LIB son polémicos desde diversos puntos de vista, pues ha suscitado –ya desde su tramitación parlamentaria– claras divergencias en materias que son sensibles desde un punto de vista ideológico o ético, pero también en otras de espectro aparentemente más o menos técnico.

1. *La inclusión de un catálogo de definiciones legales*, en particular algunas de ellas, como, p. ej., preembrión, embrión y feto (art. 3). La incorporación de la primera de ellas, que es quizá la más discutida, implica guardar coherencia con la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo, art. 1º.2), que incluía la misma definición. Sin embargo, ello ha dado lugar a que se haya tenido que mencionar, en principio innecesariamente, la prohibición de la constitución de preembiones y embriones humanos exclusivamente con fines de experimentación (art. 33.1), con el fin de conciliar al mismo tiempo la previsión indicada de la Ley sobre

técnicas de reproducción humana asistida y el texto concordante del Convenio sobre derechos humanos y biomedicina (art. 18.2).

Aclarado lo anterior, es cierto que de acuerdo con la tradición legislativa española era infrecuente, hasta hace unos años, incluir en las leyes un elenco de definiciones. Sin embargo, siguiendo la práctica anglosajona, cada vez es más frecuente encontrar definiciones legales de los términos más relevantes, sobre todo cuando se trata de textos legales de contenido más técnico. Es indudable que esta técnica contribuye a la seguridad jurídica y exige del legislador un exquisito cuidado al proponer definiciones. El riesgo es que éstas queden anticuadas con el paso del tiempo, siendo entonces más cuestionable que puedan adaptarse a las nuevas situaciones por el camino de la interpretación, según establece el Código Civil (art. 3). De todos modos, una buena parte de las definiciones que contempla la LIB vienen recogidas en diversos instrumentos jurídicos de carácter internacional y supranacional, lo que en principio les otorga una mayor fiabilidad.

2. La autorización de la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear –o clonación terapéutica- y otras técnicas de reprogramación celular para la obtención de células troncales. Probablemente, esta previsión es la que ha suscitado mayor discusión, pues ha dado lugar a posiciones abiertamente contrarias a ella. Partiendo de otros trabajos recientes míos sobre esta espinosa cuestión, resumo las conclusiones a las que he llegado, tanto desde una perspectiva constitucional como de la adecuación de esta regulación con el Convenio sobre derechos humanos y biomedicina, al que está sometido el legislador español desde que se incorporó dicho Convenio al ordenamiento jurídico interno.

2.1. Respecto al primer punto, debe recordarse brevemente que el Tribunal Constitucional ha llegado a las siguientes conclusiones en relación con la protección de la vida prenatal: a) el preembrión, el embrión y el feto humanos no son persona ni titulares de derecho fundamental alguno, en particular del derecho a la vida que consagra el art. 15 de la CE; b) desde una dimensión objetiva del art. 15 CE la vida prenatal se configura como un bien jurídico que encuen-

tra acogida y tutela en dicho precepto constitucional, e incluye el preembrión o embrión in vitro vivo biológicamente viable; c) la concreción de esta protección puede llegar, incluso, al recurso al Derecho penal, sin indicar, no obstante, cuándo este instrumento sería el adecuado, al que reconoce su función de ultima ratio (“última garantía” o último recurso), lo que comporta la posibilidad de recurrir previamente a otros instrumentos jurídicos de protección extrapenales, siempre que sean suficientes.

En relación con esta perspectiva constitucional, en otra ocasión tuve la oportunidad de señalar lo siguiente (“Informe a la Ministra de Sanidad y Consumo: La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa”, agosto de 2005): “Es razonablemente previsible que un hipotético –y tal vez remoto- recurso de inconstitucionalidad a la futura Ley de Investigación Biomédica, en razón de una supuesta carencia de legitimación constitucional de estas materias, no llegaría a prosperar, siempre que dicha Ley acogiera un conjunto de garantías relativas tanto al control y supervisión de las investigaciones en si mismas relacionadas con células troncales embrionarias o semejantes, cuanto a la protección del embrión humano como principio general y punto de partida. A reforzar este marco garantista contribuirían, sin la menor duda, las consideraciones apuntadas en estas conclusiones relativas a la inclusión en la futura Ley de las definiciones apuntadas y la transcripción literal del art. 18.2 del Convenio [sobre derechos humanos y biomedicina].”

2.2. Por lo que se refiere al Convenio, de él se derivan varias obligaciones para el Estado Español, que encuentran su fundamento en los siguientes preceptos: Artículo 18 CDHB: “Experimentación con embriones in vitro. 1. Cuando la experimentación con embriones in vitro esté admitida por la ley, ésta deberá garantizar una protección adecuada del embrión. 2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación.” Artículo 1º del Protocolo relativo a la prohibición de la clonación de seres humanos (1998): “1. Se prohíbe toda intervención que tenga por finalidad crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto. 2. A

los efectos de este artículo, por ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano se entiende un ser humano que comparta con otro la misma serie de genes nucleares.”

Bastará con subrayar ahora que del párrafo 1º del art. 18 se deduce que los Estados parte pueden permitir la investigación con embriones in vitro con las garantías suficientes (entre otras, bajo reserva legal) y que estos embriones no pueden ser otros que los sobrantes de las técnicas de reproducción asistida, es decir, que fueron obtenidos inicialmente para la reproducción, pero este fin no pudo ser satisfecho con posterioridad. Por lo que se refiere al párrafo 2º del art. 18, es indudable de que la prohibición de crear embriones humanos con fines de experimentación acoge, al menos, al embrión que es consecuencia de la fecundación de un óvulo humano, esto es, la penetración de un óvulo por un espermatozoide, ambos humanos.

En cuanto al alcance de la prohibición de la clonación humana, no ofrece dudas de que prohíbe la clonación humana reproductiva, mientras que en relación con otras formas de clonación humana con fines no reproductivos es más ambigua la situación jurídica. En el Informe antes citado llegaba a las siguientes conclusiones respecto a ésta última: “Si bien no es posible obtener conclusiones hermenéuticas unívocas y definitivas, puede sostenerse con argumentos sólidos y convincentes que ni el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina ni el Protocolo Adicional relativo a la prohibición de la clonación de seres humanos, comportan una interdicción para que las legislaciones internas de los Estados Parte en ellos, por consiguiente, también del Estado Español, puedan disponer de un espacio de legitimidad para regular la transferencia nuclear u otras técnicas de reprogramación celular con el fin de obtener células troncales para destinarlas a la investigación o a futuros tratamientos. En efecto, la anterior conclusión se sustenta en las siguientes consideraciones: a) la clonación, en cualquiera de sus formas, no ha sido objeto de regulación –prohibición– por parte del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina; b) la clonación no reproductiva –“terapéutica”– no ha tenido cabida en el Protocolo Adicional relativo a la clonación; c) si el producto inmediato de una

clonación (es decir, en sus primeras fases de desarrollo), cualquiera que sea su propósito, es o no un ser humano en el sentido del Protocolo Adicional, se deja por éste en manos de los Estados Parte, significa que el recurso a esta técnica sin propósitos reproductivos no entraría necesariamente dentro de la prohibición de crear un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano; d) la cuestión de la legitimidad de la clonación “terapéutica” se ha diferido a un futuro y por el momento inconcluso Protocolo Adicional al Convenio, específico sobre el embrión humano. Por otro lado, una interpretación extensiva del Convenio, en concreto de su art. 18, más allá de lo que razonablemente permite asumir la interpretación del mismo en su propio contexto espacial-temporal, podría comportar una limitación no consentida de la soberanía de los Estados que son Parte en aquél, al abarcar restricciones más amplias que las que fueron asumidas voluntariamente por medio del acto de ratificación y vinculación formal al Convenio”. Para ver otras explicaciones sobre estas cuestiones me remito a mis trabajos publicados en los nº 24 y 26 de la “Revista de Derecho y Genoma Humano / The Law and the Human Genome Review”.

En consecuencia, la previsión legal objeto de este comentario no sería contraria ni a la Constitución ni al Convenio citado, sin perjuicio de la cuestión de la conveniencia o no de introducir esta técnica en la LIB, lo que apunta a respuestas no jurídicas, como son: la relevancia científica de la misma (cuestión de naturaleza científica, sobre la que la mayoría de los investigadores del sector del mundo han respondido afirmativamente), y la oportunidad de dejar esta posibilidad abierta en la ley, a pesar de las dificultades con las que ha estado tropezando hasta el presente (cuestión de naturaleza política, que se ha respondido, como es obvio, en sentido afirmativo).

3. *La inclusión en la ley de los análisis genéticos con fines diagnósticos de carácter asistencial y no solamente con fines de investigación*, al entender algunos que es materia competencial propia de las CCAA, lo que representaría una invasión en tales competencias. Lo más correcto hubiera sido incluir esta materia (los análisis con fines asistenciales) en la Ley sobre autonomía del paciente (Ley 41/2002), mediante la modificación oportuna, aunque hubiera

obligado a tener en cuenta también los demás requisitos que fueran pertinentes que incorpora al respecto la LIB. Debe destacarse que la LIB no recoge la realización de análisis genéticos en otros ámbitos, por ejemplo, en relación con los contratos de seguro o de carácter laboral, como tampoco los perfiles de ADN con fines de investigación judicial.

4. *El establecimiento de numerosos requisitos y exigencias procedimentales*, que alargarían sensiblemente los preparativos y la ejecución misma del proyecto de investigación. Además, se ha censurado que en ocasiones los proyectos deben ser sometidos, previamente a su autorización por el órgano competente, a un doble proceso de evaluación, en primer lugar por los comités locales (CEIs locales o autonómicos) y a continuación por los de ámbito estatal (como se ha previsto, en relación con ciertos proyectos, con la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y con la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos).

Posiblemente, tengan su peso las críticas que se han formulado a la LIB en relación con sus en ocasiones áridas y numerosas previsiones procedimentales, que pueden llegar a ser prolijas y comportar una carga significativa para el investigador. En cualquier caso, el defecto estaría, al menos en algunas regulaciones, en haber incluido ciertos aspectos en la propia ley, que tal vez podrían haberse pospuesto a un posterior desarrollo reglamentario. Además, de este modo se alejaría lo más posible el riesgo de que la propia ley pueda quedar desfasada en algunos aspectos de detalle. Sobre este particular podrían añadirse dos observaciones.

En primer lugar, buena parte de los requisitos, procedimientos y controles que establece explícitamente la LIB responden a la vocación decididamente garantista de la misma, proclamada sin titubeos en el comienzo de su articulado, lo que en ocasiones sólo puede lograr su efectividad por vías indirectas, como pueden ser las establecidas, precisamente, sobre requisitos, procedimientos y controles. Por este motivo, y sin perjuicio de lo razonable de las objeciones que apuntan a estos aspectos, los investigadores deben ser conscientes de la trascendencia que tiene la investigación que regula específicamente la LIB para los dere-

chos y libertades fundamentales de las personas, al igual que para otros bienes jurídicos.

En segundo lugar, y ahora estas reflexiones apuntan preferentemente al legislador, se ha de tener presente que los diversos criterios y principios regulativos que han servido de inspiración al legislador al preparar y tramitar esta ley –como cualquier otra de ámbito de las ciencias biomédicas– pueden experimentar evoluciones, cambios y adaptaciones a nuevas o renovadas propuestas axiológicas, así como que es previsible que la investigación científica en este sector tan dinámico y e innovador necesite abrirse a nuevos escenarios y demande consecuentemente espacios normativos acordes con esas perspectivas. Esto ocurrirá, con alta probabilidad, con las combinaciones para fines de investigación in vitro de ADN humano y animal, en diversas proporciones, estructuras y estadios de desarrollo (híbridos, quimeras, transgénicos, etc., por sólo citar algunas técnicas), lo que va a generar a muy corto plazo un amplio debate social de una intensidad semejante a la que viene provocando en los últimos años la llamada “clonación terapéutica” o, expresado con mayor propiedad, la clonación no reproductiva mediante diversas técnicas. Y a este panorama tendrá que dar también alguna respuesta, en la dirección que sea, el legislador.

4. Inserción de la Ley de Investigación Biomédica en el conjunto del ordenamiento jurídico

Una de las características más notables de la LIB consiste en que, aunque ha venido a cubrir un espacio normativo carente de regulación, o tan sólo de forma colateral o en aspectos muy aislados, debía ensamblarse sin roces ni contradicciones con el conjunto del ordenamiento jurídico preexistente (a salvo de las modificaciones concretas fruto de la adopción de nuevas perspectivas), en particular con materias sectoriales ya reguladas que guardasen alguna vinculación con los aspectos relativos a la investigación biomédica abordados por esta ley. Por otro lado, también resulta de interés comprobar cómo ha quedado el “mapa” normativo de la investigación biomédica a partir de la entrada en vigor de la LIB. Esto es así, incluso aun cuando la propia ley deja explícitamente fuera de ella los ensayos clínicos con medicamentos y

productos sanitarios, “que se regirán por su normativa específica”.

Ya se ha visto cómo, de entrada, el régimen de estos ensayos se ha visto afectado por lo pronto por los órganos encargados de emitir su informe, favorable o desfavorable, pero en todo caso vinculante, pues los Comités Éticos de Investigación Clínica dejarán de existir y serán sustituidos por los Comités de Ética de la Investigación, cuyo régimen general recordamos más arriba que viene establecido por la LIB (art. 12); y cómo también los primeros podrán asumir (desde el preciso momento en el que entró en vigor esta ley) las competencias de los segundos –de forma temporal– en relación con otras investigaciones biomédicas, en los términos que prevé la LIB.

La LIB, como ya se ha visto, persigue regular diversos ámbitos de la investigación biomédica. Este régimen normativo, junto con las regulaciones establecidas previamente sobre otras actividades vinculadas con la investigación biomédica, la mayor parte de ellas en fechas inmediatamente anteriores, establece un marco legal que abarca la mayor parte, si no todas, de las investigaciones biomédicas que implican de un modo u otro al ser humano.

4.1. Disposiciones relacionadas con la Ley de Investigación Biomédica

Son varios y de diferente rango los preceptos que pueden guardar relación con las investigaciones biomédicas que regula la LIB:

- La Constitución Española de 1978, en los diversos preceptos que dan acogida a los derechos fundamentales y libertades públicas de las personas (art. 15 y ss.), entre ellos la libertad de creación y producción científica y técnica (art. 20.1, b). Y, por otro lado, la especial consideración constitucional que merece la dignidad de la persona (art. 10.1).
- El Convenio sobre derechos humanos y biomedicina (Convenio de Oviedo) de 4 de abril de 1997, y los Protocolos Adicionales sobre clonación de 1998 (firmado y ratificado por el Estado español y en vigor desde el 1º de marzo de 2001) y de Investigación Biomédica de 2006 (no firmado por el Estado español).

- La Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida.
- El Código Penal, en relación con los delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159 a 162), en particular los delitos relativos a la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la reproducción humana, y a la creación de seres humanos idénticos por clonación, u otros procedimientos dirigidos a la selección de la raza. Asimismo, el Proyecto de Código Penal de 2006, que prevé la supresión del primero de los citados delitos y la adición de uno nuevo, relativo a la clonación reproductiva (¿).
- La Ley 29/2006 de 26 de julio sobre garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y el Real Decreto 223/004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos y con productos sanitarios.
- 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.
- La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Debe tenerse en cuenta que tanto la Ley 41/2002, en lo que no sea incompatible con los principios de la LIB, como la LO 15/1999, son reconocidas expresamente como supletorias de la LIB, en concreto respecto a lo no previsto por ella (disposición final segunda), de forma expresa, podría añadirse.

4.2. El mapa normativo de la investigación biomédica en España

Con la entrada en vigor de la LIB puede sostenerse que los diversos aspectos de la investigación biomédica, tanto básica como aplicada, han sido objeto de regulación legal casi exhaustiva en el ordenamiento jurídico español, sin perjuicio del mayor o menor acierto que presidan algunas de sus prescripciones. Esta afirmación se sustenta, indudablemente, en otro conjunto normativo que de forma directa o indirecta, resulta también aplicable a la investigación biomédica, de acuerdo con lo adelantado en el epígrafe anterior. En síntesis, podríamos decir que, por el

momento, este mapa normativo ha quedado diseñado así:

4.2.1. Ensayos clínicos

Me estoy refiriendo en este lugar a toda clase de investigación en el sector de la biomedicina que comporte la participación de seres humanos, consista dicha investigación en la experimentación con nuevos o potencialmente nuevos fármacos, productos sanitarios, implante de células o tejidos de origen humano o animal, o cualquier otra técnica o procedimiento que requiera el acceso al cuerpo humano o pueda afectar a éste o a la mente del sujeto de la experimentación (procedimientos invasivos).

Medicamentos. En esta materia, resulta aplicable la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios (Título III, arts. 58 a 62).

Por otro lado, de forma más específica, es aplicable el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos. Este RD, aunque es anterior a la Ley 29/2006, citada más arriba, en realidad no ha sido modificado por ésta, sino que más bien la ha dado refrendo de rango de ley, al recoger aquella (Ley 29/2006) algunos de los principios regulativos más destacados del RD. Esto se debe, en esencia, a que el RD dio en su momento cumplimiento a la transposición de unas Directivas sobre la materia (Directivas 2001/83/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, y 2001/82/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos veterinarios, modificadas, respectivamente por la Directiva 2004/27/CE, de 31 de marzo de 2004, y 2004/28/CE, de 31 de marzo de 2004).

Productos sanitarios. Es aplicable el mismo régimen legal que el establecido para los medicamentos.

Utilización de procedimientos invasivos. Está regida por la LIB (Título II, arts. 13 a 27). Convendrá recordar que la LIB entiende por procedimiento invasivo “toda intervención realizada con fines de inves-

tigación que implique un riesgo físico o psíquico para el sujeto afectado” (art. 3, t).

Implantes experimentales de órganos, tejidos y células de origen humano. En este caso son varias las disposiciones que deben ser citadas. En primer lugar, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos (cfr. especialmente el art. 5.2). Además, el RD 2070/1999, que desarrolla la Ley anterior. Y, finalmente, el RD 29/2006, de 11 de noviembre, sobre uso de tejidos y células en humanos, es decir, para su aplicación clínica, sea o no experimental. En realidad en estos casos puede tratarse del régimen de tratamientos quirúrgicos y clínicos avanzados de riesgo pero adecuadamente conocidos, o de tratamientos todavía en fase experimental.

Implantes de materiales biológicos de origen animal y otros no biológicos. No existe una normativa específica sobre los primeros, pero habrán de regirse por los principios de la Ley 30/1979 y normativa de desarrollo y complementaria. Los segundos tienen la consideración de productos sanitarios, por lo que les resulta aplicable el régimen establecido para ellos.

4.2.2. Investigación básica o no aplicada en seres humanos

Gametos. La investigación con gametos humanos está regida por la Ley 14/2006 (arts. 11 y 14) y por la LIB, para los ovocitos (art. 32).

Preembriones in vitro y sus células. Está regulado en las mismas leyes citadas en el apartado anterior, siendo su régimen diferente según esté orientada la investigación a mejorar el conocimiento de las técnicas de reproducción asistida o al desarrollo y, en su caso, potencial aplicación clínica de células troncales humanas (Ley 14/2006, arts. 4 a 16; LIB, Título IV, arts. 33 a 43, respectivamente).

Embriones, fetos y sus células. La LIB ha derogado la Ley 42/1988, que regulaba el uso de los embriones y fetos humanos, sus células, tejidos u órganos. En ella se ha incluido el régimen legal relacionado con estas actividades (Título III, arts. 28 a 31).

Muestras y materiales de origen humano. Según se indicó más arriba con la LIB la utilización de

muestras biológicas para investigación biomédica se regula por primera vez en el ordenamiento jurídico español a través de la LIB (Título V, arts. 44 y 45 y 58 a 62). Si se obtienen muestras con fines de investigación judicial son aplicables el Código Civil (art. 127) y la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 363, según redacción introducida por la LO 15/2003).

Animales y materiales biológicos procedentes de animales. El marco normativo sobre la experimentación con animales y otros fines científicos viene establecido en la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, a su vez parcialmente modificada por la Ley 32/2007, de 7 de noviembre, para el cuidado de los animales, en su explotación, transporte, experimentación y sacrificio. Sobre este particular rige también el RD 1201/2005, de 10 de octubre, sobre protección de los animales –vertebrados- utilizados para experimentación y otros fines científicos. Este RD crea el Registro de los centros de cría, suministradores y usuarios de animales de experimentación (art. 12.4) y establece la Comisión ética estatal de bienestar animal (art. 26). Estos centros deberán observar las Buenas Prácticas de Laboratorio (reguladas por la Directiva 2004/9/CE, de 11 de febrero de 2004, relativa a la inspección y verificación de las buenas prácticas de laboratorio –BPL-, y la 2004/10/CE, de 11 de febrero de 2004, sobre la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a la aplicación de los principios de buenas prácticas de laboratorio y al control de su aplicación para las pruebas sobre las sustancias químicas).

Por lo que se refiere a los animales transgénicos o genéticamente modificados (OMGs), es aplicable la Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de OMGs. El Reglamento fue aprobado por el RD 178/2004, de 30 de enero, por lo que ha sustituido plenamente al anterior. En él se establecen las funciones de la Comisión Nacional de Bioseguridad, entre las que se incluyen las autorizaciones y denegaciones relativas a la liberación voluntaria de OMGs. También establecen diversos procedimientos, así como las actividades de control e inspección, responsabilidad y sanciones. Por otro lado, también ha sido creada la Comisión de Biovigilancia (RD 1697/2003, de 12 de diciembre).

4.2.3. Medios o procedimientos para la obtención de información o de células y otros materiales para la investigación.

Análisis genéticos. Si se practican con fines asistenciales o de investigación es de nuevo la LIB la que establece su marco jurídico (Título V, arts. 44 y 45 a 57).

Técnicas de activación de ovocitos y otras de re-programación celular. Estas novedosas técnicas están permitidas por la LIB, al tiempo que se hallan sometidas al cumplimiento de un conjunto de requisitos, evaluaciones y controles específicos (LIB, arts. 33.2, 34 y 35).

Biobancos para poner a disposición de los investigadores materiales biológicos. La creación, organización y funcionamiento de los biobancos viene determinados en la LIB, Título V, arts. 44 y 45 y 63 a 71).

Utilización de datos de carácter personal con fines de investigación biomédica. Se refiere fundamentalmente a aquellos estudios que requieren el acceso a datos incorporados a la historia clínica del paciente o a otros documentos clínicos del mismo, con independencia de que dicho estudio esté o no vinculado o forme parte de otros mencionados más arriba. En estos casos resulta aplicables la LO 15/1999, de protección de datos de carácter personal (arts. 4, 5 11 y 21) y la Ley 14/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente (fundamentalmente, los arts. 16.3 y 23), ya mencionadas más arriba. Debe recordarse, asimismo, el RD 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

4.3. La evaluación de la investigación biomédica: los Comités de Ética de la Investigación

Más arriba se ha señalado que los Comités de Ética de la Investigación asumirán la evaluación de la investigación biomédica clínica y no clínica (art. 12 y disposición transitoria tercera) que comporte la involucración de seres humanos, de sus materiales biológicos o de los datos genéticos obtenidos de aquéllas, salvo cuando se realice con ovocitos, pre-embriones, embriones y fetos humanos, cuya evalua-

ción preceptiva corresponde a otros órganos colegiados. Como se adelantaba entonces, será necesario un desarrollo reglamentario de los CEIs, con el fin de adaptarlos a la nueva normativa.

5. El desarrollo reglamentario de la Ley 14/2007

5.1. Planteamiento general

La entrada en vigor de la LIB comporta su desarrollo normativo, para la ejecución efectiva de una parte significativa de sus prescripciones. Dicho desarrollo reglamentario deberá realizarse mediante diversos instrumentos normativos según la naturaleza de la materia (RD, OM).

La determinación de qué materias o partes de la LIB requieren ser desarrolladas reglamentariamente puede obtenerse a partir de ella, explícita o implícitamente, por diversos procedimientos:

- a) De la “Disposición final tercera. Desarrollo reglamentario”, en las materias que se indican más abajo.
- b) Del propio articulado de la LIB. En efecto, algunos preceptos prevén el desarrollo específico por vía reglamentaria de algunas materias. Estos son los que se mencionan más abajo.
- c) De la facultad general que atribuye la LIB al Gobierno en la Disposición final tercera, citada más arriba, en los siguientes términos: “Se faculta al Gobierno para dictar cuantas disposiciones resulten necesarias para el desarrollo y ejecución de esta Ley”.

5.2. Relación de algunas materias que requieren un desarrollo reglamentario

Dadas las características que presenta la Ley de investigación biomédica, así como sus propias previsiones, esta Ley requerirá, ya a corto plazo, un desarrollo por parte del Gobierno de no pocas materias específicas.

En particular, en la “Disposición final tercera. Desarrollo reglamentario”, se prevén los siguientes desarrollos normativos:

1º Las normas de intercambio y circulación, interna, intracomunitaria y extracomunitaria, de material biológico de origen humano con fines de investigación (Disposición final tercera, a).

2º Los requisitos básicos de acreditación y autorización de los centros, servicios y equipos biomédicos relativos a la obtención y utilización de cualquier material biológico de origen humano con fines de investigación biomédica (Disposición final tercera, b).

3º El funcionamiento y desarrollo de la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos, que sustituirá a la vigente Comisión de Seguimiento y Control de Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos (Disposición final tercera, c).

4º El funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para Investigación Biomédica, el cual estará adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo (Disposición final tercera, d).

Han de tenerse en cuenta, asimismo, las previsiones explícitas que figuran a lo largo del articulado de la Ley: los procedimientos de remisión de los proyectos de investigación por parte de la autoridad competente, a través del ISCIII, a la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos (art. 40.2); la creación del Registro de Proyectos de Investigación (art. 41); la composición y funciones de la Comisión Técnica del Banco Nacional de Líneas Celulares (art. 42. 3); los requisitos para la acreditación de los centros y cualificación del personal que realice análisis genéticos con fines sanitarios (art. 56); las condiciones para la concesión de excedencia para funcionarios para incorporarse a empresas de base tecnológica creada a partir de patentes o de resultados generados de proyectos de investigación financiados total o parcialmente con fondos públicos y realizados en centros de investigación (art. 86. 2. 2º); el procedimiento de certificación de la capacidad investigadora de los institutos de investigación biomédica (art. 88. 2º); la creación de unidades para la promoción de la investigación en áreas temáticas prioritarias (Disposición adicional segunda. Dos); el establecimiento de mecanismos

para las redes a que se refiere el artículo 51 de la Ley 16/1993 (Disposición adicional segunda. Tres).

Es también imprescindible el desarrollo reglamentario de los Comités de Ética de la Investigación que prevé la LIB (art. 12 y Disposición transitoria tercera), a la vista de su regulación anterior por la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos. Como se indicó más arriba, al prever la LIB la supresión de los Comités Éticos de Investigación Clínica y que sean los nuevos Comités de Ética de la Investigación los que asuman todas las funciones de evaluación de la investigación biomédica, incluidos los ensayos clínicos con medicamentos o productos sanitarios, deberá desarrollarse el régimen de constitución, funciones y funcionamiento de estos últimos.

Finalmente, habrá que ponderar la oportunidad de desarrollo reglamentario de otras materias que lo requirieran en la actualidad o en el futuro, a la vista de las necesidades que se vayan planteando con la aplicación y ejecución de la LIB, a criterio del Gobierno, en virtud de la facultad general que le reconoce la propia Ley, sin perjuicio de las atribuciones que a su vez delegue aquél en el Ministerio competente.

Por su parte, las Comunidades Autónomas podrán hacer uso de sus competencias en relación con la producción normativa para desarrollar algunos aspectos implicados con la investigación biomédica, sea cual fuere el rango normativo por el que opten, siempre que guarden coherencia con los criterios que ha establecido la LIB.

6. Consideraciones finales

A la vista de las reflexiones apuntadas en esta presentación, puede concluirse en que hay acuerdo, sobre todo por parte de la comunidad científica, sobre que nuestra sociedad necesitaba una regulación jurídica moderna, avanzada, promotora de la investigación en el sector de la biomedicina, al tiempo que garantista y escrupulosa en sus permisiones, al hallar-

se implicados derechos fundamentales y bienes jurídicos a los que la sociedad por lo general confiere una especial significación. Se ha cubierto así un importante vacío normativo que puede calificarse en términos generales como satisfactorio, si bien habrá que esperar a comprobar cuáles son los problemas reales que suscita su aplicación práctica, sin perjuicio de que quede siempre disponible la posibilidad de corregir por vía reglamentaria algunos de los defectos y fallos que se vayan detectando (como es obvio, siempre que no suponga tal desarrollo un enfrentamiento contra el tenor literal de la ley o contra su espíritu más evidente), pues la ley requerirá un amplio y variado desarrollo reglamentario, como, por lo demás, se ha previsto en relación con algunas materias, el cual, a su vez, es previsible que requiera revisiones periódicas.

Para los investigadores del sector, la LIB debería proporcionar un panorama de claridad normativa sobre cómo debe desenvolverse la investigación en algunos ámbitos, como los que contempla aquélla, cuáles son los límites y los procedimientos que han de ser observados y los requisitos que han de ser cumplidos en el curso de una investigación, incluso una vez concluida ésta. Debe subrayarse en particular esta observación, dado que así se superará la confusión e inseguridad jurídica que existía antes de la entrada en vigor de la LIB, en un momento tan decisivo como el actual, en el que se está produciendo una significativa expansión y apertura de la investigación biomédica a nuevos ámbitos de interés y en todo caso prometedores, aunque de ello se derive una mayor atención a estos aspectos por parte de los investigadores.

Durante los años inmediatos podrá comprobarse en qué medida esta ley ha satisfecho las expectativas que ha generado, tanto entre los científicos como en el conjunto de la sociedad, en particular en ésta última, sobre la puesta a disposición en este nuevo marco jurídico de las nuevas terapias que se vienen anunciando desde hace un tiempo.

MUERTE DIGNA EN ESPAÑA

Pablo Simón Lorda

Escuela Andaluza de Salud Pública
Granada

INTRODUCCIÓN

En 1994, en una ponencia del “Seminario Internacional sobre tratamiento jurídico de la eutanasia”, el sociólogo noruego Per Stangeland, que realizaba una estancia de investigación en el Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología en Málaga, decía algo tan significativo como lo siguiente¹:

“Como sociólogo noruego entre penalistas españoles me sorprende cómo ellos pueden debatir, con entusiasmo y en gran detalle, aspectos del Código Penal que nunca se aplican, y posibles reformas legales sin estudiar cómo se van a llevar a la práctica. No sé si esta despreocupación se basa en la separación entre Derecho Penal y Derecho Procesal en departamentos distintos o en tradiciones históricas españolas, donde la Ley siempre ha sido un concepto abstracto, lejos de la sociedad y sus problemas”.

Y no sólo la Ley, podría añadirse a este autor, también la Teología Moral y la Deontología Médica. Porque el análisis detallado de los problemas éticos y jurídicos en torno a la muerte de las personas en un contexto de enfermedad y atención sanitaria ha sido una constante en España a lo largo de los últimos 75 años. Lo curioso es el poco impacto real que parecen haber tenido todos estos análisis en la práctica médica diaria, en la conciencia de los ciudadanos y en el

quehacer de los legisladores. Seguramente un elemento clave para explicar esto ha sido la consideración de estas cuestiones como algo perteneciente a la investigación meramente teórica producida en compartimentos estancos del conocimiento: los penalistas han hablado sólo entre ellos y para ellos, los teólogos igual y así sucesivamente. Sin duda la impermeabilidad del colectivo médico a aceptar que alguien desde fuera delimite sus deberes morales y jurídicos también ha sido un factor decisivo.

En cualquier caso, el sorprendente resultado es que en el año 2008, seguimos problematizando situaciones y soluciones que, desde el punto de vista teórico, han sido debatidas y en parte resueltas hace años en estas diferentes instancias del conocimiento. El objetivo de este trabajo es señalar dónde nos encontramos ahora, repasar sucintamente y sin ánimo alguno de exhaustividad algunas cosas del pasado que pueden ayudarnos a iluminar mejor la situación actual, y vislumbrar hacia dónde pueden evolucionar los acontecimientos futuros.

1. DÓNDE ESTAMOS AHORA

Recientemente un grupo de especialistas de bioética hemos propuesto que los problemas éticos y jurídicos en torno a final de la vida se clasifiquen en cinco escenarios diferentes, con terminologías claramente distintas y valoraciones diferenciadas². Estos

¹ Stangeland P. Aspectos sociológicos de la eutanasia en España. En: Díez Ripollés JL, Muñoz Sánchez J (editores). *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. pp. 23-40.

² Simón Lorda P, Barrio Cantalejo IM, Alarcos Martínez F, Barbero Gutiérrez FJ, Couceiro A, Hernando Robles P. *Ética y*

cinco escenarios son: eutanasia y suicidio asistido, limitación del esfuerzo terapéutico, rechazo de tratamiento, sedación paliativa y suspensión de atención médica en caso de muerte cerebral. Abogamos también por la superación de las distinciones clásicas entre eutanasia activa, pasiva, directa, indirecta, voluntaria e involuntaria, así como por el abandono de los neologismos distanasia, adistanasia, ortotanasia, autonomotanasia, etc. Pensamos que todas estas adjetivos y nombres no han generado sino una enorme confusión entre juristas, ciudadanos, profesionales, teólogos y bioeticistas.

Sin embargo, la nueva terminología y clasificación no implica que sus contenidos sean nuevos. En lo que sigue rastreamos la evolución de la discusión mantenida en los últimos 75 años en nuestro país en torno a los siguientes conceptos:

- **Eutanasia:** actuaciones de los profesionales sanitarios que causan directamente la muerte de los pacientes a los que atienden porque lo piden de manera voluntaria, informada y capaz al padecen una enfermedad grave e irreversible que les produce un sufrimiento que no puede ser mitigado de forma alguna. Esta definición hace que sean innecesarios, por redundantes, los adjetivos “activa”, “positiva”, “directa” y “voluntaria”.
- **Suicidio (medicamento) asistido:** actuación de los profesionales sanitarios que consiste en facilitar, a los pacientes capaces que atienden y que padecen una enfermedad grave e irreversible que les produce un sufrimiento que no puede ser mitigado de forma alguna, los medios necesarios para que pongan fin a su vida cuando libre y voluntariamente lo deseen. Esta actuación ha sido habitualmente encuadrada como “ayuda o auxilio al suicidio”.
- **Limitación de medidas de soporte vital o Limitación del Esfuerzo Terapéutico:** es la retirada o no instauración, de una medida de soporte vital porque, a juicio de los profesio-

nales sanitarios implicados, el mal pronóstico del paciente en términos de cantidad y calidad de vida futuras, lo convierte en algo fútil y sólo contribuye a prolongar en el tiempo una situación biológica que carece de expectativas razonables de mejoría. Esta definición trata de superar los confusos términos “eutanasia pasiva”, “eutanasia negativa” y “adistanasia”. El mantenimiento de estas medidas inútiles ha sido denominado históricamente como “encarnizamiento o ensañamiento terapéutico” o como “distanasia”. Hoy tiende a generalizarse en su lugar el término “obstinación terapéutica”.

- **Rechazo de tratamiento:** es la retirada o no instauración de un tratamiento porque, aunque el profesional pueda considerarlo clínicamente indicado, el paciente no da su consentimiento informado válido para iniciarlo o lo retira cuando el tratamiento ya había sido iniciado.
- **Sedación paliativa.** Administración de fármacos, en las dosis y combinaciones requeridas, para reducir la conciencia de un paciente en situación terminal, para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios, previo consentimiento informado explícito. Este tipo de actuaciones han sido etiquetadas históricamente como “eutanasia indirecta”, amparándose en que la sedación, por un mecanismo no del todo aclarado, puede contribuir a acortar la vida del paciente.

Además tendremos en cuenta este otro:

- **Asesinato, homicidio o genocidio eugenésico:** eliminación física, de individuos aislados o de grupos poblacionales enteros, argumentando que sus vidas carecen de valor debido a las enfermedades o discapacidades que presentan y que sólo incrementan las cargas sociales y económicas del resto de la sociedad que tiene que atenderlos. Con frecuencia este tipo de actuación ha sido etiquetado también como “eutanasia eugénica” o, simplemente, “eutanasia”.

No indagaremos aquí, sin embargo, la cuestión relativa a la suspensión de tratamientos en caso de muerte cerebral del paciente. En general es una cuestión que ha resultado doctrinalmente mucho menos conflictiva, posiblemente en gran parte porque es corto el tiempo que separa la aparición de la tecnología de trasplantes (años 60), que es el escenario en el que se surgen los criterios de muerte cerebral –Criterios de Harvard de 1968-, y su regulación jurídica en España (Ley 30/1979 sobre trasplantes de órganos y Real Decreto 426/1980 que la desarrolla).

2. DÓNDE ESTUVIMOS HASTA LOS AÑOS 50

En el año 1928, en plena dictadura de Primo de Rivera, el ilustre penalista D. Luis Jiménez de Asúa, en su ensayo "Eutanasia y homicidio por piedad" incluido en su libro "Libertad de amar y derecho a morir" definía la eutanasia del modo siguiente³:

"Muerte tranquila y sin dolor, con fines libertadores de padecimientos intolerables y sin remedio, a petición del sujeto, o con objetivo eliminador de seres desprovistos de valor vital, que importa a la vez un resultado económico, previo diagnóstico y ejecución oficiales".

En esta definición aparecen representadas los dos significados que la propia tradición griega clásica había dado de este tipo de acciones. Una, la de la primera parte, es la más propia de la tradición hipocrática, tiene una orientación estrictamente médica. Se orienta a las actuaciones de los profesionales destinadas a aliviar el sufrimiento de los pacientes desahuciados. Estas actuaciones pueden ser de tipo muy diferente: aliviar el dolor y acompañar el sufrimiento del desahuciado y, en determinados casos extremos, especialmente trágicos o dolorosos, facilitarle activamente la muerte, facilitarle la eutanasia⁴.

En la segunda parte de la definición lo que se refleja es la tradición platónica, que tiene una orienta-

ción básicamente salubrista o, mejor dicho, política. En este caso la actuación eutanásica no está preocupada por el bienestar del paciente individual, sino por la salud colectiva de la polis. La inclusión de esta segunda parte de la definición responde a un debate que, en el momento en que Jiménez de Asúa escribe, está teniendo lugar en todos los países de cultura occidental. Es el debate sobre las medidas eugenésicas, que dura desde finales del siglo XIX hasta el final de la Segunda Guerra Mundial. La idea tan popular de que la "eugenesia" fue una cosa abominable inventada por los nazis es una monumental falsedad histórica. Es bien cierto que fueron los nazis quienes diseñaron y ejecutaron las versiones más bárbaras de las ideas eugenistas. Pero no lo es menos que esa pesadilla sólo fue posible por la existencia previa de un caldo de cultivo permisivo apropiado en toda la cultura occidental de la época, de forma muy especial en Estados Unidos⁵, que a su vez tiene fuertes raíces históricas que arrancan de la "República" de Platón, el libro de cabecera de todo gobernante hasta el siglo XVI. La discusión sobre la posible legitimidad de la "eutanasia" de "seres desprovistos de valor" como una herramienta práctica del movimiento eugénico es algo característico de esta época. Hoy sabemos, tras la experiencia nazi, que tales prácticas no fueron "eutanasias" por más que se utilizara ese nombre, sino abominables asesinatos selectivos o genocidios sistemáticos, completamente inaceptables ética y jurídicamente. Jiménez de Asúa ya lo había señalado así un poco más adelante en este mismo texto: "Rechazo de pleno, repugnado y entristecido, la organización, con todo el aparato de legalidad, del exterminio de las personas aquejadas de incurables males o de idiotez irremediable".

Pero volvamos a la primera parte de la definición. Hay en ella un elemento novedoso respecto a la tradición hipocrática antigua. Es la consideración de que este tipo de actuaciones deben realizarse a petición del sujeto, es decir, con su consentimiento explícito. Con esta consideración Jiménez de Asúa está retomando un debate más general que ha alcanzado tintes de antología en nuestro Derecho Penal, con la

³ Jiménez de Asúa L. *Libertad de amar y derecho a morir*. 7ª edición. Buenos Aires: De Palma, 1992.

⁴ Gracia D. *Historia de la eutanasia*. En: Gafó J, editor. *La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la Medicina actual* – 4. Madrid: UPCM, 1990. pp.13-32

⁵ Garver KL, Garver B. *The Human Genome Project and Eugenic Concerns*. *Am J hum Genet* 1994;54:148-158.

participación de todos los grandes penalistas españoles del siglo XX y que sólo ha sido zanjado de manera más o menos definitiva en el Código penal de 1995. Me refiero al debate acerca de si el consentimiento de la víctima era causa suficiente o no para excluir el delito de lesiones, tanto dolosas como imprudentes. La respuesta de Jiménez de Asúa a esta cuestión en el caso de la eutanasia es que el consentimiento del paciente es una condición necesaria pero no suficiente para legitimar este tipo de actos. Dice textualmente que “el homicidio solicitado por la víctima (...) no puede hallar excusa en el consentimiento”. La justificación no puede provenir del sujeto pasivo.

Por ello hay que buscar otros modos de justificar estas actuaciones, y sólo puede haberlas en el sujeto activo. Así, dice que “el problema de la muerte dada por compasión al enfermo incurable y dolorido, consciente de su mal y de su estado, que desea abreviar sus padecimientos, debe ser resuelto con justicia y humanidad”. Esto exige “fraccionar el tema” y “distinguir la eutanasia médica de la práctica del homicidio por piedad ejercida por familiares o amigos fieles y desinteresados”.

En la eutanasia practicada por los médicos “cuando el doctor, ante dolores acerbos e intolerables, aplica medios analgésicos y narcóticos, puede ser consciente de que abrevia la existencia del enfermo, de que le acelera el fin de sus días crueles, pero al médico no le guía la intención de matar al paciente, ni aun por piedad, sino que su único designio es aliviarle, disminuirle el sufrimiento”. “Por eso-continúa diciendo-, el problema de la eutanasia practicada por los médicos en sus justos límites carece de sustancia polémica, porque (...) más que una forma de matar a los enfermos, es una verdadera cura, un remedio sintomático de los más espantosos dolores, un medio beneficioso para los que sufren cruelmente”. Así pues, Jiménez de Asúa aboga por la no tipicidad de estas conductas. Y en cualquier caso, la descripción que de ellas hace este autor las reduce a lo que hasta hace poco se etiquetaba como “eutanasia indirecta” y hoy conocemos mejor como sedación paliativa, aunque sin el requisito del consentimiento, como ya hemos señalado. No parece entrar en el horizonte de posibilidad de Jiménez de Asúa que un médico bus-

que directamente la muerte del enfermo a petición de éste, algo que, sin embargo, sí ha pertenecido históricamente a la tradición hipocrática. Otra cosa es que dichas actuaciones fueran progresivamente relegada por la expansión del cristianismo que, si bien asumió muchos de los postulados de la filosofía estoica, no éste en concreto⁶. El nacional-catolicismo instaurado en nuestro país en 1939 las volverá ideológicamente inaceptables. Pero seguramente su práctica no desapareció del todo, ni siquiera entonces, protegidas todavía por un hecho que sí va a cambiar después de la Segunda Guerra Mundial: la práctica médica se realizaba sobre todo en la intimidad del domicilio del paciente, donde no es descabellado pensar que los médicos españoles de la época practicaron a veces la “eutanasia activa y directa”, como se ha denominado habitualmente.

Para Jiménez de Asúa cosa bien distinta a la “eutanasia médica” son las actuaciones homicidas realizadas por aquellos ligados al paciente “por vínculos de familia, de amistad, de amor”. Aquí sí hay tipicidad, la del “homicidio piadoso”. Se trata pues de un delito, pero que debe ser analizado a la luz del móvil que guía la acción. Así, “si no guió al matador un motivo egoísta, si no deseaba recoger la herencia o libertarse de cuidados prolijos y fatigosos, sino que le movían causas verdaderamente piadosas y compasivas, hay, a mi parecer, un procedimiento certero de impunidad (...): démosle al juez facultades de perdonar”. Es decir, en estos casos, la conducta es típica y punible, pero el juez, conmovido por la grandeza de la intencionalidad del homicida, hará una excepción y le perdonará. Obviamente esta justificación resulta hoy por hoy insuficiente y peligrosa, al dejarla exclusivamente en manos de la subjetividad del juez.

Y sin embargo este fue precisamente el enfoque que adoptó la reforma del Código penal de 1928, entre cuyos redactores figuraba el gran penalista Eugenio Cuello-Calón. Este Código, de tinte conservador y famoso por el rigor extremo de sus penas, amplió notablemente el arbitrio judicial y, lo aplicó en su artículo 517 a “la muerte dada a los enfermos incu-

⁶ Gafo J. *La Eutanasia y la Iglesia Católica*. En: Gafo J, editor. *La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la Medicina actual - 4*. Madrid: UPCM, 1990. pp. 113-124.

rables que demandan perentoriamente el fin de los tormentos”. El Código penal de 1932, promulgado durante la Segunda República y en cuya redacción, paradójicamente, participó Jiménez de Asúa, eliminará estas referencias tanto a la eutanasia como al arbitrio judicial en su nuevo artículo 415. De esa manera la regulación jurídico penal de las conductas eutanásicas desaparecerá del Código hasta la reforma de 1995.

Por lo que respecta al “auxilio simple y auxilio ejecutivo al suicidio”, lo que actualmente conocemos como “suicidio asistido” o “suicidio médicamente asistido” ha estado tipificado en los sucesivos Códigos penales a partir de 1848, aunque con variación en las penas respecto al homicidio. Esta circunstancia no cambiará hasta el Código penal de 1995, en la que incluso se mantiene esa extraña y contradictoria figura del “auxilio ejecutivo al suicidio”, pues no se entiende bien cómo se puede “suicidar a otro” sin cometer, en realidad, homicidio.

He repasado con un poco de detalle la posición de Jiménez de Asúa para poner de manifiesto que ya a principios del siglo XX, en el ámbito penal se estaban discutiendo y buscando soluciones a algunos de los problemas que hoy seguimos debatiendo⁷. Y era una discusión muy amplia, sostenida por muchos penalistas en muchos países. Basta repasar la enorme cantidad de referencias bibliográficas que acompaña este estudio de Jiménez de Asúa para darse cuenta de ello.

La Deontología Médica en este período histórico no es sino Teología Moral católica disfrazada. El máximo exponente en esta época es D. Luis Alonso Muñozerro, que fue consiliario de la Academia Deontológica - Médica de la Hermandad de San Cosme y San Damián de Madrid, y es ahí donde le nació su enorme interés y dedicación a las cuestiones de la deontología profesional médica y farmacéutica. Moralista y canonista reputado como fiscal del Tribunal de la Rota, llegaría ser Arzobispo de Sión y

Vicario General Castrense. En 1934 publicó su obra fundamental, el *Código de Deontología Médica*, con un prólogo del Dr. Antonio Vallejo Nágera, el psiquiatra y eugenista fascista más famoso del franquismo⁸. De dicha obra se harían como mínimo otras tres ediciones más (1942, 1950 y 1956); se trata pues de una obra que ejerció una influencia más que notable en la deontología médica española.

En los artículos 79 a 85 de su libro el Dr. Muñozerro expone su punto de vista sobre la atención al paciente moribundo y, en particular, sobre el problema de decirle o no la verdad sobre su pronóstico. El artículo 79 dice textualmente lo siguiente: “Cuando vea el médico que la muerte se aproxima a uno de sus clientes, debe dirigir su actuación abnegada y desinteresada a mitigar los sufrimientos morales, al par que los físicos del enfermo y prestarle el amparo que tal vez necesite”. He aquí un texto que podría haberse perfectamente sacado –salvo por el estilo literario– de un moderno tratado de cuidados paliativos y que a su vez conecta perfectamente con la tradición hipocrática de ayuda al bien morir.

La posición de Muñozerro respecto a la cuestión de la información sobre el pronóstico es también muy interesante. El médico debe avisar de la situación a los familiares cuando el paciente esté en peligro próximo de muerte, para que a su vez éstos se lo comuniquen al paciente. El “peligro próximo de muerte” se define textualmente como “aquel estado en que hay probabilidades de muerte próximo o peligro continuo de muerte que puede sobrevenir en plazo lejano, pero de modo súbito”. Es un curioso intento de aproximación al estado que hoy identificamos como terminalidad.

Cuando no haya familiares o no quieran o puedan hablar al paciente, Muñozerro dice que entonces el médico deberá hacerlo por ellos. En resumen, aunque este autor no pueda asumir la posición autonomista moderna de que es el paciente el destinatario primero y principal de la información, tampoco defiende la posición que ha sido la habitual hasta nuestros días, la de que médico y familiares comparten la

⁷ Del Rosal Blanco B. *El tratamiento jurídico-penal y doctrinal de la eutanasia en España*. En: Díez Ripollés JL, Muñoz Sánchez J (editores). *El tratamiento jurídico de la eutanasia. Una perspectiva comparada*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996. pp. 41-74

⁸ Alonso Muñozerro L. *Código de Deontología Médica*. 4ª edición. Madrid: FAX, 1956

información que ocultan al paciente construyendo lo que se venido a denominar “conspiración del silencio”.

Con respecto a la eutanasia Muñoyerro dice textualmente en el artículo 86:

“El sentimiento de piedad para con un enfermo en trance de agonía o con enfermedad incurable y dolorosa no justifica ante la ley natural la eutanasia, ni aun cuando el mismo enfermo solicite que se le produzca la muerte. Menos la justificada por una finalidad eugénica”

Las dos tradiciones antiguas –hipocrática y platónica- que legitimaban la producción de la muerte de los pacientes quedan así totalmente condenadas como inmorales. La llamada “eutanasia eugénica” ya había sido condenada explícitamente por el Santo Oficio en 1940.

“*Se preguntó*: ¿es lícito matar directamente, por mandato de la autoridad pública, a aquellos que, aunque no han cometido ningún crimen digno de muerte, sin embargo, a causa de sus taras psíquicas o físicas, ya no son de provecho para la nación, antes bien son una carga y un obstáculo a su vigor y su fuerza?”

Se respondió: Negativamente por ser contrario al derecho natural y divino positivo”⁹

Sin embargo lo que hoy conocemos como sedación paliativa no es sino apoyado explícitamente por el texto de Muñoyerro. El artículo 87 dice:

“Podrá suministrarse a un moribundo cantidad de morfina suficiente para privarle de sentidos y de razón, sin producir directamente la muerte, con estas condiciones:

- a) que el enfermo haya tomado sus disposiciones para bien morir
- b) que se trate de dolores muy notables, unidos a los que de ordinario acompañan a la agonía, o de otro más probable y próximo peligro de muerte. Nunca está justificada la eutanasia por

el deseo “piadoso” de abreviar la agonía, cuando no concurra alguna de dichas condiciones”

Obviamente, el elemento del consentimiento no está claramente reflejado, salvo que se considere presupuesto de alguna manera en el apartado “a”.

Sin embargo resulta sorprendente que las “Normas deontológicas para los médicos españoles colegiados”, esbozo del primer Código deontológico oficial de nuestro país, publicadas en 1945 como apéndice al Reglamento de la Organización Médica Colegial, no hace mención alguna ni a la eutanasia ni a la sedación. Sin embargo estas “Normas”, imbuidas por el rancio nacional-catolicismo de los vencedores de la Guerra civil, sí dedicaran mucha atención a los temas sexuales, contraceptivos y abortivos.

Eutanasia (activa, directa y voluntaria), suicidio asistido (auxilio simple o auxilio ejecutivo al suicidio), homicidio o genocidio eugenésico (eutanasia eugenésica) y sedación paliativa (eutanasia indirecta) son por tanto temas ya tratados en este período de nuestra historia con cierta extensión. Y con resultados bastante claros en algunos de ellos. Pasada la Segunda Guerra Mundial, el homicidio o genocidio eugenésico será considerado definitivamente como inaceptable, tanto desde la perspectiva del Derecho penal como la Teología moral y la Deontología médica. No parece por tanto legítimo, más bien manipulador, seguir argumentando hoy en día en contra de la eutanasia utilizando “la experiencia nazi”. Por su parte, la sedación paliativa aparece ya entonces reforzada como buena praxis médica, deontológicamente intachable. Sólo le falta el requisito del consentimiento informado, algo que exige cambios sociales y políticos previos que no repercutirán en la profesión médica hasta 1986 con la Ley General de Sanidad.

Pero lo que no aparece ni por asomo en este período de nuestra historia es el problema de la limitación del esfuerzo terapéutico tal y como lo conocemos hoy en día. Y la razón es fundamentalmente tecnológica. La capacidad científico-tecnológica de la Medicina antes de la Segunda Guerra Mundial para lograr aumentos significativos de la supervivencia en situaciones graves, no sólo en España sino en el mundo entero, era bajísima. La “Pax antibiótica”, esto es, la lucha efectiva contra una de las principales

⁹ Santo Oficio. *Eliminación de tarados y enfermos*. AAS 1940;32:553-554.

causas de morbimortalidad aguda, las bacterias, sólo se logra a lo largo de la década de los 50 y la “Pax tecnológica”, o sea, la capacidad para mantener las constantes vitales de los enfermos de forma artificial mediante tecnología, es un producto de los 60. Por tanto, el escenario en que los pacientes morían antes de esa fecha era un escenario que había permanecido inalterado en lo sustancial durante siglos. Y el enfoque moral que seguramente aplicaban los médicos a lo que debían hacer cuando llegaba el momento de la muerte el mismo que había seguido la tradición médica desde siempre: aliviar y acompañar el sufrimiento por medios elementales de cuidado. Nadie se puede plantear “no iniciar” o “retirar” nada porque no hay nada que iniciar o mantener.

Tampoco aparece claramente la cuestión del rechazo de tratamiento. Para ello se necesitaría haber despejado previamente la cuestión del consentimiento informado y haber superado el modelo paternalista clásico de relación médico-paciente. En este período el tratamiento indicado por un médico y que se considera necesario para salvar la vida de un paciente es, sin más, obligatorio. Su rechazo por el paciente lo reconduce directamente al escenario del intento de suicidio, algo que, si bien en la tradición penalista que arranca del Código penal de 1848 no es punible en lo referente al sujeto pasivo, sí lo es en cuanto al que lo ayudare o auxiliare.

3. DONDE ESTUVIMOS ENTRE LOS AÑOS 50 Y EL AÑO 1978

En este largo período de nuestra historia, dominado por el franquismo y culminado con la aprobación de la Constitución Española en 1978, la discusión en torno a los conceptos que venimos examinando va a adquirir, por una parte, tintes nuevos y, por otra, a mantener elementos previos.

Un primer elemento sorprendente es que, a pesar de que el Código penal de 1944 consolidó la postura del Código penal del 1932 en el sentido de cercenar cualquier atisbo de legitimación de conductas eutanásicas, ello no hizo decaer el debate sobre ellas entre los penalistas. El artículo 409 de este Código ha estado vigente incluso hasta después del cambio sustancial que supone en lo jurídico y en lo político la

Constitución española de 1978, hasta la reforma del nuevo Código penal de 1995:

“El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor. Si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte será castigado con la pena de reclusión menor”.

La discusión doctrinal sobre la incidencia de este artículo del Código penal en las conductas eutanásicas tuvo un marcado tinte académico, altamente técnico y minucioso. Todos los grandes penalistas del momento, de entre los que destacaron especialmente Cuello Calón, Quintano Ripollés y Antón Oneca, participaron en ella, generando numerosísima bibliografía de alta calidad teórica¹⁰. Pero hay que reconocer que, como decía Perd Stangeland en la cita del comienzo de este trabajo, eran discusiones de prácticamente nula trascendencia jurídica práctica en el campo de la asistencia sanitaria. No conocemos ningún caso judicial real relacionado con actuaciones de profesionales sanitarios o de familiares de pacientes enfermos que impulsara a los jueces a echar mano de sus disquisiciones, sencillamente porque no hubo ocasión para ello.

El escenario que sí irrumpirá como novedad será el de la limitación esfuerzo terapéutico, entonces conocida como “eutanasia pasiva”. En 1963, el mismo año que se creaba el Régimen de la Seguridad Social, se abría la primera Unidad de Cuidados Intensivos en la Fundación Jiménez Díaz de Madrid. En poco más de 10 años todos los hospitales importantes de España contaban con una, transformando así, de manera radical, el panorama de la muerte en el medio sanitario. Muy comentado entonces fue el caso del jugador de fútbol rojiblanco Miguel Martínez que por una afección cerebral súbita entró en coma y fue ingresado en la Clínica de la Concepción de Madrid. Moriría ocho años más tarde -28 de septiembre de 1972- sin haber recuperado la conciencia, posiblemente en lo que hoy conocemos como Estado Vegetativo Permanente. El debate sobre este tipo de situaciones alcanzó incluso a la opinión pública y, el 16 de Octubre de

¹⁰ Núñez-Paz MA. *Homicidio consentido, eutanasia y derecho a morir con dignidad*. Madrid: Tecnos, 1999.

1968, el periódico ABC publicó un impresionante editorial titulado “El derecho a morir”, donde reflexionando sobre el prolongado proceso de muerte del dictador portugués Oliveira Salazar se decían cosas tan impresionantes como las siguientes:

“¿Existe el derecho a morir? Morir es tan natural como nacer. Y si nacemos condenados a la muerte tiene que haber, exceptuando el suicidio, un derecho a morir. (...). Derecho a morir serenamente, en el momento de nuestro destino, sin prolongaciones artificiales de la apariencia de la vida. Derecho a que no sea más triste y lamentable que la propia muerte la manera de morir. No es propicio nuestro tiempo a los derechos individuales. Y también este individualísimo derecho a morir (...) sufre el soplo de vientos adversos. Lo perturban, con nobilísimo fin, los avances de la ciencia, aunque hayan sido precisamente científicos magistrales quienes han advertido contra la tentación de prolongar la vida humana cuando no es posible, todavía, prolongar la juventud. (...) Para remedio del dolor y de la muerte debe hacerse todo lo posible. Pero todo lo posible, ¿incluye, también, lo imposible o lo rigurosamente improbable? ¿Es verdaderamente humanitario mantener vidas *muertas*? ¿Lo es interrumpir el tránsito al definitivo descanso, sin devolver la vida verdadera? Los condenados en el infierno de la *Divina Comedia* no tenían la esperanza de morir. ¿Tendremos, de ahora en adelante, que hacernos el ánimo de vivir sin contar con el consolador derecho a morir en paz? ¿Deberemos tener prevista la posibilidad atroz de vivir *muertos* en la estremecedora soledad de una habitación, en una clínica, que se cansen de visitar, al cabo del tiempo, nuestros familiares y nuestro amigos?”

Realmente no se entiende cómo estas reflexiones, escritas por mano desconocida, consiguieron sortear la censura de la época. Tampoco sirvieron de mucho pues, tan solo siete años después, la historia de Oliveira Salazar se repetiría en la persona de Francisco Franco.

Cuello Calón, en su famoso estudio de 1955 “El problema penal de la eutanasia” ya había tratado la cuestión introduciendo, quizás por primera vez, los adjetivos “activa” y “pasiva”, la diferencia entre acción y omisión y el término “orthothanasia”.

“Hemos tratado hasta ahora del acortamiento de la vida, de la que podría ser llamada eutanasia *activa*. Pero la abreviación de la vida puede también ser causada por omisión. Cuando se prescinde del empleo de sustancias, como las inyecciones de aceite alcanforado, que son capaces de prolongar por breves momentos la existencia que se extingue, la omisión de esfuerzos para reavivar la vida que se apaga en el caso de incurables atormentados por sufrimientos espantosos, no constituye acto delictivo. (...) De acuerdo con nuestro Derecho no creemos que esta actitud *pasiva* constituya delito, pues bajo la prohibición penal cae el acortamiento de la vida, no la omisión de su prolongación por medios artificiales. En tales situaciones no conceptúo ilícito dejar a la naturaleza seguir su curso”¹¹.

Sin embargo, para Cuello Calón, en la decisión última acerca de si dichos medios deben o no ser utilizados debe contarse “con el asentimiento del paciente, ya que siempre debe respetarse su deseo de una ulterior prolongación de la vida, y si éste no pudiese por su estado manifestarlo, con el de sus familiares más próximos”.

Esta línea de aceptación de lo que por entonces comenzó a llamarse “eutanasia pasiva” es coherente con los argumentos desarrollados por la Teología moral católica. Ya el Papa Pío XII, uno de los más preocupados por los problemas morales de la Medicina en toda la historia del papado, se había pronunciado sobre esta materia en noviembre de 1957, en su “Discurso sobre la reanimación y la muerte”. Decía allí lo siguiente:

“Si parece que la tentativa de reanimación constituye en realidad para la familia una carga que en conciencia no se le puede imponer, puede ella lícitamente insistir para que el médico interrumpa sus tentativas, y este último puede lícitamente acceder a ello. En este caso no hay disposición directa de la vida del paciente, ni eutanasia, que no sería nunca lícita; aun cuando lleve consigo el cese de la circulación sanguínea, la interrupción de las tentativas de reanimación

¹¹ Cuello Calón E. *Tres temas penales (el aborto criminal, el problema penal de la eutanasia, el aspecto penal de la fecundación artificial)*. Barcelona: Bosch, 1955. pp.157-159.

no es nunca sino indirectamente causa de la paralización de la vida, y es preciso aplicar en este caso el principio del doble efecto y el del voluntarium in causa. (...) ¿Puede [entonces] el médico retirar el aparato respiratorio antes de que se produzca la paralización definitiva de la circulación? (...). Es preciso responder afirmativamente a (...) esta cuestión, como ya Nos lo hemos explicado”

Sin embargo no parece que este tipo de manifestaciones llegaran a ser ampliamente conocidas y debatidas en el ambiente sanitario español de la época. Tras el Concilio Vaticano II (1961-63), la Teología moral renovada profundizó de nuevo en este tema. Paradigmáticos son a este respecto los trabajos del jesuita Gonzalo Higuera Udías, profesor de Teología Moral en la Universidad Pontificia de Comillas en Madrid. En enero de 1969 el P. Higuera publicaba en la revista *Sal Terrae* un artículo titulado “Distanasia y moral”¹², con el que se introducía por primera vez este neologismo, único de los de su especie que ha llegado a ser aceptado por el Diccionario de la Lengua Española con el significado de “tratamiento terapéutico desproporcionado que prolonga la agonía de enfermos desahuciados”. También introducía el neologismo “adistanasia”, ya propuesto por el teólogo protestante norteamericano John C Fletcher.

Tras exponer los hechos de diversos casos ejemplificados, ponderar las circunstancias de los mismos y analizar la calificación moral, el P. Higuera llegaba a la siguiente conclusión.

“Parece, pues, en estos casos concretos moralmente lícito prescindir de medios distanásicos extraordinarios y aun ordinarios que han dejado de ser realmente medios, verdaderamente tales, con el fin de recobrar la salud. No se trataría de muerte indirecta, ni mucho menos directa, sino simplemente de un dejar morir al enfermo por carencia de medios eficaces ordinarios para recuperar el mínimo de salud humana. No sería ninguna eutanasia, sino a lo más una *adistanasia* con suficientes razones circunstanciales para no ser rechazada moralmente”

¹² Higuera Udías G. *Distanasia y moral*. *Sal Terrae* 1969;57(1):54-75.

De igual modo que Cuello Calón, a diferencia de lo que sucede en lo que hoy llamamos limitación del esfuerzo terapéutico, el P. Higuera entendía que esta decisión correspondía primariamente a los familiares y, que si estos solicitaran la continuación del tratamiento, no habría inconveniente moral en que el clínico lo mantuviera.

Lamentablemente, ninguno de los dos neologismos “distanasia” y “adistanasia” tuvo éxito, ni en el mundo jurídico-penal ni en el médico. Tampoco lo tuvo el de “ortotanasia”, sinónimo de “adistanasia”. Su uso quedó restringido prácticamente al campo de los moralistas¹³. El término que triunfó en esos ámbitos fue el de “eutanasia pasiva”, ya generalizado entonces en la literatura bioética y jurídica del mundo anglosajón¹⁴, con la consiguiente generación de la confusión que todavía hoy padecemos. Quizás, de haber conseguido desvincular la limitación del esfuerzo terapéutico de la palabra “eutanasia”, tan intensa moral, jurídica y emocionalmente, la evolución en torno al debate a la muerte digna en España habría discurrido por otros cauces.

En cualquier caso, el rechazo del “ensañamiento o encarnizamiento terapéutico” y la aceptación de la limitación del esfuerzo terapéutico van a ser una constante mantenida en la Teología moral oficial ya hasta nuestros días, aunque con algún elemento distorsionador, como más adelante veremos.

Algo similar sucedió con la sedación paliativa. En su discurso de 24 de febrero de 1957 al IX Congreso Internacional de la Sociedad Italiana de Anestesiología, el Papa Pío XII vino a avalar claramente su práctica utilizando el famoso “principio del doble efecto”:

“Si entre la narcosis y el acortamiento de la vida no existe nexo causal alguno directo, puesto por la voluntad de los interesados o por la naturaleza de las cosas... y, si por el contrario, la administración de narcóticos produjese por sí misma dos efectos distin-

¹³ Vidal M. *Eutanasia y distanasia: respeto a la vida y derecho a morir dignamente*. *Revista Iglesia Viva*. 1977;(69):217-233.

¹⁴ Rachel J. *Active and Passive Euthanasia*. *N Engl J Med*. 1975;292:78-80.

tos, por una parte, el alivio de los dolores y, por otra, la abreviación de la vida, entonces es lícita"¹⁵

Sin embargo no parece que este texto contribuyera a generalizar en nuestro país el uso de la sedación paliativa, al menos de forma transparente, hasta prácticamente la década de los 90, cuando comienzan a desarrollarse entre nosotros los cuidados paliativos. Más bien, la generalización durante el franquismo de una moral cristiana ensalzadora del dolor y el sufrimiento y el miedo a ser acusado de "eutanasia" operaron en contra de su uso.

Por lo que respecta al rechazo de tratamiento pocos cambios respecto al período anterior van a existir. Es ya de todos sabido que la *Ley de Bases de Sanidad Nacional*, de 25 de noviembre de 1944, vino a establecer los fundamentos del sistema sanitario moderno de nuestro país. En aquella ley no existía precepto alguno dedicado a los derechos de los pacientes ni, por tanto, ninguna referencia al tema del consentimiento informado. El contexto sociopolítico era, obviamente, incompatible con tal cosa y, en cambio, totalmente proclive a potenciar el paternalismo médico tradicional. Dicha tendencia va a ser constante en el franquismo hasta los años setenta, cuando se inicia el proceso de descomposición del régimen. Así puede verse muy claramente en el art. 102 del Decreto 907/1966 que contiene el *Texto Articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social*¹⁶. Dicho artículo establecía las obligaciones del beneficiario de la Seguridad Social cuando tenía que recibir asistencia sanitaria. De entrada ya es ilustrativo que sólo se hablara de "obligaciones", y no también de "derechos". En cualquier caso, los apartados 1 y 2 de ese artículo decían:

¹⁵ Pío XII. "Discurso en respuesta a tres preguntas religiosas y morales concernientes a la analgesia". *Ecclēsia* 1957; 816 (2 de Marzo de 1957):243

¹⁶ Decreto 907/1966, de 21 de abril, aprobando el texto articulado primero de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social. La parte dedicada a la asistencia sanitaria fue completada un año después con el Decreto 2766/1967, de 16 de Noviembre (Trabajo), por el que se dictan Normas sobre prestaciones de asistencia sanitaria y Ordenación de los Servicios Médicos en el Régimen General de la Seguridad Social. Ambos pueden encontrarse en Seguridad Social. Régimen General. Madrid: BOE, 1968.

1. El beneficiario deberá observar las prescripciones de los facultativos que le asisten. Cuando sin causa razonable rechace o abandone el tratamiento que le fuere indicado podrá ser sancionado con la suspensión del derecho al subsidio que pudiera corresponderle o, en su día, con la pérdida o suspensión de las prestaciones por invalidez.

2. Reglamentariamente se determinará el procedimiento para calificar de razonable la negativa del beneficiario a seguir un tratamiento, en particular si éste fuese de tipo quirúrgico o especialmente penoso. En todo caso, el beneficiario podrá recurrir la decisión sobre el carácter de su negativa ante las Comisiones Técnicas calificadoras, a que se refier al artículo 144, constituidas al efecto en Tribunales Médicos".

Evidentemente había que tener mucho coraje para oponerse a una decisión médica y rechazar un tratamiento después de leer estos párrafos. Es cierto que no existe legitimación directa de una imposición activa de tratamiento por parte del Estado o de los médicos, pero lo que es obvio es que el consentimiento emitido en tales circunstancias sin duda distaba mucho de ser voluntario y válido, habida cuenta de los temibles efectos socioeconómicos que podían conllevar un negativa a otorgarlo.

Los años setenta suponen un momento crucial de cambio para la sociedad española, que las instancias políticas del franquismo sólo pueden reprimir, pero no paralizar ni controlar. Es inevitable que se vayan introduciendo cambios. Y en lo que respecta al reconocimiento de que existe algo llamado "derechos de los pacientes" se produce un avance tímido, aunque sólo fuera sobre el papel, con la aprobación, el 7 de Julio de 1972, del *Reglamento General para el Régimen, Gobierno y Servicios de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social*¹⁷. En el artículo 148 del citado Reglamento se consignaba una lista de derechos de los enfermos:

¹⁷ El texto completo de dicho Reglamento puede encontrarse en la recopilación legislativa sobre derecho médico realizada por Piga Sánchez - Morate B. Aspectos Jurídicos. En: *VV.AA.* (1977); 953-986.

Art. 148. Con independencia de las normas reguladoras del régimen de los enfermos durante su permanencia en la Institución, que serán recogidas en los Reglamentos de Régimen Interior de las Instituciones, los enfermos asistidos tendrán los siguientes derechos:

1. A que sea formulado el diagnóstico de su proceso de enfermedad y su oportuna orientación terapéutica.

2. A recibir atención médica durante las diversas etapas evolutivas de su proceso patológico, tanto en régimen de internamiento como ambulatorio.

3. A que se mantenga el secreto profesional en cuanto a su enfermedad, de acuerdo con las normas deontológicas.

4. Autorizar, bien directamente o a través de sus familiares más allegados, las intervenciones quirúrgicas o actuaciones terapéuticas que impliquen riesgo notorio previsible, así como a ser advertidos de su estado de gravedad.

5. A la asistencia espiritual que solicite.

6. El enfermo tendrá derecho a recibir visitas durante su internamiento en la extensión y alcance que se determine en los Reglamentos de Régimen Interior.

Pero basta leer el siguiente artículo para entender que el avance ha sido muy tímido, casi un espejismo: al final prima la obligación de obedecer:

Art. 149. Los enfermos admitidos en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social prestarán su colaboración para la práctica de las exploraciones indispensables que se indiquen por el personal facultativo responsable y observarán con rigor las prescripciones terapéuticas que se les señalen.

En el momento de su admisión en la Institución firmarán el oportuno documento, en el que se haga constar su conformidad al ingreso y su acatamiento a las normas reglamentarias del Centro.

He aquí, por cierto, el origen de los famosos formularios generales del consentimiento que los pacientes han firmado en el Servicio de admisión de nuestros hospitales hasta hace bien poco, y que han transmitido la idea al personal sanitario de que les legitimaban para realizar cualquier tipo de procedimiento clínico al paciente sin necesidad de solicitarles el consentimiento informado; cosa por otra parte cierta desde la perspectiva del art. 149.

4. EL RECORRIDO DEL DEBATE ENTRE 1978 Y 2002

El año 1978 constituye un punto decisivo de la historia reciente de España, pues la aprobación de la Constitución española (CE) marca el fin, o el principio del definitivo fin, del paternalismo político, jurídico, moral y médico en nuestro país. Obviamente ello implica cambios muy sustanciales en los argumentos en torno al debate sobre la muerte digna. Entre 1978 y el año 2002, año de aprobación de la importantísima Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía de los pacientes, que marca el final de esta etapa, muchos sucesos van a condicionar el tono y contenido del debate. Baste señalar, por ejemplo¹⁸, la aprobación en 1986 de la Ley General de Sanidad (LGS) con su Carta de derechos de los pacientes (Art. 10), la crisis de la huelga de hambre de los GRAPO en (1989 – 1991), la introducción y consolidación de los cuidados paliativos (1985-1995), el caso Ramón Sampederro (1993-1998), los posicionamientos oficiales de la Iglesia católica en contra de la eutanasia (1980, 1993, 1995, 1998), la consolidación de la bioética (1981-1991), las reiteradas y contradictorias negativas de los Tribunales a aceptar el rechazo a las transfusiones sanguíneas por los Testigos de Jehová, las sucesivas reformas del Código Deontológico médico (1978, 1990, 1999), el nuevo Código penal (1995), la creación de una Comisión especial de estudio de la Eutanasia en el Senado (1999) que finalmente se cerró sin llegar a conclusión alguna y la entrada en vigor con carácter de ley en nuestro país del llamado “Convenio de Oviedo” del Consejo de

¹⁸ Simón Lorda P, Barrio Cantalejo IM. Un marco histórico para una nueva disciplina: la bioética. *Med Clin (Barc)*. 1995;105:583-97.

Europa (2000). Obviamente es imposible analizar aquí en detalle todos estos acontecimientos, por lo que en lo que sigue sólo anotaremos los argumentos más relevantes. Pero si de todos estos sucesos hubiera que señalar sólo uno como el más importante para el desarrollo del debate sobre la muerte digna en nuestro país en estos años personalmente me quedaría con el caso Ramón Sampedro. Y no porque el discurrir judicial del caso aportara elementos novedosos, porque los argumentos jurídicos mediante los que las peticiones de Ramón Sampedro fueron rechazadas habían sido claramente trazados sólo tres años antes en el curso de la crisis de la huelga de hambre de los presos del GRAPO, como veremos inmediatamente a continuación. La razón es que fue la primera vez que el debate trascendió los foros especializados de los juristas, teólogos, bioeticistas y médicos para constituirse en auténtico debate social, donde quedó demostrado el importantísimo papel que juegan los medios de comunicación, con sus luces y oscuridades¹⁹.

Pero volvamos a 1978. La Constitución española va ser, a partir de entonces y hasta la actualidad, el telón de fondo sobre el que se proyecta cualquier discusión en torno a la muerte digna. Las principales cuestiones a debatir en este marco son dos. Una es cómo articular correctamente los dos contenidos del artículo 15 CE: el que establece el derecho a la vida por un lado y el derecho a no recibir tratos inhumanos y degradantes por el otro. La otra es cómo hacer compatibles el derecho a la vida, establecido por el citado artículo 15 CE, y el derecho a la libertad personal en las diferentes formas establecidas por los artículos 1, 10, 16, 17, 19 y 20 CE. En el fondo se trata de aclarar el problema de la disponibilidad de la propia vida y su configuración y límites a la luz de la Constitución.

Desde la doctrina penal las respuestas han oscilado entre los dos polos extremos, con amplia representación de posturas intermedias²⁰. Una parte de la doctrina (Rodríguez Devesa, Bueno Arús) considera

el derecho a la vida como un valor supremo del Ordenamiento que debe ser protegido en toda circunstancia y con independencia de la voluntad de vivir o morir del titular del derecho a la vida, es decir, que no es de libre disposición por su titular. Curiosamente las Sentencias del Tribunal Supremo, sobre todo en relación al rechazo de transfusiones por los testigos de Jehová, se han alineado mayoritariamente con esta posición. En el extremo opuesto (Cobo del Rosal, Carbonell Mateu, Queralt Jiménez) se sitúa la posición que afirma que son la libertad (art 1.1 CE) y el libre desarrollo de la personalidad (10.1) los valores a partir de los cuales deben ordenarse los demás en este tema, incluido el de la vida. De ahí se deduce que la vida es un bien disponible por su titular.

La Sentencia TC 120/90 (y las dos siguientes, que son similares) sobre la alimentación forzosa de los presos de la organización terrorista GRAPO, que estaban en huelga de hambre desde el verano de 1989, es quizás la respuesta más clara que el Tribunal Constitucional (TC) ha dado a esta cuestión hasta hoy. Los argumentos más importantes de esta Sentencia, también ampliamente discutida tanto en el fondo como en la forma^{21 22}, pueden reducirse a los tres contenidos de los siguientes párrafos.

“Tiene, por consiguiente, el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir”.

¹⁹ Guerra MJ. *Euthanasia in Spain: the public debate after Ramón Sampedro's case*. *Bioethics*. 1999;13(5):426-432.

²⁰ Núñez Paz MA. *Op. Cit.* pp. 273-316

²¹ Arruego G. *Sobre el marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida en el ordenamiento jurídico español*. *Derecho y Salud* 2007;15(1):117-136.

²² Atienza M. *Las razones del Derecho. Sobre la justificación de las decisiones judiciales*. *Isonomía* 1994;(1):51-68.

Es decir, el derecho a la vida genera un deber positivo de protección que impide que pueda hablarse de un derecho a morir equivalente. Sin embargo, la gestión de la propia vida es uno de los componentes del derecho a la libertad, lo que hace que sea disponible por su titular. Sin embargo de ahí no se deduce, de nuevo, deber positivo alguno de los demás de actuar para hacer efectiva dicha libertad. En resumen, no existe derecho a morir, tampoco deber de vivir, lo que existe es libertad personal para vivir o morir. De aquí que “la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que sólo a él afecta” es respetable y por tanto “podría sostenerse la ilicitud de la asistencia médica obligatoria o de cualquier otro impedimento a la realización de esa voluntad”. Con todo ello el TC está refrendando claramente el derecho general de las personas a rechazar un tratamiento, aun a sabiendas de que ello puede hacer que peligre su vida, pero deslegitimando el derecho a exigir actuaciones eutanásicas o de ayuda al suicidio.

Sin embargo, según el TC, este marco general no puede aplicarse a las personas presas porque se encuentran en una “relación especial de sujeción” con respecto a la institución penitenciaria y, por extensión al Estado.

“Esta relación de especial sujeción, que debe ser siempre entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente que corresponde a los derechos fundamentales, origina un entramado de derechos y deberes recíprocos de la Administración y el recluso, entre los que destaca el esencial deber de la primera de velar por la vida, integridad y salud del segundo, valores que vienen constitucionalmente consagrados y permiten, en determinadas situaciones, imponer limitaciones a los derechos fundamentales de internos que se colocan en peligro de muerte a consecuencia de una huelga de hambre reivindicativa, que podrían resultar contrarias a esos derechos si se tratara de ciudadanos libres o incluso internos que se encuentren en situaciones distintas”.

Y es que además, sigue argumentando el TC, las reivindicaciones de los presos no son legítimas, puesto que ponen en riesgo su vida “con el fin de conseguir que la Administración deje de ejercer o ejerza de distinta forma potestades que le confiere el

ordenamiento jurídico”. Por todo ello, concluye, es legítima su alimentación forzosa conforme a los principios y derechos constitucionales. Es bien sabido que dos magistrados del TC (Rodríguez Piñero y Leguina Villa) expresaron su disconformidad ante esta postura mediante sendos votos particulares, insistiendo en que por mucho que existiera una “relación de especial sujeción”, el preso seguía teniendo intacto su derecho a rechazar el tratamiento.

En cualquier caso, dejando de lado su aplicación concreta al caso de la huelga de hambre de los presos, que en mi opinión es incorrecta, el TC viene a dar un respaldo decisivo a una interpretación amplia, garantista, de lo que unos años antes, en 1986, había introducido de una forma más recortada el artículo 10 de la Ley General Sanidad, la llamada Carta de derechos de los pacientes. En su apartado 9 dicho artículo establecía el derecho de los pacientes a negarse al tratamiento. Sin embargo, además de penalizar dicho rechazo con la amenaza del alta voluntaria, establecía dos excepciones (apartado 6): el peligro para la salud pública y la urgencia. En el caso de incapacidad del paciente, el citado apartado 6 lo que hacía era trasladar dicha decisión “a sus familiares o personas a él allegadas”, sin por otra parte establecer ningún criterio y límite a su actuación. Pero lo más problemático era la forma en que estaba redactada la excepción de la urgencia: “cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento”. O sea, en medicina, casi siempre que se rechaza un tratamiento, lo que proporcionaba a los médicos una coartada magnífica para reintroducir por la ventana el paternalismo que el artículo 10 quería expulsar por la puerta. Este tipo de argumentos se usaron tanto en el caso de los Testigos de Jehová como en la alimentación forzosa de los presos del GRAPO.

En los años siguientes el gran acontecimiento jurídico relacionado con la muerte digna va a ser que, por fin, tras diversos Proyectos (1980), Anteproyectos (1983) y reformas parciales (1983, 1989) parecía que se acercaba el momento de redactar un Código penal nuevo, acorde a las exigencias de la realidad democrática del país. En 1991, el Grupo de Estudios de Política Criminal, integrado por un numeroso grupo de Catedráticos y profesores de Derecho Penal,

Magistrados y Fiscales, emitió un “Manifiesto a favor de la disponibilidad de la propia vida” y un año después, en 1992, una “Propuesta alternativa al tratamiento jurídico de las conductas de terceros relativas a la disponibilidad de la propia vida”²³. Esta Propuesta proponía una reforma profunda de los artículos 10 y 11 de la Ley General de Sanidad, de la Ley de regulación del contrato de seguro y, por supuesto, del Código Penal (arts. 408 y 409).

Las propuestas de este Grupo fueron – como dijo María Casado – “de las más concretas completas y acabadas que puedan efectuarse para un cambio legislativo en el campo que nos ocupa”²⁴. Como fundamento de ella partían de la consideración de que “una interpretación del artículo 15 CE a la luz del libre desarrollo de la personalidad obliga a considerar que la vida impuesta contra la voluntad de su titular no puede merecer en todo caso el calificativo de bien jurídico protegido”. Por ello debe “ser rechazada una ficticia confrontación entre vida y libertad” y por consiguiente consideran que en ningún caso deberán ser punibles los siguientes supuestos:

“1. La conducta del médico que interrumpe o deja de aplicar procedimientos terapéuticos tendentes a retrasar arbitrariamente el momento de la muerte, prolongando artificialmente la agonía respecto de una persona carente de perspectivas de curación o mejoría.

2. La actividad médica que aplica procedimientos analgésicos que pudieran producir el efecto de un acortamiento de la vida en un enfermo con pronóstico terminal.

3. La provocación de la muerte a petición, expresa y seria del afectado para poner fin a una situación de sufrimiento o dolor, grave e irreversible, no soportable ya por el sujeto, que no pueda ser suprimida por medios distintos”

²³ Grupo de Estudios de Política Criminal. *Una alternativa al tratamiento jurídico de la disponibilidad de la propia vida*. Madrid: Grupo de Estudios de Política Criminal, 1992.

²⁴ Casado González M. *Sobre el tratamiento de la eutanasia en el ordenamiento jurídico español y sobre sus posibles modificaciones*. *Derecho y Salud* 1995;3:137-151.

Por tanto, el grupo reclamaba la legalización total de la limitación del esfuerzo terapéutico, la sedación paliativa y la eutanasia. Además, el Grupo solicitaba la aceptación de los Testamentos vitales.

Sin embargo, ninguna de estas propuestas se incluyó explícitamente en el Proyecto de reforma de 1992²⁵ ni llegó finalmente al Código penal aprobado en 1995. En su lugar se optó por reintroducir la regulación de las conductas eutanásicas (sin utilizar en ningún momento este nombre) tipificándolas como punibles, pero con la pena atenuada. El texto en concreto es el apartado 4 del artículo 143 del nuevo Código penal, el todavía hoy vigente.

“El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo.”

La ubicación es significativa, puesto que el artículo 143 regula en su conjunto las formas de participación en el suicidio de otro y, por otra parte, este artículo se encuadra en el Título Primero del Libro segundo del Código Penal. Ese Título, que abarca los artículos 138 a 143, se denomina “Del homicidio y sus formas”. Así pues, para nuestro Código Penal, se trataría de una forma especial de homicidio que implica un modo singular de participación en el suicidio libre y voluntario de otra persona en unas circunstancias determinadas. La persona que realiza este acto no tiene que ser necesariamente, según este artículo, un profesional sanitario. El encuadre exacto del “suicidio médicamente asistido” en el tipo del artículo 143.4 también es complejo, puesto que la conducta tipificada es la de cooperación con actos “necesarios” a la muerte del paciente, y a veces, en el contexto del suicidio asistido, resulta difícil diferenciar estos actos de los que no lo son. En cualquier caso actualmente,

²⁵ Muñagorri Laguía I. *Eutanasia y derecho penal*. Madrid: Ministerio de Justicia e Interior -Centro de Estudios Judiciales, 1994.

salvo error u omisión por nuestra parte, no existe todavía hoy ninguna condena en España amparada en el artículo 143.4 CP, lo que hace difícil saber la interpretación exacta que la jurisprudencia dará a este artículo a la hora de aplicarlo. Aunque, como veremos más adelante, el pronunciamiento del Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en el Decreto de Archivo de las diligencias del caso Inmaculada Echevarría puede ser muy ilustrativo de por dónde pueden ir dichas interpretaciones.

En cualquier caso, quizás todavía más interesante y ambiguo que lo que se dice es lo que no se dice. El uso de los adjetivos “activamente” y “directo” y de la expresión “por la petición expresa, seria e inequívoca de éste” hace que parezca que lo que se tipifica es exclusivamente la llamada “eutanasia activa, directa y voluntaria”, o sea, lo que nosotros llamamos eutanasia sin más. El artículo no hace referencia alguna a la “pasiva” (limitación del esfuerzo terapéutico) ni a la “indirecta” (sedación paliativa), que quedarían como actuaciones no tipificadas y por tanto no punibles.

Pues bien, a lo que vamos a asistir en los diez años siguientes es a la discusión acerca de si esta interpretación es o no la correcta, con la consiguiente sensación de inseguridad jurídica en algunos grupos de profesionales sanitarios, especialmente intensivistas y paliativistas, que desde siempre han hecho limitación del esfuerzo terapéutico y sedación. A mi modo de ver ha sido –todavía es en parte por algunos– un debate falsamente atrapado por las disquisiciones entre activa - pasiva, directa – indirecta, matar – dejar morir, retirar y no iniciar y, especialmente, acción – omisión. Este lenguaje llenó en esta época las reflexiones de juristas, bioeticistas y teólogos morales^{26 27}. No trato de decir que estas disquisiciones no sean útiles o interesantes, yo mismo las utilicé en su mo-

mento²⁹. Lo que sucede es que son laberínticas y al final, si no se es capaz de acotarlas y reconducirlas, bloquean las salidas. Por ejemplo, “retirar” un respirador en un paciente en coma o a petición propia implica la “acción” de apagar el aparato, no es una “omisión”, por tanto es un acto de “eutanasia activa”, no de “eutanasia pasiva”, por tanto un delito tipificado en el 143.4. Y “no iniciar” un procedimiento que se considera inútil para un paciente aunque pudiera mantener sus constantes vitales es una “omisión” que provoca la muerte de forma “indirecta”, lo que es susceptible de producir el delito de “comisión por omisión” tipificado por el artículo 11 del Código Penal. Y así, de manera interminable.

En cualquier caso, desde el punto de vista de una bioética civil recién consolidada en estos años y de una teología moral renovada (Diego Gracia, Javier Gafo, Francesc Abel, Marciano Vidal, Juan Masiá, Francisco Javier Elizari, Eduardo López Azpitarte, José Román Flecha) el mensaje unánime que se va a dar va a ser el de la plena legitimidad ética de la limitación del esfuerzo terapéutico y de la sedación paliativa y la conveniencia de debatir serenamente, en un segundo momento y como cuestión diferente y mucho más problemática moralmente, la eutanasia y el suicidio asistido^{30 31 32 33 34}. La urgente necesidad de desarrollar de manera exhaustiva los cuidados paliativos, por entonces incipientes³⁵, y de regular jurídicamente los Testamentos vitales también va a ser una

²⁶ Zugaldía Espinar JM. *Perspectivas constitucionales y político – criminales sobre la legalización de la eutanasia*. EN: Urraca S, editor. *Eutanasia hoy: un debate abierto*. Madrid: Nóesis, 1996.

²⁷ Romeo Casabona CM. *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

²⁸ De la Mata Barranco I, editora. *Decisiones al final de la vida*. Madrid: Ministerio de Sanidad y Consumo – Consejo General del Poder Judicial, 1998.

²⁹ Simón Lorda P, Couceiro Vidal A. *Decisiones éticas conflictivas en torno al final de la vida. Una introducción general y un marco de análisis*. *Oncología* 1995; 18(1):2-19.

³⁰ Gracia D, editor. *Morir con dignidad: Dilemas éticos en el final de la vida*. Madrid: Fundación de Ciencias de la Salud – Editorial Doce Calles, 1996.

³¹ Gafo J. *La eutanasia. El derecho a una muerte humana*. Madrid: temas de Hoy, 1989.

³² Gafo J, editor. *La eutanasia y el arte de morir. Dilemas éticos de la medicina actual – 4*. Madrid: UPCM, 1990.

³³ López Azpitarte E. *Ética y vida: desafíos actuales*. Madrid: Paulinas, 1990.

³⁴ Vidal M. *Bioética. Estudios de bioética racional*. Madrid: Tecnos, 1989.

³⁵ Centeno Cortés C. *Panorama actual de la medicina paliativa en España*. *Oncología*. 1995;18(4):173-183.

reivindicación permanente de todos ellos, igual que de muchos juristas.

En 1980 la Sagrada Congregación para la Doctrina de la fe de la Iglesia Católica, hizo pública su “Declaración *Iura et Bona* sobre la Eutanasia”. Sus postulados fueron íntegramente incluidos quince años más tarde en la Encíclica *Evangelium Vitae* del Papa Juan Pablo II (1995). Por su parte en 1993, con otro lenguaje, pretendidamente más didáctico, pero a la postre más confuso, publicó la Conferencia Episcopal Española su propio documento titulado “La Eutanasia. 100 cuestiones y respuestas sobre la defensa de la vida humana y la actitud de los católicos”. En Febrero de 1998, la Comisión Permanente de la Conferencia episcopal emitió un comunicado titulado “La eutanasia es inmoral y antisocial” que recogía los puntos esenciales del documento “100 cuestiones”. Era una clara respuesta al clima generado por el suicidio de Ramón Sampredo, acaecido tan sólo un mes antes.

Aunque en todos estos documentos se reiteraba el rechazo de la eutanasia, se condenaba la obstinación terapéutica y se aceptaba la sedación paliativa, algunas expresiones resultaban confusas. Este era el caso, por ejemplo, de la definición de eutanasia, llamativamente diferente en los documentos vaticanos y españoles y, en cualquier caso, trufadas de la ambigua distinción “acción – omisión”.

“Por eutanasia se entiende una acción o una omisión que por su naturaleza, o en la intención, causa la muerte, con el fin de eliminar cualquier dolor” (Declaración *Iura et Bona*, 1980)

“Llamaremos eutanasia a la actuación cuyo objeto es causar muerte a un ser humano para evitarle sufrimientos, bien a petición de éste, bien por considerar que su vida carece de la calidad mínima para que merezca el calificativo de digna. Así considerada, la eutanasia es siempre una forma de homicidio, pues implica que un hombre da muerte a otro, ya mediante un acto positivo, ya mediante la omisión de la atención y cuidado”. (La eutanasia; 100 cuestiones, 1993)

Para terminar señalar que las sucesivas reformas del Código de Deontología médica de la Organización Médica Colegial en esta época abocaron finalmente en 1999 a un texto, el actualmente vigente, en

cuyo artículo 27 se apoyaban los cuidados paliativos y la sedación paliativa, se aceptaba la limitación del esfuerzo terapéutico, se rechazaba la obstinación terapéutica y se condenaban la eutanasia y el suicidio asistido:

“1. El médico tiene el deber de intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible. Y cuando ya no lo sea, permanece su obligación de aplicar las medidas adecuadas para conseguir el bienestar del enfermo, aún cuando de ello pudiera derivarse, a pesar de su correcto uso, un acortamiento de la vida. En tal caso el médico debe informar a la persona más allegada al paciente y, si lo estima apropiado, a éste mismo.

2. El médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas. Ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar el tratamiento para prolongar su vida y a morir con dignidad. Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables.

3. El médico nunca provocará intencionadamente la muerte de ningún paciente, ni siquiera en caso de petición expresa por parte de éste.”

Por su parte, el artículo 9.2 del Código que “el médico ha de respetar el derecho del paciente a rechazar total o parcialmente una prueba diagnóstica o el tratamiento”

Y así llegamos a 2002, año en que se aprobó la “Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía de los pacientes y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica”. Una ley decisiva que marca la entrada del camino que lleva adonde nos encontramos hoy mismo.

5. EL CAMINO ENTRE 2002 Y LA ACTUALIDAD (2008)

La Ley 41/2002 supuso un hito decisivo en la configuración de las nuevas relaciones médico – paciente, pues coloca la idea del consentimiento informado como acto de participación en la toma de deci-

siones, como el eje principal de esa relación. Es cierto que ya algunas Comunidades Autónomas (Cataluña, Galicia) habían avanzado en esa dirección, pero el carácter de “básica” que tiene la ley obviamente la coloca en un plano superior del ordenamiento. La Ley venía además a tratar de subsanar las deficiencias que el artículo 10 de la LGS había mostrado.

Con respeto a la idea de muerte digna las aportaciones importantes de la Ley son básicamente tres. Uno, la propia idea central del consentimiento informado, con la repercusión que ello tiene en el derecho a la verdad y a la participación en la toma de decisiones, por ejemplo, en las de sedación paliativa. Dos, la claridad con que se establece el derecho a rechazar tratamientos o a retirar el consentimiento antes otorgado (Arts. 2.3, 2.4 y 8.5). Tres, la regulación de las decisiones de representación y de los Testamentos vitales (Instrucciones previas) (Art. 11), algo reiteradamente solicitado, como hemos visto en el apartado anterior.

En el año 2004 la polémica sobre la muerte digna en España se reavivó intensamente en España con la película de Alejandro Amenábar, “Mar Adentro” (2004), que relataba de forma bella y sensible la historia de Ramón Sampedro. Recibió el Oscar a la mejor película extranjera aquel año.

Inmediatamente a continuación del éxito de la película, un nuevo caso incrementó el debate en España. A principios de 2005 una denuncia anónima acusaba a los médicos de urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés (Madrid) de practicar sedaciones a los enfermos terminales de forma irregular, y realizar “eutanasias”. El hecho produjo una gran conmoción social. Posteriormente el debate y las decisiones del Consejero de Salud de la Comunidad de Madrid adquirieron fuertes connotaciones políticas que dificultaron una reflexión más serena sobre lo sucedido. Los Sociedades Científicas expresaron su apoyo unánime a la práctica correcta de la sedación paliativa, y a su diferencia con la “eutanasia”³⁶. Tanto el Juzgado de Primera instancia e Instrucción nº7 de

Leganés (Madrid), en su Auto de 20 de junio de 2007 de sobreseimiento de la causa de las sedaciones del Hospital Severo Ochoa, como el Auto 21 de enero de 2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, que resolvía la apelación que se formuló contra el anterior, dejaron establecido que las actuaciones médicas fueron correctas, conformes a derecho. No hubo ni “eutanasia”, ni negligencias, sólo buena práctica clínica. Y es que tal y como dice el primer Auto, no “resulta típica la conducta (de los médicos) por vía de los artículos 143 o 196 CP”.

El año 2006 fue un año especialmente intenso. Primero un nuevo caso, quizás menos conocido y menos comentado se sumó de nuevo al debate: el de Jorge León, un hombre de 53 años que, en el año 2000, a raíz de un accidente doméstico se había quedado tetrapléjico y dependiente de respirador. Desde su blog –conseguía manejar el ordenador gracias a un adaptador labial- llevaba un año pidiendo una “mano amiga” que le ayudara a desconectar su respirador y así “morir dignamente”. El 4 de mayo de 2006 esa “mano amiga” se acercó por fin a Jorge León y le desconectó. Es un caso muy triste, porque Jorge León podía haber logrado que se hiciera tranquilamente, públicamente si se quiere, lo que sólo consiguió en la clandestinidad. En el otoño, pocos días antes de la rueda de prensa de Inmaculada Echevarría, el Comité Consultivo de Bioética de Catalunya hacía público un “Informe sobre la eutanasia y la ayuda al suicidio”³⁷ donde se abogaba abiertamente por una reforma del artículo 143 del Código Penal español y por la despenalización parcial de determinados supuestos. Es un documento de referencia indiscutible. Y finalmente, el 18 de octubre de 2006 Inmaculada Echevarría solicitó a la Dirección del Hospital San Rafael de Granada, donde estaba ingresada, el permiso para dar una rueda de prensa y solicitar públicamente ser sedada y desconectada del respirador, del que era dependiente desde hacía 10 años al estar afectada de una enfermedad muscular degenerativa que paralizaba sus músculos. Ella solicitaba “la eutanasia”.

³⁶ *Declaración conjunta de la Organización Médica Colegial y Sociedades Científicas Españolas sobre los sucesos del Hospital de Leganés. Emergencias. 2005;17:39-40.*

³⁷ *Comité Consultivo de Bioética de Cataluña. Informe sobre la Eutanasia y la ayuda al suicidio. Barcelona: Departament de la Salut – Generalitat de Catalunya, 2006.*

El caso Echevarría, junto con el caso Leganés, marca un antes y un después en el debate sobre la muerte digna en España³⁸. Inmaculada pidió esto cuando era una persona adulta, consciente, capaz, informada y en una situación crónica, irreversible y progresiva, pero no terminal. Esto hizo que mucha gente se preguntara qué tipo de actuación era aquella: eutanasia, suicidio asistido, limitación del esfuerzo terapéutico, rechazo de tratamiento... Si además se tiene en cuenta que Inmaculada solicitaba ser sedada profundamente antes de ser desconectada, se verá que todos los escenarios de la muerte digna se daban cita en el caso.

La Comisión Autónoma de Ética e Investigación que lo analizó concluyó que se trataba de una retirada de consentimiento informado por un rechazo de tratamiento, y que era algo éticamente aceptable y amparado en la Ley 41/2002. El caso fue trasladado entonces al Consejo Consultivo de Andalucía. El Consejo Consultivo de Andalucía es el superior órgano consultivo del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Junta de Andalucía en materia jurídica. Su función es velar por la observancia de la Constitución, el Estatuto de Autonomía y el resto del ordenamiento jurídico. Sus dictámenes no tienen carácter normativo ni jurisprudencial, pero sí un enorme peso jurídico-doctrinal. Por ello facilitan al Gobierno y las Administración Autónoma poder tomar decisiones con una gran seguridad jurídica.

La Comisión Permanente del Consejo Consultivo emitió su dictamen el 28 de febrero de 2007 y fue favorable pero no unánime; tuvo un voto discrepante³⁹. El Consejo llegaba finalmente a las siguientes conclusiones:

“1. La solicitud de limitación del esfuerzo terapéutico y negativa al tratamiento con ventilación mecánica de Doña I.E.R. es adecuada a Derecho.

2. La actuación de los profesionales sanitarios que procedan a la desconexión del aparato de ventilación mecánica, (...) no puede considerarse punible”.

Esto último quería decir que, en opinión del Consejo no era posible “incardinar la conducta del profesional sanitario que atienda la petición en ninguna de las infracciones penales contempladas en el artículo 143 del Código Penal”.

El 14 de marzo de 2007 Inmaculada, tras haberse despedido largamente del equipo sanitario que la atendía y de sus amigos, fue adecuadamente sedada y desconectada del respirador. En los días siguientes el partido ultraderechista Alternativa Española denunció ante la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, a la Consejera de Salud, a los médicos que asistieron a Inmaculada Echevarría y al Consejo consultivo.

El Fiscal del Tribunal, D. Luis Salcedo Faura, decidió el archivo de la denuncia el 26 de septiembre de 2007. En el Decreto de archivo realizó un análisis magistral y pormenorizado de varias cuestiones relevantes. Primero qué tipo de actuaciones están contenidas en el tipo delictivo definido por el artículo 143.4 CP. Su conclusión es que solo “la cooperación *activa* y los actos necesarios y *directos*” están tipificados y que, “a sensu contrario, la cooperación *pasiva* o con actos *indirectos* es una conducta no contemplada por la norma penal”. Por ello, dice, “la omisión es atípica, como por otro lado reconoce la doctrina penal española”. Esto último es verdad, porque a partir del año 2000 la idea de que la limitación del esfuerzo terapéutico (eutanasia pasiva) era una conducta no tipificada por el 143.4 CP va a ser prácticamente unánime⁴⁰.

El segundo punto que analizó el fiscal fue si las actuaciones realizadas en el caso de Inmaculada encajaban en algún supuesto del Código penal, especialmente del 143.4 CP.

³⁸ Simón Lorda P, Barrio Cantalejo IM. *El caso de Inmaculada Echevarría: implicaciones éticas y jurídicas*. *Med Intensiva*. 2008;32(9):444-51.

³⁹ Comisión Permanente. *Consejo Consultivo de Andalucía. Dictamen 90/2007*. Granada, 28 de febrero de 2007.

⁴⁰ Tomas-Valiente Lanuza C. *La regulación de la eutanasia voluntaria en el ordenamiento jurídico español y en el derecho comparado*. *Humanitas*. 2003;1(1):33-46.

“La cuestión se centra, entonces, en si la retirada del tratamiento de ventilación asistida supone un acto de causación o cooperación activa mediante actos directos, elemento nuclear de la acción típica o, por el contrario, es una causación o cooperación *pasiva* mediante un acto *indirecto* en el resultado letal que se produce”.

Y el resultado de su análisis es el siguiente:

“Que la consecuencia sea el fallecimiento forma parte de la *necesidad* que contempla el tipo penal, pero no incide en la naturaleza de la conducta, que es, en todo caso, pasiva –retirada del tratamiento- y sus actos, indirectos, porque no hay una acción que tienda directamente a producir el resultado –como mantienen los que piensan que, una vez adoptado el soporte vital, su retirada es un acto que directamente causa la muerte- sino al cese del mantenimiento de la vida de forma artificial, *dejando que el curso natural de la enfermedad produzca el resultado letal*, de manera que es la enfermedad directamente, y no la acción de retirar el tratamiento, la que provoca la muerte. -de nuevo el ejemplo del caso de Don Ramón Sampedro puede ser ilustrativo sobre estos extremos-. Por esta razón no es atendible la posición que mantiene quien afirma que el acto es positivo porque una vez prolongada la vida mediante el soporte vital, su retirada causa directamente la muerte, además de que no se acaba de entender porqué la omisión de un tratamiento vital a petición del paciente –un enfermo que no presta su consentimiento a una vital operación quirúrgica, p.e.- es una conducta no sancionable -dada su naturaleza claramente omisiva-, mientras que la retirada posterior de un tratamiento -derivado de esa operación, p.e.- a petición del paciente debe considerarse punible.

La conducta, por tanto, es atípica.

Así quedaba cerrado, no sólo un caso, sino una larga disputa jurídica que ha hecho sufrir a muchos profesionales sanitarios, familiares y pacientes.

Y ya hemos llegado a 2008. En este año, la Junta de Andalucía, vista su propia experiencia en el caso de Inmaculada Echevarría, y el sufrimiento producido a profesionales y ciudadanos en el caso de las sedaciones de Leganés, ha decidido tratar de aumentar la

seguridad jurídica de aquellos componentes de la idea de muerte digna sobre los que existe consenso ético y jurídico y sobre los que puede legislar. Para ello ha iniciado la tramitación de una “Ley Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte”, que además trata de servir de desarrollo del artículo 20 del Estatuto de Autonomía para Andalucía.

Los contenidos de la Ley serán básicamente el derecho a los cuidados paliativos, al consentimiento informado, a la sedación paliativa, al rechazo de tratamiento y a la limitación del esfuerzo terapéutico y evitación de la obstinación terapéutica. Además mejorará la legislación andaluza previa sobre voluntades anticipadas. Fuera se quedan la eutanasia y el suicidio asistido, que son materia regulada por el Código penal que sólo puede ser modificado en el Parlamento español, repensándolo a la luz de los preceptos constitucionales. Pero eso es algo que en algún momento la sociedad española tendrá que plantearse.

CONCLUSIÓN: MORIR preta EN ESPAÑA.

En todo este tiempo, los juristas, los bioeticistas, los médicos, los teólogos, los profesionales sanitarios, los ciudadanos, todos, hemos hecho, poco a poco un largo camino. Ahora sabemos que no nos da tiempo a aprender a morir. No se puede repetir si sale mal. Sólo tenemos una oportunidad, única. Por eso conviene prepararse para ello, nosotros y nuestros seres queridos, también los profesionales que nos acompañen. Para eso hay que pensar en ello, hablar de ello. Nos cuesta, nos da miedo o pudor, pero hacerlo no es ser morboso o masoquista. Es más bien hacerse más consciente de lo limitado de nuestra historia, comprender que el libro de nuestra biografía tuvo una primera página, y también tiene que tener una última.

Todos queremos morir bien, con calidad y calidez humana. Dignamente, como el acto final de una vida que ha aspirado a ser también digna. Pero lo que signifique esto ha ido cambiando a lo largo de la historia. Morir en combate, defendiendo la patria, el rey, la religión o la ley pudo ser el ideal de muerte digna hace siglos. Morir asumiendo el dolor como imagen del Cristo sufriente lo fue hace no tanto. Pero en nuestra sociedad rica y moderna, asediada por la am-

bivalencia de la tecnología médica, morir dignamente tiene hoy otros matices. Hoy sabemos que significa morir con el mínimo sufrimiento físico, psíquico o espiritual. Morir sin dolor. Morir acompañado de los seres queridos. Morir bien informado si se desea y no en la mentira falsamente compasiva. Morir pudiendo rechazar los tratamientos que uno no quiere, haciéndolo uno mismo si se está consciente, o a través de un documento escrito antes, llamado Testamento Vital, si ya se está inconsciente. Morir en la intimidad personal y familiar. Morir sin que el profesional sanitario, con buena intención pero errado, se obstine en mantener los tratamientos que ya no son útiles y sólo alargan el sufrimiento del fin. Morir en casa si se puede. Morir dormido, sedado, si uno lo solicita y aunque ello pueda acortar su vida. Morir despierto si

así se prefiere. Morir bien cuidado. Morir de acuerdo a las propias creencias. Morir a tiempo. Morir en paz.

El debate sobre la muerte digna en España nos ha enseñado que nada hay de malo ni ética ni jurídicamente en lo anterior. En realidad, como hemos visto en este trabajo, ya muchos llevaban mucho tiempo diciéndolo, aunque pocos los escucharan. Quizás había demasiado ruido de fondo o en el interior de cada uno. Quizás necesitábamos tiempo. Ahora ya sólo nos queda dilucidar si queremos dar un paso más: la posibilidad de permitir a algunas personas sufrientes que libre y voluntariamente lo pidan, que alguien las ayude a morir. Pero eso requiere, otra vez, tiempo y una rara mezcla de valentía y prudencia.

DE LA INTEGRACIÓN A LA SEPARACIÓN DE FUNCIONES DEL SISTEMA SANITARIO: OBJETIVOS, MODALIDADES Y BALANCE.

Francisco José Villar Rojas
Catedrático de Derecho Administrativo

SUMARIO: 1.- La apuesta por la integración de funciones: la Ley General de Sanidad. 1.1 Antes de la Ley General de Sanidad (de 1982 a 1986). 1.2 De la Ley General de Sanidad (1986) al Informe Abril (1991). A) Las decisiones de la Ley General de Sanidad sobre la organización sanitaria pública. B) La respuesta autonómica: los Servicios Regionales de Salud. 2.- Los primeros pasos hacia la separación de funciones. 2.1 La Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña (1990). 2.2 El impacto del Informe Abril (1991). A) Las propuestas esenciales del Informe Abril. B) La generalización del Sistema Sanitario autonómico. C) La huida al Derecho Privado de algunos servicios autonómicos de salud. 3.- La implantación de la separación de funciones (1994 en adelante). 3.1 La generalización de la separación de funciones y modos de implantación. 3.2 Autoridad-regulación versus compra-provisión. 3.3 Regulación-financiación, compra y provisión. 3.4 Del “mercado interno” a la clarificación de responsabilidades orgánicas. 4.- La causa de la reforma: controlar el crecimiento del gasto sanitario. 5.- Balance: un cambio organizativo sustancial, pero de impacto limitado.

1.- La apuesta por la integración de funciones: la Ley General de Sanidad.

1.1 Antes de la Ley General de Sanidad (de 1982 a 1986).

Con anterioridad a la aprobación de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986), unas pocas Comunidades Autónomas, aun sin traspaso de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, tomaron la decisión de organizar sus medios materiales y personales para la

prestación efectiva de las competencias en materia sanitaria que ya tenían. Este fue el caso del Instituto Catalán de la Salud (Ley 12/1983), del Servicio Vasco de Salud (Ley 10/1983), del Servicio Regional de Salud de Madrid (Ley 9/1984), y del Servicio Regional de Salud de Navarra (Decreto 43/1984, con cobertura posterior de la Ley 8/1986); y, poco antes de la aprobación de la vigente ley sanitaria, el Servicio Andaluz de Salud (Ley 8/1986).

En todos los supuestos, el modelo seguido fue el del Instituto Nacional de la Salud, entidad gestora de

^{* 1} *La Revista Derecho y Salud cumple ahora quince años de existencia (1993-2008). En este tiempo sus páginas han dado cuenta de la evolución, de los cambios y de las controversias que han rodeado al Derecho Sanitario español. La mayor parte de esos temas y conflictos eran anteriores –los derechos, la responsabilidad, el reparto competencial, las profesiones sanitarias...– No obstante, unos pocos tienen la casi la misma vida que la propia Revista. Se puede decir que pertenecen a la misma generación. Este es el caso de la separación de funciones como principio de organización de los sistemas sanitarios autonómicos, un principio que se ha consolidado en estos años. Este paralelismo es el motivo por el que se ha elegido este tema para este número conmemorativo.*

la Seguridad Social, creado en 1979 (R.D. 1855/1979), de naturaleza jurídica equivalente a un organismo autónomo administrativo (zanjó las dudas la disposición adicional 6ª LOFAGE, 1997). Tan es así que la ley de creación del Instituto Catalán de la Salud afirmará que tiene naturaleza de “Entidad Gestora de la Seguridad Social” (artículo 2.2 de la Ley 12/1983).

El traspaso sucesivo de los medios materiales y personales relacionados con la sanidad pública: primero, higiene y salud pública, luego, centros sanitarios dependientes de la Administración Institucional de la Sanidad Nacional, para concluir con la asistencia sanitaria en materia de Seguridad Social, se encuentra en el origen de estas iniciativas. Las fechas de estas últimas transferencias son elocuentes. Cataluña recibió esa transferencia mediante el R.D. 1517/1981. Sin embargo, el traspaso a Andalucía se produjo con el R.D. 400/1984, cuando aún no había creado su servicio regional. Ya vigente la Ley General de Sanidad se produjo el traspaso al País Vasco (R.D. 1536/1987) y a Valencia (R.D. 1612/1987). Navarra hubo de esperar hasta el final de la década (R.D. 1680/1990); en paralelo con el traspaso a Galicia (R.D. 1679/1990). En gran medida, la explicación de esas iniciativas organizativas se encuentra en otros motivos, el principal, gestionar los centros de la Administración Institucional de la Sanidad Nacional (AISNA) y, en algún caso, además, asumir la titularidad de establecimientos sanitarios provinciales; el caso paradigmático es el Servicio Regional de Salud de Madrid².

En suma, en todos los casos, las Comunidades Autónomas optan por reproducir el modelo organizativo estatal, creando entidades públicas dotadas de personalidad jurídica y cierta autonomía de gestión, en línea con el Instituto Nacional de la Salud.

² Sobre la normativa sanitaria en estos años y su evolución, por todos, J. Pemán Gavín, *Derecho a la salud y Administración sanitaria, Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1989, págs. 143 a 186.*

1.2 De la Ley General de Sanidad (1986) al Informe Abril (1991).

A) Decisiones de la Ley General de Sanidad sobre la organización sanitaria pública.

El principio de integración es el fundamento organizativo de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986). Tres son los ámbitos sobre los que se proyecta:

-Integración de todas las funciones sanitarias mediante la articulación de la salud pública (promoción, prevención y protección) con la asistencia sanitaria (acciones curativas, incluyendo rehabilitación) -artículos 18 y 19-. Como es sabido, de modo expreso se habla del “concepto integrado de atención a la salud” -artículo 51.2-.

-Integración de medios y recursos públicos en un dispositivo único, de modo que se unifiquen todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos, cualquiera que sea su titular, especialmente los locales, en una red única - artículo 50-.

-Integración organizativa con la creación del Sistema Nacional de Salud -artículo 45-, formado por los Servicios de Salud que se creen en cada Comunidad Autónoma -artículo 50.1-; servicios regionales cuya pieza básica es el Área de Salud, ámbito territorial y funcional de realización de todas las prestaciones sanitarias -artículo 56-.

Estas decisiones se declaran básicas. La exposición de motivos de la Ley es elocuente:

“La integración efectiva de los servicios sanitarios es básica, no solo porque sea un principio de reforma en cuya aplicación está en juego la efectividad del derecho a la salud (sic) que la Constitución reconoce a los ciudadanos, sino también porque es deseable asegurar una igualdad de las condiciones de vida, imponer la coordinación de las actuaciones públicas, mantener el funcionamiento de los servicios públicos sobre mínimos uniformes y, en fin, lograr la efectiva planificación sanitaria que mejore tanto

lo servicios como sus prestaciones” (apartado III de la exposición de motivos).

En suma, la integración de funciones, recursos y organización es una decisión esencial, adoptada con el fin de asegurar la igualdad de los ciudadanos en el acceso a los servicios sanitarios –legislación básica a los efectos del artículo 149.1.18 de la Constitución–.

Cuatro años más tarde, la Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña (Ley 15/1990) insistirá en este planteamiento, incluso con mayor convicción. En su preámbulo se dirá lo que sigue:

“Se crea un ente público, el Servicio Catalán de la Salud, configurado por todos los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos y de cobertura pública de Cataluña, al cual corresponden, además de las funciones de ordenación, planificación, programación y evaluación sanitarias, sociosanitarias y de salud pública, así como la distribución de los recursos económicos afectos a su financiación, que se ejercerán de acuerdo con las directrices y prioridades previstas en el Plan de Salud de Cataluña y los criterios generales de la planificación sanitaria que determine el Departamento de Sanidad y Seguridad Social. Se pretende así superar determinadas deficiencias de la organización sanitaria, como es la desvinculación entre las actuaciones de ordenación y planificación y las de gestión de los servicios sanitarios, atribuidas en todas partes a órganos diferenciados, asignándolas a un organismo único que las desarrolle bajo una dirección única, con el objetivo de alcanzar una adecuada coordinación en las materias antedichas, del todo aconsejable, por otro lado, teniendo en cuenta su estrecha interrelación”.

La integración de todas las funciones, tareas y servicios en un dispositivo único aparece como la medida necesaria para poder superar las deficiencias de la organización sanitaria pública tradicional.

En suma, la Ley General de Sanidad apuesta por la integración de funciones y por la creación de un organismo público autónomo, que asuma esas funciones e integre todos los recursos y establecimientos. La combinación de esas decisiones da lugar a lo que

se denomina Sistema Nacional de Salud. Y es que el reparto constitucional de competencias impedía establecer un servicio público nacional de sanidad de modo que se diseñan tantos servicios públicos como Comunidades Autónomas que se “integran” en un Sistema, que no Servicio, Nacional de Salud³.

El otro gran principio que sustenta la Ley General de Sanidad es la planificación territorial de los servicios y de los recursos.

El uso eficiente de los recursos y la garantía de igualdad de los ciudadanos en el acceso a los servicios sanitarios condicionan la organización de este servicio público. Pues bien, si los recursos forman un todo, no existirá ni duplicación ni despilfarro, tan solo lo necesario para atender las necesidades de cada uno. Tantas camas por tantos habitantes, tantos beneficiarios por médico o centro de salud. La igualdad impone, además, una ordenación uniforme que asegure el mismo trato y calidad de prestación con independencia de la capacidad económica y de las diferencias territoriales o sociales. La consecuencia de este entendimiento es la planificación poblacional y territorial de los recursos.

La Ley asume ese planteamiento: la unidad básica de los servicios regionales de salud son las áreas de salud con su hospital de referencia (artículos 56 y 65 de la Ley General de Sanidad). Estas áreas que se dividen en zonas básicas de salud con su centro de atención primaria (artículo 62 de la Ley General de Sanidad). Los servicios, centros y profesionales se ordenan en función de parámetros poblacionales localizados: las áreas de salud dan cobertura a un mínimo de pacientes. Igual ocurre con las zonas básicas de salud: los servicios y profesionales se establecen según el mismo parámetro. En suma, tantas camas hospitalarias por población atendida. A su vez, la colaboración privada se presenta como subsidiaria, con preferencia de medios públicos y, en su caso, prioridad de los centros sin ánimo de lucro (los conciertos sanitarios del artículo 90 de la Ley General de Sanidad) y, cuando es complementaria, el régimen de

³ Sobre el significado y alcance del “sistema sanitario”, la explicación de E.M. Álvarez González, *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Comares, Granada, 2007, 360 págs., en particular, 159 a 188.

funcionamiento es análogo al de los centros públicos (los convenios singulares del artículo 67 de la Ley General de Sanidad).

El tercer pilar del modelo diseñado por la Ley General de Sanidad es la gestión directa, descentralizada, mediante establecimientos públicos sin personalidad jurídica, sometidos a normas administrativas -hospitales, ambulatorios y centros de salud-. La colaboración privada es subsidiaria, cuando menos, en la regulación.

Los principios de integración y de planificación no imponían, inevitablemente, una organización con medios materiales y personales propios de la Administración Sanitaria. No obstante, como se ha explicado en otro lugar, el rechazo tradicional a “hacer negocio con la salud” (desde la Ley de Bases de Seguridad Social de 1963), junto con el “éxito” del sistema de Seguridad Social en los años sesenta y setenta (construcción de una red de residencias sanitarias en lugar de concertación con clínicas y profesionales privados), explican, entre otras, la opción por la gestión directa tradicional, la condición básicamente subsidiaria de la colaboración privada y la falta de atención hacia otras modalidades de gestión ⁴.

B) La respuesta autonómica: los Servicios Regionales de Salud.

En los años siguientes, las Comunidades Autónomas dan cumplimiento a la formulación de la Ley General de Sanidad mediante la constitución de Servicios Regionales de Salud como organismos autó-

⁴ Lo expuesto es un mero apunte. La Ley General de Sanidad ha sido objeto de excelentes trabajos a los que es inevitable remitirse para una mayor profundización. En este sentido, E. Cobreros Mendazona, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud (estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español)*, IVAP, Oñati, 1988, 320 págs; J. Pemán Gavín, *Derecho a la Salud y Administración Sanitaria*, ob. cit. 257 págs., más reciente, *Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Comares, Granada, 2005, 395 págs.; M. Beato Espejo, “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad”, *Revista de Administración Pública*, 119 y 120, 1989, págs. 379 a 418, 381 a 400; S. Muñoz Machado, *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995; y M. Rebollo Puig, “Sanidad”, en S. Muñoz Machado, J.L. García Delgado, L. González Seara (dir), *Las estructuras del Bienestar*, Escuela Libre y Civitas, Madrid, 1997, págs. 217 a 294;

nomos de carácter administrativo, dotados de personalidad y autonomía de gestión, en línea con la previsión legal y con el precedente y paralelo Instituto Nacional de la Salud. A los ya mencionados se suman el Servicio Valenciano de Salud (Ley 8/1987), el Servicio Gallego de Salud (Ley 2/1989), el Servicio Aragonés de Salud (Ley 2/1989, actual Decreto-Legislativo 2/2004), el Servicio Regional de Salud de Murcia (Ley 2/1990), el propio Servicio Catalán de la Salud (Ley 15/1990) y el Servicio Riojano de Salud (Ley 4/1991).

Es cierto que la Ley General de Sanidad no imponía ninguna forma organizativa. El artículo 50.1 de la misma se limita a decir lo siguiente:

“En cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos ... que estará gestionado como se establece en los artículos siguientes, bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma”.

No se impuso ninguna modalidad de organización porque esta decisión entra dentro de las potestades autonómicas –principio de autoorganización-. Sin embargo, no es menos cierto, que el proyecto de ley elaborado por el Gobierno sí que se pronunciaba, recogiendo el debate organizativo del momento ⁵. El mismo artículo en fase de proyecto precisaba:

“En cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud dotado de personalidad jurídica...” (BOCG, IIª, A, 23 de abril de 1985, 145-I).

Es claro que la idea del Gobierno era generalizar el modelo INSALUD y, pese a su desaparición de la Ley, es el camino que en estos años toman las Comunidades Autónomas al crear sus respectivos Servicios de Salud. No está de más recordar que sólo la Comunidad Valenciana adoptó una forma organizativa no personificada (artículo 46 de la Ley 6/1993 ⁶); y,

⁵ Sobre el proyecto de ley, el trabajo colectivo: *El proyecto de Ley General de Sanidad*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1985, pássim.

⁶ Siguió el modelo de los “servicios administrativos sin personalidad” de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, entonces aún vigente (artículos 1.2.B y 84 a 90 de esa Ley)..

además, que lo hizo de modo provisional (hasta la Ley 12/1994).

La estructura de todos esos Servicios autonómicos se ajusta a las previsiones de la Ley estatal:

-El Servicio Autónomo se configura como organismo autónomo administrativo, dotado, por tanto, de personalidad y patrimonio propios y autonomía de gestión, en un entorno jurídico-público, vinculado con una Consejería o Departamento autonómico de Sanidad.

-A su vez, la estructura territorial se adecua a las áreas de salud, con funciones de autoridad sanitaria y asistencial, cada una de ellas con un hospital vinculado, y, a su vez, dividida en zonas básicas de salud, en las que se crean centros de salud, que son la puerta de acceso al sistema sanitario. Y esto, pese a que, formalmente, la organización de las áreas de salud es regulación supletoria, no básica, que las Comunidades Autónomas podían modificar en su integridad (artículo 2.1 de la Ley General de Sanidad y SS.TC. 32 y 42/1983). La realidad es que los cambios son nominales: regiones sanitarias en lugar de áreas de salud; ámbitos intermedios entre las áreas y las zonas de salud -sectores, comarcas y distritos de salud-, creación de zonas básicas especializadas; poco más.

-Asimismo, tanto los hospitales como los centros de salud, como otros establecimientos sanitarios -ambulatorios y consultorios- responden al modelo de establecimiento público sin personalidad, aun con cierto grado de autonomía. Las referencias normativas siguen siendo el R.D. 521/1987, sobre hospitales, y el R.D. 137/1984, para los centros de salud.

-La colaboración privada depende de la realidad previa de cada Comunidad Autónoma: relevante en Cataluña, de escaso peso en Andalucía o el País Vasco.

Este es el esquema básico de cualquiera de las leyes mencionadas.

2.- Los primeros pasos hacia la separación de funciones.

2.1 La Ley de Ordenación Sanitaria de Cataluña (1990).

Al final de la década, la propuesta reforma sanitaria catalana apuntó ya un cambio de esta organización. El artículo 7.2 de la Ley 15/1990, de Ordenación Sanitaria de Cataluña abre las puertas a cambios en la forma de gestión. Se separa de este modo, siquiera normativamente, del modelo uniforme extendido con la Ley General de Sanidad. El citado precepto decía así:

“Para el ejercicio de las funciones a que se refieren los epígrafes c), d) y e), del apartado anterior, el Servicio Catalán de la Salud podrá:

Primero. Desarrollar las referidas funciones directamente, mediante los órganos u organismos que sean competentes o puedan crearse a dicho efecto, si procede.

Segundo. Establecer acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas.

Tercero. Formar consorcios de naturaleza pública con entidades públicas o privadas sin ánimo de lucro, con intereses comunes o concurrentes, que podrán dotarse de organismos instrumentales, si procede.

Cuarto. Crear o participar en cualesquiera entidades admitidas en derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios o actuaciones”.

Con esta previsión, la posibilidad de emplear otros modos de gestión, directa o indirecta, resultaba expresa. Es cierto que, en una interpretación literal y sistemática, la Ley General de Sanidad no impedía –ni impide– el uso de formas de gestión directa personificadas como las que aquí se apuntan (“cualquiera entidad admitida en Derecho”), con la excepción de las formas de gestión indirecta (reducidas a convenios y conciertos). No lo es menos, sin embargo, que una lectura finalista de esa misma Ley sí parecía conducir a una determinada forma de gestión, como ejemplifican las primeras leyes autonómicas. Esta

Ley autonómica deja aclarada la cuestión: son utilizables otras modalidades de gestión de los centros, servicios y establecimientos sanitarios.

En los años sucesivos, esta fórmula se recoge en la legislación sanitaria de Asturias (artículo 4.3 de la Ley 1/1992), Baleares (artículo 7.2 de la Ley 4/1992), Castilla-León (artículo 7.3 de la Ley 1/1993), Murcia (artículo 5 de la Ley 4/1994), y Canarias (artículo 51.2 de la Ley 11/1994).

2.2 El impacto del Informe Abril (1991).

A) Las propuestas esenciales del Informe Abril (1991).

Como es sabido, en 1991, se publicó el denominado "Informe Abril", una suerte de libro blanco sobre la sanidad española, elaborado por la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud (julio 1991). Del mismo interesa recordar las dos principales propuestas –al menos, desde la óptica de la organización–, que formula:

-La primera, la separación de funciones en orden a la creación de un mercado interno de la sanidad, diferenciando:

a) La regulación, la planificación y la asignación de recursos, que se encomendarían a la autoridad sanitaria (Gobierno Autonómico y Consejería).

b) La compra de servicios para la población "afiliada", que se encargaría a las Áreas de Salud, cuya misión consistiría en conseguir la mejora calidad en los servicios con los recursos disponibles.

c) La provisión de servicios, que correspondería a los centros asistenciales públicos y privados a través de fórmulas jurídicas diversas (contratos-programa, convenios, conciertos...).

Con esta distinción, entre otros objetivos, se persigue aclarar las respectivas responsabilidades y generar un cierto estímulo competitivo entre los prestadores⁷.

⁷ La separación de funciones de la que se habla nada tiene que ver con la separación de actividades que traen consigo las leyes liberalizadoras de servicios públicos, que, en aras a la creación

-La segunda, la utilización del derecho privado en lugar del derecho administrativo, para la organización y funcionamiento de los centros y establecimientos sanitarios en orden a dotarles de autonomía de gestión.

En este caso, la propuesta fundamental es convertir los centros hospitalarios en sociedades estatales; en concreto, en entidades de derecho público con personalidad jurídica que someten su actividad al derecho privado (artículo 6.1.b de la Ley General Presupuestaria, de 1977, hoy derogada, reemplazado por las entidades públicas empresariales, artículo 43.1.b de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 1997)⁸.

La traducción normativa expresa de estas propuestas tardará algunos años, salvo en aspectos parciales y algunas iniciativas autonómicas en cuanto a creación de empresas públicas para la gestión de determinadas prestaciones⁹. Ese impacto en la legislación se produce con el R.D.-Ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD, cuya exposición de motivos resulta diáfana:

"La necesidad de fórmulas organizativas más flexibles, imprescindibles para hacer frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos que las Administraciones sanitarias tienen planteados, hace preciso establecer un principio de mayor amplitud en las

de un mercado real, imponen no sólo la desaparición del monopolio público, sino también la separación de las actividades económicas diferenciadas –normalmente, producción, transporte, distribución y suministro al consumidor–, sea mediante separación contable, jurídica o patrimonial, entre las empresas que desarrollan esas tareas. Sobre este asunto, una primera aproximación, F.J. Villar Rojas, "El principio de separación entre el regulador y los gestores como garantía de la libre competencia", Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red, 9, 2000, págs. 141 a 153, y la bibliografía que se cita.

⁸ La defensa de esta propuesta en: J. Barea Tejeiro. y A. Gómez Ciria, *El problema de la eficiencia del sector público en España (especial consideración de la sanidad)*, Instituto de Estudios Económicos, Madrid, págs. 171 a 246, en especial, págs. 232 a 246.

⁹ Se dio cuenta de esos antecedentes en F.J. Villar Rojas, "La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud", *Revista de Derecho y Salud*, 2/2, 1994, págs. 98 a 106.

formas jurídicas más adecuadas que promuevan el sentido de la responsabilidad en el marco de una organización tan compleja como la sanitaria y que contribuya a hacer efectiva la separación progresiva entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión”.

En consecuencia, según esta explicación, los problemas de la sanidad pública (“eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos”) pasan por la utilización de formas de gestión más flexibles (nuevas formas de gestión) y por la separación de las funciones que habían sido integradas por el legislador sanitario en 1986, mediante su atribución a órganos y establecimientos públicos diferentes ¹⁰.

La posterior Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, ratificará la apertura a nuevas formas de gestión, tanto directas como indirectas ¹¹.

El mismo entendimiento se recoge en el Informe sobre la sanidad española, elaborado por la Subcomisión del Congreso de los Diputados para “Avanzar en la consolidación del Sistema Nacional de Salud mediante el estudio de las medidas necesarias para garantizar un marco financiero estable y modernizar el sistema sanitario manteniendo los principios de universalidad y equidad en el acceso” (diciembre de 1997). Este documento insistirá en estas ideas. En materia de organización y gestión, recomienda proseguir los esfuerzos para separar las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios, así como configurar los centros asistenciales como organizaciones autónomas con facultades de decisión efectivas y responsables, y facilitar la extensión de nuevas formas de gestión.

A modo de conclusión anticipada, la influencia de estas ideas en la organización sanitaria pública es

¹⁰ Sobre ese decreto-ley, el comentario de J. Pemán Gavín, “Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios”, en obra colectiva: *Reforma y liberalización económica (Los Decretos-Leyes de 1996)*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 293 a 330.

¹¹ Sobre ella, F.J. Villar Rojas, “La ley de habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud: ¿hacia la desregulación de la sanidad pública?”, *Revista Derecho y Salud*, 6/2, 1998, págs. 74 a 91.

patente en los años siguientes. Ahora bien, en ningún caso se llega a una implantación radical de estas propuestas. La separación de funciones exigiría una separación real de los sujetos involucrados, no una meramente orgánica como la que se articula. El ejemplo de lo que se dice fue el R.D. 1893/1996, que aprobó el Reglamento orgánico del Ministerio de Sanidad, afirmando que implantaba la separación de funciones: dirección y planificación por el Ministerio, mientras provisión y concertación a cargo del INSALUD, sin ningún otro cambio. Se volverá sobre esto más adelante.

B) La generalización del Sistema Sanitario autonómico.

El primer cambio conceptual en la organización sanitaria de las Comunidades Autónomas fue la incorporación del concepto de “sistema sanitario” a la legislación territorial.

La Ley catalana dirá: “La presente Ley tiene por objeto la ordenación del sistema sanitario de Cataluña”. El Servicio Catalán de la Salud se encargará de su organización y ordenación (artículos 1 y 3 de la Ley 15/1990). Este planteamiento se recoge en la legislación sanitaria de Navarra (artículo 12 de la Ley 10/1990), Castilla-León (artículo 1.3 y 7 de la Ley 1/1993), Canarias (artículos 2 y 3 de la Ley 11/1994), País Vasco (artículo 5 de la Ley 8/1997), Andalucía (artículo 3 de la Ley 2/1998), Castilla-La Mancha (artículo 18 de la Ley 8/2000), Extremadura (artículo 4 de la Ley 10/2001), Madrid (artículo 1 y 3 de la Ley 12/2001), Aragón (artículo 23 de la Ley 6/2002), Cantabria (artículo 5 de la Ley 7/2002), La Rioja (artículo 32 de la Ley 2/2002), Valencia (artículo 6 de la Ley 3/2003), Baleares (artículo 25 de la Ley 5/2003) y Galicia (artículo 4 de la Ley 7/2003).

Lo que sea el “sistema sanitario autonómico” lo ejemplifica la legislación canaria:

“El Sistema Canario de la Salud es el conjunto de las actividades, de los servicios y de las prestaciones desarrolladas por organizaciones y personas públicas o privadas en el territorio de Canarias, que funciona de manera cooperativa y ordenada, conforme al Plan de Salud de Canarias, para promover y proteger la salud, prevenir

la enfermedad y asegurar la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la Salud” (artículo 2 de la Ley 11/1994).

Esta definición que, con algunos matices, se repite en aquellas leyes autonómicas, recuerda la delimitación del Sistema Nacional de Salud:

“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” (artículo 45 de la Ley General de Sanidad).

Parece claro que con la idea de sistema sanitario se pretende unificar o integrar el conjunto de tareas que son responsabilidad de los poderes públicos en el ámbito sanitario, desde la policía sanitaria –control de establecimientos y profesionales, salud colectiva– hasta el fomento sanitario –promoción de conductas saludables–, pasando por el servicio público sanitario –prestaciones sanitarias debidas a los ciudadanos–; y, además, se pretende vincular a los sujetos privados que actúen en este ámbito, sin llegar a publicar formalmente todo lo “sanitario” (artículo 128.2 de la Constitución). Se toma el concepto “sistema” de la Ley General de Sanidad por más que, como se apuntó, su aparición en esa norma es debido al reparto constitucional de competencias en materia sanitaria que impide hablar de un servicio público nacional de sanidad. Es patente, por otra parte, que, frente a la creación de organismos autonómicos de salud, con estas normas, las Comunidades Autónomas pretenden una ordenación general de sus competencias en materia sanitaria, no sólo la constitución de un Servicio regional de Salud¹².

¹² La doctrina ha definido sistema como: “un conjunto de elementos relacionados e interdependientes, conjunto o totalidad que no es una simple suma o adición de aquellos elementos o partes que lo componen, sino que es algo más, esto es, que posee unas propiedades que son distintas de las que tienen cada uno de esos elementos por separado”. Lo relevante es que todo sistema tiene sus propios principios generales que aseguran esa totalidad o integridad, más allá de las partes que lo componen. La cita y la explicación en: F. González Navarro, Prólogo del libro de M^a.V. De Dios Vieitez, Código de Derecho Farmacéutico, Civitas, Madrid, 1991, págs. 20 a 22.

La extensión del concepto “sistema sanitario autonómico cumple un papel clave en el camino hacia la separación de funciones. En efecto, mientras la Ley catalana o canaria de Ordenación Sanitaria encomiendan a su respectivo Servicio Autonómico de Salud el ejercicio de todas las funciones públicas inherentes al Sistema, sin perjuicio de la dirección del Gobierno y Consejería competente, la distinción conceptual entre sistema-servicio permitirá que algunas leyes reduzcan las tareas del servicio autonómico de salud, llevándolo hacia la gestión y prestación, trasladando funciones de regulación, planificación, financiación y evaluación, hacia otros organismos públicos –binomio Gobierno, Consejería Sanidad–, dentro siempre del sistema, sin modificar, por ello, la idea de globalidad e integración de la actividad pública sanitaria que sustenta la Ley General de Sanidad. Se ejemplificará esta distinción más adelante.

C) La huida al Derecho Privado de algunos servicios autonómicos de salud.

El otro cambio relevante es la huida hacia el Derecho Privado en la organización y funcionamiento del servicio autonómico de salud. El objetivo es liberarle, en lo que se pueda, de las normas administrativas, con el fin de que pueda actuar con la flexibilidad jurídica propia de una organización privada, en ámbitos como la toma de decisiones, la gestión presupuestaria, la contratación de bienes y de personal, la gestión patrimonial.

Así, mientras el modelo de referencia empleado en los primeros años fue el de organismo autónomo, con personalidad propia, posible patrimonio separado, y autonomía de gestión, sujeto a normas administrativas, siguiendo el ejemplo del INSALUD; ahora se busca un organismo público que, con iguales caracteres en cuanto a personalidad, patrimonio y autonomía, opere conforme a normas de derecho privado. La exposición de motivos de la Ley de Ordenación Sanitaria del País Vasco (Ley 8/1997) lo explica con las siguientes palabras: “La innovación que permite al legislador el régimen jurídico de los entes públicos de Derecho Privado nos conduce a reflexionar sobre el propio Derecho Administrativo, cuyas reglas se muestran muchas veces insensibles o, al menos, inoperantes, para lograr una aplicación óptima del prin-

cipio de eficiencia en la gestión”. El objetivo es diáfano.

Este es el camino seguido por el Servicio Catalán de la Salud (ente público institucional lo denomina el artículo 4 de la Ley 15/1990, según la redacción que le dio la Ley 11/1995), más tarde por el Servicio de Salud del Principado de Asturias (artículo 5.1 de la Ley 1/1992), el Ente Público-Servicio Vasco de Salud (artículo 21 de la Ley 8/1997) y, más reciente, el Servicio Balear de Salud (artículo 64 de la Ley 5/2003) y el Servicio Madrileño de Salud (artículo 58 de la Ley 12/2001).

Lo cierto, pese a todo, es que este cambio ha tenido escasa entidad, salvo en aspectos internos, como más o menos flexibilidad presupuestaria (aplicación del régimen de Programas de Actuación, Inversiones y Financiación a que se refería el artículo 87 de la derogada Ley General Presupuestaria de 1977). Si el principal objetivo era emplear el Derecho Privado (laboral, mercantil y civil) para contratar como una institución privada, la respuesta de los tribunales y del legislador estatal lo impidió, como no podía ser de otro modo. Sin entrar en otras valoraciones, la realidad es que la Administración Pública no deja de serlo porque se disfraza de empresa privada, de modo que debe someterse a los principios de mérito y capacidad en la selección de personal, de publicidad y concurrencia en la contratación, y buena administración en la gestión patrimonial.

En términos globales, esta vía de modificación quedó en poca cosa, salvo especialidades en materia presupuestaria y patrimonial, de las que, por otra parte, ya disponían las entidades gestoras de la Seguridad Social.

3.- La implantación de la separación de funciones (1994 en adelante).

3.1 La generalización de la separación de funciones y modos de implantación.

Desde una perspectiva cronológica, las primeras referencias a la separación de funciones se contienen en la legislación de Navarra (Ley 10/1990), Andalucía (a partir del Decreto 208/1992), el País Vasco (Ley 8/1997), y Cataluña (Decreto 260/2000). A par-

tir del año 2000, este principio organizativo se recoge en todas las leyes que se dictan, no solo en las que aprueban las Comunidades Autónomas que reciben las competencias sanitarias de la seguridad social (R.D. 1471 a 1480/2001), sino en las que dictan Comunidades Autónomas que ya tenían esas competencias. Esta es la clave común en que descansan las leyes de Castilla-La Mancha (Ley 8/2000), Extremadura (Ley 10/2001), Madrid (Ley 10/2001), Aragón (Ley 6/2002), La Rioja (Ley 2/2002), Cantabria (Ley 7/2002) y Baleares (Ley 5/2003); de igual modo que la nueva regulación de Galicia (Ley 7/2003) y Valencia (Ley 3/2003).

En la actualidad, tan sólo tres Comunidades Autónomas parecen mantener el esquema tradicional: Castilla-León, Murcia y Canarias, aunque con matizaciones por vía reglamentaria. De este modo cabe afirmar que la separación de funciones se ha convertido en el elemento nuclear de la actual organización sanitaria autonómica.

La generalización del principio de separación no supone un igual entendimiento del mismo, ni tampoco una regulación idéntica en todas las Comunidades Autónomas. El repaso de las normas aprobadas permite identificar dos grandes grupos:

-El primero, formado por aquellas Comunidades en las que tan sólo se diferencian dos bloques de tareas: binomio Gobierno-Consejería, con funciones de regulación, autoridad, planificación, financiación, evaluación; y Servicio Autonómico de Salud, con funciones de aseguramiento, compra y provisión.

-El segundo grupo lo forman aquellos que siguen el modelo más amplio de separación, el que diferencia las funciones de regulación, planificación y financiación, de la función de compra, de la función de servicios, básicamente, diferenciando el Servicio Autonómico de Salud de los organismos prestadores de servicios sanitarios.

La exposición que sigue atiende a esta distinción, en lugar de una explicación cronológica¹³.

13 La explicación detallada y exhaustiva de los cambios en la gestión de la sanidad producidos en estos años en: M. Domín-

3.2 Autoridad-regulación versus compra-provisión.

El cambio en Andalucía es especialmente gráfico. La lectura de la Ley del Servicio Andaluz de Salud (Ley 8/1986) permite identificar con claridad un marco de separación de funciones: las de autoridad sanitaria, regulación, planificación, evaluación y financiación competen a la Consejería de Salud (artículo 3.2), mientras que la gestión, prestación y organización de servicios se encomienda al Servicio (artículos 1 y 2). La realidad era otra bien distinta. La exposición de motivos del Decreto 208/1992 de estructura orgánica básica de la Consejería de Salud es diáfana:

“La Ley 8/1986 establecía ya una clara diferenciación entre las funciones propias de la Consejería de Salud, ligadas a su papel de definición de políticas, autoridad sanitaria y garante del derecho de los ciudadanos a la protección de la salud y las funciones propias del Servicio Andaluz de Salud responsable de la gestión y prestación sanitaria de los servicios sanitarios públicos que se le adscriben. No obstante, por imperativos organizativos, el Servicio Andaluz de Salud ha venido concentrando, en la práctica, la gran mayoría del desarrollo de las competencias sobre Salud en nuestra Comunidad, lo que ha producido un gran dimensionamiento del citado organismo, mezclándose en él funciones propias de la autoridad sanitaria como las de planificación, ordenación y provisión.

La experiencia acumulada en este periodo hace más deseable, por eficaz, acomodar la estructura a una clara distribución de funciones y responsabilidades, diferenciando lo que son las funciones propias de la Administración (autoridad sanitaria, planificación, financiación, asignación de recursos, ordenación de prestaciones, concertación de recursos ajenos e inspección), de las de gestión y provisión más propias de un organismo dedicado exclusivamente a la asistencia sanitaria”.

La consecuencia fundamental fue la creación de una Viceconsejería dentro de la Consejería de Salud con las funciones reseñadas (artículo 3), con rango equivalente a la Gerencia del Servicio Andaluz de Salud (artículo 9), organismo que reduce sus funciones a la gestión de las prestaciones sanitarias, administración de centros y servicios, y gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que se le asignen (artículo 8).

Los cambios posteriores profundizan en este reparto. El Decreto 317/1996 afirma la función de aseguramiento de la Consejería. La Ley de Salud (Ley 2/1998) casi se limita a reproducir la disposición reglamentaria transcrita. Sus términos son elocuentes:

“La Consejería de Salud, en el marco de la acción política fijada por el Consejo de Gobierno, ejercerá las funciones de ejecución de las directrices y los criterios de la política de salud, planificación y asistencia sanitaria, asignación de recursos de los diferentes programas y demarcaciones territoriales, alta dirección, inspección y evaluación de las actividades, centros y servicios sanitarios” (artículos 36 y concordantes).

Por su parte, el Servicio Andaluz de Salud ve limitada sus funciones a las tres que le encomendaba el reglamento orgánico más atrás mencionado, el Decreto 208/1992. El artículo 65 de la Ley 2/1998 es concluyente:

“El Servicio Andaluz de Salud, bajo la supervisión y control de la Consejería de Salud, desarrollará las siguientes funciones:

- a) Gestión y administración de los centros y servicios sanitarios adscritos al mismo, y que operen bajo su dependencia orgánica y funcional.*
- b) Prestación de asistencia sanitaria en sus centros y servicios sanitarios.*
- c) Gestión de los recursos humanos, materiales y financieros que le estén asignados para el desarrollo de las funciones que le están encomendadas.*
- d) Aquellas que se le atribuyan reglamentariamente”.*

guez Martín, *Formas de gestión de la sanidad pública en España, La Ley, Madrid, 2006, 549 págs.*

Con esta norma se confirma una modalidad de separación de funciones: las públicas –reglamentación, planificación, evaluación, financiación– se diferencian de las de gestión y provisión de asistencia sanitaria; la financiación o compra no se distingue entre las anteriores, al menos en el diseño legal (artículo 48 de la Ley 2/1998).

En resumen, la reordenación sanitaria en Andalucía lleva a la separación entre la Consejería de Salud, donde se constituye una Viceconsejería para asumir las funciones de regulación y autoridad, y el Servicio Andaluz de Salud, organismo prestador de asistencia sanitaria.

El modelo expuesto se reconoce también en la ordenación sanitaria de Castilla-La Mancha. La Ley de Ordenación Sanitaria (Ley 8/2000) diferencia las competencias de planificación, ordenación y autoridad sanitaria, de las de gestión y provisión de los centros, establecimientos y servicios exclusivamente dedicados a la asistencia sanitaria. Las primeras corresponden al Gobierno regional y a la Consejería competente (artículo 22), las otras se encomiendan al organismo autónomo Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (artículo 67). Lo más significativo es que, pese a no referirse a una función de compra-aseguramiento diferenciada, el legislador esboza el “contrato de gestión de servicios” como instrumento que articule la relación del Servicio de Salud con las Gerencias, que son órganos periféricos territoriales desconcentrados del propio servicio de salud (artículo 74).

Igualmente, esta formulación de la separación de funciones se reconoce, aunque no se menciona de forma expresa, en Navarra (artículos 33 y 46 Ley 10/1990); así como, de manera directa, en la normativa sanitaria de las siguientes Comunidades: Asturias (desde el Decreto 83/1999, de 11 de agosto, de estructura orgánica de la Consejería de Sanidad); Aragón (artículos 27 y 60 Ley 6/2002), Cantabria (artículo 59 Ley 7/2002), Extremadura (artículos 8 y 57 Ley 10/2001); La Rioja (artículos 70 y 72 Ley 2/2002), Baleares (artículos 46, 64 y 68 Ley 5/2003), Galicia (artículos 21, 32 y 34 Ley 7/2003) y Valencia (artículos 4 y 23 Ley 3/2003). Por vía reglamentaria, este entendimiento de la separación de funciones es

reconocible en la normativa de Castilla-León (Decreto 77/2003, de 17 de julio) y de Murcia (Decreto 117/2002, de 27 de septiembre).

3.3 Regulación-financiación, compra y provisión.

El País Vasco fue la primera Comunidad Autónoma que recogió en su legislación las tres funciones propuestas por el Informe Abril (1991). La Ley de Ordenación Sanitaria (Ley 8/1997), precedida por el debate generado en torno al documento denominado “Plan Estratégico Osasuna-Zainduz” (1993), implementa este principio distinguiendo las siguientes tareas o funciones: la planificación del sistema (regulación y financiación del sistema), el aseguramiento y la contratación de servicios sanitarios (capacidad de atender las necesidades sanitarias de la población y compromiso con cada servicio sanitario), y la provisión, esto es, la prestación de los servicios sobre la base de la autonomía y responsabilización del gestor.

El articulado de la Ley responde al esquema apuntado:

-El Gobierno y el Departamento de Sanidad asumen la primera función: dirección, planificación y programación del sistema sanitario (artículo 12 Ley 8/1997).

-Las Direcciones Territoriales de Área de Salud se encargan del aseguramiento y contratación de servicios sanitarios (artículo 16 de la Ley 8/1987), en este segundo caso, bien mediante contratos-programas, bien mediante conciertos.

-La función de provisión de servicios sanitarios se encomienda a las “estructuras públicas de provisión”, que lo conforman los centros y establecimientos del Ente Público Servicio Vasco de Salud (artículo 20), a los que se dota de autonomía financiera –incluso, tesorería propia, aun sin estar dotados de personalidad–, y las “estructuras privadas de provisión”, que lo son los centros privados que se concierten, que se consideran servicios de interés público (artículo 29).

El Decreto 268/2001 de estructura orgánica del Departamento de Sanidad refleja esta distribución de funciones con tres órganos, de igual rango, dependientes del Consejero: la Viceconsejería de Sanidad

(salud pública, farmacia, ordenación y planificación de prestaciones y de servicios, financiación y contratación sanitaria, docencia, investigación y evaluación), la Viceconsejería de Desarrollo y Cooperación Sanitaria (régimen jurídico, estudios, relaciones institucionales, incluido el Servicio Vasco de Salud), y la Dirección General del Ente Público Servicio Vasco de Salud (provisión servicios, en los términos del Decreto 255/1997).

Este modelo se reconoce también en la ordenación del sistema sanitario de Cataluña (al menos, desde el Decreto 260/2000, de estructura y organización centrales del Servicio Catalán de la Salud, y el Decreto 276/2001, de reestructuración del Instituto Catalán de la Salud). En esta Comunidad se produce una vuelta atrás con respecto a la integración plena de funciones que se encuentra en el origen de su organización sanitaria. El Servicio Catalán de la Salud deja de prestar servicios para asumir las tareas de aseguramiento, esto es, la garantía de la prestación. Por otra parte, desde su creación, las regiones sanitarias tenían como función propia: distribuir los recursos económicos afectos a la financiación de los servicios y prestaciones sanitarias públicas (artículo 22.a de la Ley 15/1990). A su vez, los centros públicos sanitarios quedan agrupados en el Instituto Catalán de la Salud, empresa pública (Ley 8/2007), que, en teoría, oferta sus servicios en competencia con los centros públicos –consorcios- y los centros hospitalarios privados, con y sin ánimo de lucro, que operan en esa Comunidad.

El otro caso es la Comunidad de Madrid. La Ley de Ordenación Sanitaria (Ley 12/2001) acoge de pleno la separación en tres funciones básicas: financiación y aseguramiento (Consejería), compra (Servicio Madrileño Salud) y provisión (centros de la red sanitaria única de utilización pública). No obstante, en la práctica, funciona como un sistema de dos funciones.

A modo de resumen, en cualquiera de las dos modalidades descritas, la separación de funciones constituye en la actualidad el principio rector de organización de la Administración Pública para el cumplimiento de sus responsabilidades en materia de asistencia sanitaria. Como resulta de lo explicado, se trata de una separación orgánica que, en unos casos,

es desconcentración y, en otros, descentralización funcional, pero, en ambos casos, la gestión sigue siendo directa con medios públicos¹⁴.

3.4 Del “mercado interno” a la clarificación de responsabilidades orgánicas.

En el modelo propuesto por el Informe Abril (1991), tres son las funciones que se diferencian: la regulación-planificación-asignación de recursos, que corresponde a la autoridad sanitaria en sentido lato (Gobierno-Consejería, entonces Ministerio), la compra y financiación de los servicios, que se encarga a las áreas de salud –piezas básicas del servicio de salud-, y la provisión de servicios, de la que se ocuparían los establecimientos sanitarios, públicos y privados vinculados. El planteamiento se refería, estrictamente, a la asistencia sanitaria, no a la salud pública, y, en rigor, más a la atención hospitalaria que a la atención primaria.

La traducción legal de ese modelo, como evidencia el repaso realizado, ha supuesto un cambio en el contenido de dos de esas funciones –aumentando su ámbito de tareas-, de igual modo que el organismo encargado de la función de compra-financiación. En síntesis, estos cambios son los siguientes:

-La función de autoridad (regulación-planificación) evoluciona, sin cambio de sujeto

¹⁴ En el ámbito de la salud pública colectiva se reconoce una manifestación particular de la separación de funciones. Los problemas de salud colectiva (vacas locas, legionelosis, neumonía asiática) han llevado a la necesidad de afirmar y de especializar a la autoridad sanitaria en el campo de la protección de la salud, con funciones, tareas y responsabilidades bien distintas de las que competen a quienes asumen la prestación de asistencia sanitaria individual. En el ámbito estatal, esta tendencia tiene su manifestación en la Agencia del Medicamento (artículos 89 a 97 de la Ley 66/1997) y en la Agencia de Seguridad Alimentaria (Ley 11/2001). En el ámbito autonómico, el Instituto de Salud Pública de la Comunidad de Madrid, de apoyo a las autoridades competentes en materia de salud pública (artículo 96 en relación con el 53 de la Ley 12/2001), la Agencia de Protección de la Salud de Cataluña (Ley 7/2003) y la Entidad Valenciana para la acción en Salud Pública (Ley 4/2005). Con estas decisiones, la regulación y protección de la salud colectiva queda separada del resto de responsabilidades públicas sanitarias, el fomento de la salud, la prevención de la enfermedad y las tareas asistenciales, cuyo destinatario es la persona individual. Sobre esos organismos, su aparición y su papel en la salud pública, el libro de C. Cierco Seira, *Administración Pública y salud colectiva*, Comares, Granada, 2006, págs. 89 a 160, en especial, pág. 150 y ss.

competente, hasta englobar todas las tareas que son o deben ser competencia del binomio Gobierno-Consejería de Sanidad, en tanto que administración pública responsable de la sanidad, tanto de la policía sanitaria, como de lo asistencial.

-La función de compra-financiación cambia en parte. El juego se produce con la financiación –entendida como aportación de recursos- y la nueva tarea de aseguramiento –que se presenta, en unos casos, como alternativa a la financiación, en otros, como reglamentación de condiciones de acceso a la asistencia sanitaria, y, en otros casos, como gestión de la normativa de acceso y calidad de las prestaciones. Tan es así que alguna norma incluye el aseguramiento en la primera de las funciones (artículo 36 de la Ley 2/1998 de Andalucía). A su vez, en relación con esta función de compra, la normativa autonómica ha introducido algún matiz sobre la competencia para su ejercicio. Si el modelo inicial lo encomendaba a las áreas de salud, algunas leyes lo asignan a los Servicios Autonómicos; lo cual, por otra parte, tiene su sentido en la medida que, orgánicamente, las áreas de salud sean unidades desconcentradas de esas entidades públicas.

-En cuanto a la función de provisión, el modelo original es mantenido. La prestación de servicios debe recaer en establecimientos sanitarios, tanto públicos como privados, que oferten y logren contratar esos servicios. Bien es cierto que, en casi todos los supuestos estudiados, el organismo encargado de la compra es autorizado también a realizar la función de prestación; es el caso del Servicio Madrileño de Salud o del Servicio Catalán de la Salud. Se trata de una integración de funciones reconocible en todas aquellas Comunidades Autónomas que han optado por un régimen de separación limitado a diferenciar la autoridad sanitaria –Gobierno/Consejería- del gestor o provisor –Servicio de Salud-.

El otro cambio reconocible en el tránsito de las ideas a las normas, sin duda el más importante, tiene que ver con el por qué y el para qué de las reformas. La idea de crear un “mercado interno” es desplazada

y olvidada. Ahora con la separación de funciones lo que se persigue es clarificar las tareas y responsabilidades de cada sujeto, evitando que funciones que responden a valores que pugnan entre sí –por ejemplo, la decisión sobre incorporación de nuevas tecnologías con la prestación de asistencia a los usuarios-, sean competencia del mismo sujeto u organismo público. Lo que se persigue con el reparto es que quienes sean responsables de cada tarea se especialicen y se contrapesen en el desempeño de sus funciones en aras de un mejor uso de los recursos públicos destinados a la sanidad. El objetivo es claro: clarificación de responsabilidades y control del gasto por contrapeso entre los distintos órganos competentes.

4.- La causa del cambio: controlar el crecimiento del gasto sanitario.

En cuanto a la causa o motivo que se esgrime para esta vuelta atrás con respecto al principio de integración de funciones y la búsqueda de nuevas formas organizativas no es otra que la necesidad de controlar el gasto sanitario, no tanto porque sea excesiva su cuantía, sino por la dificultad de controlar y ordenar su aplicación y crecimiento.

Las referencias a esta cuestión son escasas y sutiles, pero existen. Así ocurre con la mención a la “eficiencia de los recursos públicos” del R.D.-Ley 10/1996.

La referencia se encuentra también en algunas leyes autonómicas. De este modo, en la Ley de Ordenación Sanitaria del País Vasco (Ley 8/1997) se puede leer lo siguiente:

“En dicho debate (el sanitario) destaca la presencia generalizada de escenarios de costes crecientes debido principalmente a la presión que ejercen sobre la demanda de servicios sanitarios factores como nuestra evolución demográfica con el envejecimiento de la población, la incorporación de nuevas tecnologías cada vez más sofisticadas o el propio cambio cultural que experimenta la ciudadanía sobre la percepción de las prestaciones sanitarias y condiciones de calidad exigibles al amparo de su derecho. Estas circunstancias propician un inevitable aumento

de la demanda e incluso provocan en algunos colectivos la errónea creencia de que la oferta es ilimitada”.

La respuesta se encuentra en el cambio organizativo. Nuevamente, la exposición de motivos es elocuente:

“(La) opción supone una apuesta clara hacia una reforma de base organizativa que potencie la capacidad de la organización sanitaria para lograr una mayor eficiencia en el empleo de los recursos públicos”.

La exposición de motivos de la Ley de Salud de Andalucía (Ley 2/1998) muestra la misma preocupación:

“Los cambios demográficos progresivos hacia un aumento de la esperanza de vida y un envejecimiento de la población, la aparición de nuevas enfermedades y los cambios de prevalencia de otras, la introducción permanente de nuevas tecnologías médicas, la implantación progresiva de nuevas tecnologías médicas, la implantación progresiva de la sociedad global de la información en Europa, y una creciente preocupación por los costes y la financiación de las prestaciones públicas, han configurado un escenario para la sanidad en el que las principales prioridades de concentran en modernizar los aparatos administrativos y asistenciales en orden a conseguir una mayor eficacia de su actuación, una mayor eficiencia, una mayor motivación e incentivación profesional y una mejor adaptación a los deseos y necesidades de los ciudadanos andaluces” (apartado IV de la exposición de motivos).

Vuelve sobre la misma cuestión, la Ley de Ordenación Sanitaria de la Comunidad Valenciana (Ley 3/2003) en los siguientes términos:

“(La) inversión en sanidad, esencial en la sociedad a la que pertenecemos y aspiramos a perfeccionar, constituye una importante partida presupuestaria, que va creciendo porcentualmente en todos los países de nuestro ámbito y que, con el fin de poder continuar con este crecimiento ha de ser sostenida y reconducida tras una profun-

da reflexión, común por otra parte en los países de nuestro entorno.

La sociedad valenciana, en su conjunto, ha de reflexionar sobre el modelo de sanidad que disfruta, que supone un elevado coste que hay que racionalizar con el fin de permitir su pervivencia, perfeccionamiento y aplicación solidaria” (apartado I de la exposición de motivos).

Como en los casos anteriores, la vía para dar respuesta a esta tensión del gasto sanitario es un cambio en la organización del sistema sanitario en los términos que han sido expuestos más atrás ¹⁵.

La relevancia de identificar la causa de este cambio radica en que, una vez conocida, es posible intentar una evaluación de los resultados conseguidos por el nuevo modelo de organización basado en la separación de funciones.

¹⁵ El problema básico de la sanidad pública es el crecimiento del gasto sanitario y la necesidad de controlarlo, cuando menos, de ordenarlo. Este es el motivo de todas las reformas sanitarias. La gente envejece –y lo seguirá haciendo–, la tecnología sanitaria evoluciona sin parar –y cada vez cuesta más, y, además, aumenta la demanda–, la información es cada vez más amplia –los ciudadanos reclaman la asistencia y sus derechos, son menos “pacientes”–. El dilema se resume en lo siguiente: ¿cómo controlar el gasto sanitario manteniendo un servicio sanitario universal y de calidad? Dos son los caminos planteados –no excluyentes–: a) el recorte directo de los gastos (copago, disminución de prestaciones, también, incremento de impuestos). Y b) la introducción de reformas en la gestión, buscando formas organizativas más eficientes. Como se explicó en otra ocasión, en segundo supuesto, lo ordinario es considerar que la organización es deficiente porque los centros sanitarios no pueden funcionar como las empresas mercantiles, con su flexibilidad, autonomía y libertad, de modo que se busca el cambio de las “normas” y “reglas” que limitan a los centros públicos. Con este entendimiento, en Gran Bretaña surgió la propuesta de crear un mercado interno: organizar la prestación de la asistencia sanitaria como si fuera un mercado, con un regulador-financiador de la actividad, unos compradores y unos proveedores de la asistencia, que contratarían con los anteriores. Ahora bien, mercado, pero “interno”, esto es, ficticio, sin operadores reales, ni menos aún competencia por la provisión de servicios. En todo caso, la pieza clave de este planteamiento era la separación de funciones, de la que se ha venido hablando. Ampliamente, Villar Rojas, “La ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, *ob. cit.* págs. 87 a 91.

5.- Balance: un cambio organizativo sustancial, pero de impacto limitado.

La separación de funciones es hoy el principio rector de la organización de la sanidad pública en España. Se diga lo que se diga, el principio de integración orgánica implantado por la Ley General de Sanidad ha quedado arrumbado, cuando menos, en las normas y en las formas externas de actuación. Se trata de un cambio en la forma de organizar los medios para la prestación de asistencia a los ciudadanos que puede calificarse de sustancial, incluso, de radical.

Ahora bien, ¿cuál ha sido su impacto? ¿la reorganización descrita ha supuesto una reordenación equivalente del modo, incluso, de la calidad de la asistencia que se presta?

La realidad muestra que la reforma introducida se ha quedado en el ámbito interno de la Administración sanitaria sin traspasar, de modo real, hacia la prestación de la asistencia, por supuesto, en ningún caso se ha creado un mercado. La separación de funciones ha supuesto un reequilibrio del poder administrativo entre las distintas autoridades intervinientes, con un mayor peso competencial de las Consejerías o Departamentos de Sanidad frente a los Servicios autonómicos de Salud. También este reparto ha permitido una clarificación de funciones y tareas, de modo que las decisiones estratégicas –como la planificación de los recursos y las inversiones– son ejercidas por órganos distintos de aquellos que están en el día a día de la prestación –establecimientos sanitarios–. Pero, técnicamente, la reforma descrita no es sino un supuesto singular de desconcentración orgánica, en el mejor de los casos, de descentralización funcional. Poco más.

Siendo así, limitado a lo organizativo y circunscrito a los muros interiores de la Administración sanitaria, su impacto sobre el funcionamiento del sistema y sobre el control del gasto público es escaso. En este último caso, el impacto puede considerarse equivalente al que produce la intervención previa de los fondos públicos o la exigencia de auditorías internas de la actividad realizada. En todo caso, este resultado es el que se corresponde con el modo en que las leyes sanitarias han venido implantando la separación de funciones, limitado a clarificar tareas y responsabilidades, olvidado el objetivo del “mercado interno”.

Con todo, aún con el limitado impacto descrito, la separación de funciones como norma de organización merece un juicio positivo. Y ello porque es bueno clarificar las tareas, responsabilidades y competencias de cada autoridad y gestor, para que cada uno sepa lo que le toca hacer y, llegado el caso, lo que se le puede exigir. En segundo término, porque, pese a sus limitaciones, esta forma de organización tiene encaje en uno de los objetivos comunitarios sobre asistencia sanitaria: la sostenibilidad financiera, dentro de la cual se apuesta por la descentralización de la gestión y por mejorar el grado de responsabilidad de gestores y profesionales sanitarios¹⁶. Y, en último lugar, porque abierto el debate y expuestas las ideas y las opciones sobre la separación de funciones, la necesidad pública puede llevar hacia formas de implantación más cercanas a su diseño original, pero sobre todo a las causas que llevaron a superar el principio de integración.

16 Informe del Parlamento Europeo (abril de 2005) sobre la Comunicación de la Comisión: Europea: “Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas” COM (2004) 0304.

