

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 17, Extraordinario XVII Congreso

- La privatización de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid.
Francisco José Villar Rojas 1
- La salud pública: Necesaria actualización de su normativa reguladora.
César Cierco Seira 23
- La regulación de la protección de la salud en los nuevos Estatutos de Autonomía.
Francisco Javier Enériz Olaechea 47
- Servicios sociales, sanitarios, atención a la dependencia y economía social.
José María Pérez de Uralde 67
- La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa.
Francisco Javier Pueyo Calleja 81
- El régimen de exclusividad del personal médico de los servicios de salud pública en el contexto de la Unión Europea: experiencias y propuestas.
Sagrario Pérez Castellanos 101
- Mesas de trabajo. 111
- Legislación 139
- Convocatoria del Premio «Derecho y Salud» 147
- Normas de publicación en la Revista «Derecho y Salud» 149

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 17, Extraordinario XVII Congreso

Comisión Científica

EXCMO. SR. JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ Y CORTÉS
ILMO. SR. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
ILMO. SR. TOMÁS SALA FRANCO
ILMO. SR. JOAQUÍN TORNOS MÁS
SR. RAFAEL ALVARO MILLÁN CALENTI

Director:

SR. FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS

Secretario:

SR. JOSÉ LUIS RUIZ CIRUELOS

Consejo de Redacción

SRA. CARMEN JOSÉ LÓPEZ RODRÍGUEZ
SRA. PAULA OLIETE TRILLO
SR. JOSÉ M. BARREIRO DÍAZ
SRA. ANA COMESAÑA ALVAREZ
SR. JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER
SR. JOSÉ MARÍA PÉREZ GÓMEZ
SR. ROBERTO PÉREZ LÓPEZ
SR. JUAN MENÉNDEZ JEANNOT
SR. DAVID SAMPRÓN GÓMEZ
SRA. NEKANE IRIARTE AMIGOT
SR. LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES

LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA EXPRESAN SOLAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORES.

© COPYRIGHT 2001. **ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD**

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. EL CONTENIDO DE LA PRESENTE PUBLICACIÓN NO PUEDE SER REPRODUCIDO NI TRANSMITIDO POR NINGÚN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO O MECÁNICO, INCLUYENDO FOTOCOPIA, GRABACIÓN MAGNÉTICA, NI REGISTRADO POR NINGÚN SISTEMA DE RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN, EN NINGUNA FORMA, NI POR NINGÚN MEDIO, SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LA MISMA.

PRODUCCIÓN: ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD
AVENIDA ROMERO DONALLO, 21, 3º A
15706 SANTIAGO DE COMPOSTELA

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93
I.S.S.N. 1133-7400

IMPRESO EN ESPAÑA POR **TÓRCULO ARTES GRÁFICAS, SA**
POLÍGONO INDUSTRIAL DEL TAMBRE, VÍA EDISON 33-35
15890 SANTIAGO DE COMPOSTELA

<http://www.ajs.es>
e-mail: ds@ajs.es

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

- La privatización de los servicios sanitarios públicos: las experiencias de Valencia y Madrid.
Francisco José Villar Rojas 1
- La salud pública: Necesaria actualización de su normativa reguladora.
César Cierco Seira 23
- La regulación de la protección de la salud en los nuevos Estatutos de Autonomía.
Francisco Javier Enériz Olaechea 47
- Servicios sociales, sanitarios, atención a la dependencia y economía social.
José María Pérez de Uralde 67
- La responsabilidad sanitaria: momento actual de la jurisprudencia civil contencioso-administrativa.
Francisco Javier Pueyo Calleja 81
- El régimen de exclusividad del personal médico de los servicios de salud pública en el contexto de la Unión Europea: experiencias y propuestas.
Sagrario Pérez Castellanos 101
- Mesas de trabajo. 111
- Legislación 139
- Convocatoria del Premio «Derecho y Salud» 147
- Normas de publicación en la Revista «Derecho y Salud» 149

Exordio

El día 21 de noviembre de 1992 se celebraba en Barcelona la Asamblea constituyente de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD. No ha pasado mucho tiempo, pero 17 años son muchos y suficientes para poder hablar de la consolidación de una Asociación como la nuestra, y en el mundo en el que vivimos, para poder afirmar que la revista que editamos tiene su reconocido espacio en el ámbito del Derecho y de la Salud.

Ha llegado un nuevo relevo, y ahora desde Galicia nos corresponde llevar el peso de la Asociación y el mantenimiento del prestigio de la revista Derecho y Salud (DS). Intentaremos que siga teniendo su significado en el panorama científico y jurídico cumpliendo el objetivo inicial, de que la Medicina y la Salud, el Derecho y la Justicia se encuentren en un foro abierto, dirigido a todos los profesionales de todos los campos de la salud, y en general a los interesados en la relación entre el Derecho y Salud.

Llegar hasta aquí, es un motivo de satisfacción, y parece justo agradecer de forma sincera a todos los compañeros, investigadores y profesionales que han utilizado la revista buscando ayuda o estímulo, plasmada en los diferentes trabajos publicados porque de todos ellos es el éxito.

Y por eso, la nueva Junta Directiva – incorporada en parte en la asamblea general celebrada en noviembre del 2008, en Pamplona- asume con orgullo el reto de mantener y, si cabe, aumentar, el peso de la revista en el sector de la salud.

En ello volcaremos nuestro interés, anteponiendo el objetivo de la calidad científica, al de la permanencia, pero sin perder la identidad y el estilo que la convierten además, en una revista conocida, ilustrativa y práctica.

A partir del próximo número, la secretaría del Consejo de Redacción la asumirá David Larios Risco, coordinador de los servicios jurídicos del SESCAM que con el actual Director, Francisco Villar Rojas y con el Consejo de Redacción contarán con el apoyo de la asociación en cualquier iniciativa que redunde en la mejora de la calidad de la revista.

Debemos dejar constancia, sincera y nada interesada, del gran esfuerzo que realizaron los directivos anteriores para que los 16 volúmenes y cerca de 40 números se fueran publicando cumpliendo de forma regular con socios y suscriptores, lo que nos obliga a reiterar nuestro compromiso de intentar, al menos emularles.

La necesaria, por imperativo estatutario, renovación de la Junta Directiva, nos obliga a agradecer el esfuerzo personal de los directivos salientes - y miembros del Consejo de Redacción- que personalizamos en el anterior presidente don Juan Luis Beltrán Aguirre.

Rafael A. Millán Calenti
Presidente de la Asociación Juristas de la Salud

LA PRIVATIZACIÓN DE LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS PÚBLICOS: LAS EXPERIENCIAS DE VALENCIA Y MADRID *

Francisco José Villar Rojas
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna. Tenerife

SUMARIO: 1.- Los hechos: “privatizando la gestión de servicios sanitarios públicos” . 1.1. La apuesta de Valencia: concesión de servicio público hospitalario. 1. 2. La experiencia de Madrid. a) Concesión de obra pública hospitalaria y empresa pública. b) Concesión de servicio público sanitario. 1.3 Otras iniciativas: entidades instrumentales que construyen centros sanitarios y los arriendan a la Administración. 2.- Las razones de estas iniciativas. 2.1 La demanda de nuevos centros sanitarios y de renovación de los existentes. 2.2 Los límites legales al endeudamiento público: la huida del derecho presupuestario. a) Planteamiento. b) Valoración de las concesiones sanitarias: ¿se traspasa el riesgo? 2.3 Las concesiones de servicio público: ¿un motivo ideológico? **3.- La valoración jurídica de estas experiencias e iniciativas.** 3.1 Gestión directa por ente instrumental con servicios no sanitarios concertados. 3.2 Gestión indirecta mediante contrato de gestión de servicio público, modalidad concesión. 3.3 ¿Privatización de la sanidad? No, formas y medios privados de gestión. **4.- Los equilibrios, tensiones y riesgos en estas formas de gestión de los servicios sanitarios públicos.** 4.1 Empresa pública hospitalaria: relaciones con el concesionario prestador de servicios no sanitarios (la unidad técnica de control). 4.2 La concesión de servicio público: pros y contras. **5.- Una reflexión final: de nuevo el debate sobre papel de la iniciativa privada en los servicios sanitarios públicos.**

1.- Los hechos: “privatizando la gestión de servicios sanitarios públicos”

1.1 La apuesta de Valencia: concesión de servicio público hospitalario.

La primera iniciativa de “privatización de la gestión” corresponde a la Comunidad Autónoma de Valencia con la utilización de un contrato administrativo

de gestión de servicio público, modalidad concesión, con construcción previa del centro hospitalario necesario para su prestación. Se trata del ya conocido caso del *Hospital de Alcira*.

Como es sabido, en 1997 se produjo la convocatoria pública de un contrato administrativo para la gestión de la atención sanitaria especializada del Área 10 del Servicio Valenciano de Salud, previa construcción y equipamiento del centro hospitalario necesario para prestar esa asistencia.

* Ponencia presentada en el XVII Congreso “Derecho y Salud”, celebrado en Pamplona en noviembre de 2008.

Los aspectos más relevantes de ese contrato fueron los siguientes ¹:

-Sujetos: Consejería de Sanidad (Generalidad Valenciana) y una Unión Temporal de Empresas (Adeslas, 51%, Bancaja y CAM, 45%, ACS- Dragados y Lubasa, 4%).

-Objeto:

a) La construcción del Hospital Comarcal de la Ribera, con los equipamientos necesarios (230 camas) sobre un suelo de titularidad pública con una inversión prevista de 41,45 millones de euros. Una vez concluido, previa recepción, se integra en la red pública y adquiere la condición de dominio público.

b) La prestación de los servicios de asistencia sanitaria, especializada y ambulatoria, a la población protegida del área de salud 10 del Servicio Valenciano de Salud. La gestión lo es del nuevo hospital y de dos centros de especialidades ya existentes (Sueca y Alcira). El personal del hospital lo aporta el contratista.

-Financiación: Captación de recursos en el mercado privado de capitales.

-Retribución: Se fija sobre bases capitativas, incluyendo tanto el coste de la asistencia como los de construcción y financiación del nuevo centro hospitalario, su equipamiento y mantenimiento. En el momento de adjudicación: 216 euros año por cada persona protegida, para un total de 230.000 habitantes. En el caso de la atención a pacientes de otras áreas de salud, la facturación es separada. No existe aportación directa de los usuarios o pacientes por la atención que reciban.

-Riesgo y ventura versus equilibrio económico-financiero: No se menciona el riesgo y ventura. No hay referencia expresa al equilibrio económico-financiero. El canon per capita se actualiza, anualmente, conforme al IPC. Por otra parte, el pago se produce a partir de la entrada en funcionamiento del centro hospitalario.

-Cláusula de progreso: Se establece la obligación de prestar el servicio conforme el catálogo de prestaciones sanitarias y el anteproyecto de explotación. Es responsabilidad del Servicio Valenciano de Salud asegurar la calidad asistencial.

-Potestades de la Administración: En orden a controlar la gestión y supervisar el funcionamiento del servicio, el Servicio Valenciano de Salud designa un funcionario que ejercerá esas tareas en el mismo centro.

-Duración y extinción:

a) Duración: La construcción y el equipamiento: 18 meses –plazo máximo-, la gestión del servicio: 10 años, prorrogables otros 5.

b) A su vencimiento: reversión al Servicio Valenciano de Salud. En caso de resolución anticipada: con indemnización de la amortización pendiente.

Esta iniciativa de la Comunidad Valenciana constituyó una novedad por dos motivos fundamentales: el primero, la forma de construcción a través de concesión de servicio público, habida cuenta la tradición de la Seguridad Social española de construir los centros sanitarios públicos mediante contrato de obras; y el segundo, tanto o más importante, la retribución del contratista sobre bases capitativas, no por acto médico, con la intención de evitar la prestación de asistencia sanitaria innecesaria que aquella modalidad de pago incentiva. En su momento, este contrato se presentó como ejemplo de financiación privada de obras públicas (en este caso, un hospital), aunque, en rigor, es un supuesto de financiación pública, presupuestaria, diferida, de la obra, sin pago alguno por el usuario, para quien el servicio sigue siendo “gratuito”, como lo es en cualquier centro hospitalario público.

El diseño inicial tuvo poco éxito y hubo de ser reformado. La inversión inicial pasó de 41 hasta 72 millones de euros. De 1998 a 2002, la UTE perdió 5,24 millones de euros, si bien los compensó, en parte, facturando por atención a pacientes de otras áreas de salud –en especial, partos-. En 2003, la Generalidad acordó resolver la concesión abonando a la concesionaria 67,7 millones de euros (43,99 millones por

¹ La convocatoria pública en el Diario Oficial de la Generalidad de Valencia, 2938, de 25 de febrero de 1997.

la amortización pendiente, 25,4 millones por lucro cesante). Una vez resuelto el contrato, la Administración lo convocó nuevamente con algunos cambios: se incluyó la prestación de la atención primaria –eliminando los conflictos existentes mediante la adscripción funcional de los centros de salud del área-, se elevó el precio hasta 379 euros por persona y año, se fijaron incentivos en orden a la reducción del gasto farmacéutico (hasta el 30% de los ahorros cuando el gasto sea inferior a la media de la Comunidad) y se aumentó el plazo hasta los 15 años más 5 de prórroga. La nueva concesión fue adjudicada a la misma UTE, que es la actual concesionaria del centro sanitario.

Esta modalidad de concesión de servicio público, previa construcción de centro sanitario y con retribución capitativa, se ha empleado también con los *nuevos hospitales de, Torrevieja, Denia* –con sustitución de uno preexistente y primero gestionado por una sociedad anónima en lugar de una UTE-, *Elche y Manises*² en el marco del *Plan de Infraestructuras 2005-2011* de la Comunidad Autónoma de Valencia³.

La fórmula de la concesión de servicio público se reconoce en otras Comunidades: el *Hospital de Val-*

² *Los caracteres más destacados de esta concesión son los siguientes: hospital de 241 camas; plazo de 25 meses construcción, 15 años más 5 de prórroga de gestión; precio 494,72 euros/año por persona, 139.514 habitantes. En cuanto al binomio riesgo-equilibrio económico, el pliego avanza con respecto al que rigió el Hospital de Alcira. Así con el fin de evitar la “desinversión” del centro, se impone un plan quinquenal de inversiones a lo largo de la duración de la concesión, y para evitar una reducción del esfuerzo sanitario en los pacientes atendidos por este Hospital, se establece una cláusula de revisión de precios con referencia al crecimiento anual del presupuesto sanitario de la Generalidad de Valencia –el IPC sanitario es superior al IPC ordinario-. En cuanto a la cláusula de progreso, nada se dice, si bien, se aclara que la calidad asistencial debe ser igual a la de los centros sanitarios públicos y que el incumplimiento se considera infracción grave. Por último, el seguimiento y control de la ejecución del contrato se encomienda a un “comisionado” designado por la Consejería de Sanidad. La convocatoria del Hospital de Manises en el Diario Oficial Generalidad Valenciana, 5242, de 20 de abril de 2006.*

³ *Una descripción de las singularidades de estos nuevos contratos concesionales en: L.F. Campoy Domene y J.Santacreu i Bonjoch, “La colaboración público-privada en el Sistema Nacional de Salud, El caso especial del modelo valenciano a propósito de la concesión de Denia”, Revista de Administración Sanitaria, 2008, 6 (2) págs. 297 a 321.*

demoro en Madrid –del que se hablará más adelante- y la construcción de varios centros de salud en Cataluña⁴.

1.2 La experiencia de Madrid.

a) Concesión de obra pública hospitalaria y empresa pública.

El programa de construcción de centros sanitarios de la Comunidad de Madrid se articula sobre tres mecanismos jurídicos diferenciados: la concesión de obra pública, la empresa pública hospitalaria y la concesión de servicio público.

El proceso se inicia con el Plan de Infraestructuras Sanitarias 2004-2007 de esa Comunidad. En 2004, el Gobierno autonómico promovió la construcción de siete hospitales en régimen de concesión de obra pública. Se trata de los *hospitales comarcales de Parla, San Sebastián de los Reyes, Arganda del Rey, Coslada, Aranjuez, Vallecas y Puerta de Hierro* (Majadahonda).

El régimen jurídico de estos contratos fue prácticamente el mismo. A los efectos de presentar sus notas esenciales se toma como referencia la convocatoria, pliego y adjudicación del hospital de Coslada⁵. Sus caracteres principales eran los siguientes:

-Sujetos: Consejería de Sanidad (Comunidad de Madrid) y Unión Temporal de Empresas (Sacyr, S.A., Testa Inmuebles en Renta, S.A. y Valoriza Facilities, SAU), que se debe constituir en sociedad anónima, quedando sujetos los cambios accionariales a control administrativo previo, incluida la pignoración de acciones como garantía financiera.

-Objeto:

⁴ *Es el caso del contrato de gestión de servicio, con obra de ampliación, del servicio de atención primaria del ámbito del Área Básica de Salud de Montserrat (duración: obras y equipamiento 1 año, gestión 10 años; población a atender: 20.167 habitantes; retribución máxima 3 millones de euros). Convocatoria del concurso en Diario Oficial de la Generalitat de Cataluña, 4593, de 15 de marzo de 2006.*

⁵ *La convocatoria del concurso, con síntesis del pliego y remisión al mismo, se publicó en el B.O.E. 18, de 21 de enero de 2005, la adjudicación en B.O.E. 151, de 25 de junio de 2005.*

a) La redacción del proyecto, construcción y explotación de la obra del Hospital de Coslada (239 camas, cobertura 158.000 habitantes, inversión 65,7 millones euros).

b) La “explotación de la obra”, consiste en poner a disposición de la Administración sanitaria el inmueble y el equipamiento no sanitario – lo que incluye su mantenimiento-, la prestación de servicios residenciales y complementarios no sanitarios (lavandería, catering, limpieza, vigilancia...) y la prestación de los servicios comerciales (cafetería, tiendas, aparcamiento).

c) En ningún caso, la explotación abarca los servicios médico-sanitarios; tampoco el equipamiento de alta tecnología, ni las tecnologías de la información.

-Financiación: Captación de recursos en el mercado privado de capitales. El derecho del concesionario a una retribución se considera activo susceptible de cederse, pignorar, titulizarse o integrarse en fondos de titulización, previa autorización de la Administración.

-Retribución: Formada por las cantidades a pagar por la Administración y por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial. Los usuarios de los servicios médicos no pagan.

En particular, las cantidades a pagar por la Administración tienen la siguiente estructura:

-Cantidad máxima anual (ofertada por el concesionario: 14,9 millones de euros por año).

Se basa en la ocupación media anual de las instalaciones del 85%, medido en camas ocupadas por paciente y día, y la plena disposición de la totalidad de los servicios a utilizar por la Administración, medidos de acuerdo con parámetros objetivos de calidad y disponibilidad, fijados en el pliego, para un periodo de 24 horas al día, 365 días al año.

-Esa cantidad tiene dos apartados: cantidad fija anual y cantidad variable anual.

-La cantidad fija anual no puede superar el 40% de la cantidad máxima anual ofertada. La cantidad variable anual es la cuantía máxima restante para el supuesto de cumplimiento de to-

dos los estándares de calidad establecidos (los licitadores ofertarán una tarifa anual a tanto alzado para cada uno de los servicios ofertados).

-Riesgo y ventura versus equilibrio económico-financiero: La obra se construye y “explota” a riesgo y ventura del concesionario; si bien moderada en el caso de la obra y de los servicios complementarios – la parte fija de la retribución, más supuestos de revisión equilibrio ordinarios-. El riesgo no tiene exclusiones ni genera derecho a compensación en tres casos: la explotación de las zonas comerciales, el nivel de demanda de los usuarios –más o menos consultas e ingresos- y el aumento, supresión, reducción o modificación de los servicios médicos que sirvan la zona.

-Cláusula de progreso: Se establece la cláusula de progreso técnico, debiendo la sociedad concesionaria mantener y explotar la obra pública (inmueble, equipamientos y servicios no médicos) de conformidad con lo que en cada momento y según el progreso de la ciencia disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad.

-Potestades Administración: En orden a la monitorización, control y evaluación de todos los servicios, la Administración crea una *Unidad Técnica de Control* que opera en el centro hospitalario.

-Duración y extinción:

a) Duración: 30 años, incluidos 18 meses para la construcción, salvo que el concesionario ofertase un plazo menor. Este plazo es prorrogable hasta el máximo legal (40 años).

b) En el momento de extinción (2035) se producirá la reversión de la obra pública y zonas complementarias a la Administración sanitaria.

Una vez concluidas las obras, estos hospitales comarcales entraron en funcionamiento en septiembre de 2008.

En orden a su funcionamiento, en particular para resolver la gestión de los servicios sanitarios, el legislador autonómico procedió a crear otras tantas empresas públicas encargadas de la gestión de cada uno de esos centros y de las relaciones con los concesionarios, proveedores de servicios no sanitarios. En

concreto, el legislador dispuso la creación de las Empresas Públicas: *Hospital del Sur* (Parla, denominado “*Infanta Cristina*”), *Hospital del Norte* (San Sebastián de los Reyes, “*Infanta Sofía*”), *Hospital del Sureste* (Arganda), *Hospital del Henares* (Coslada), *Hospital del Tajo* (Aranjuez) y *Hospital de Vallecas* (Vallecas, “*Infanta Leonor*”) ⁶. Tan sólo se exceptúa el Hospital Puerta de Hierro (Majadahonda), que mantiene el régimen tradicional.

En todos los casos, se trata de empresas públicas modalidad entidad de derecho público, con personalidad jurídica propia, plena capacidad de obrar, patrimonio propio, que se rigen por sus normas especiales y por la legislación que les sea aplicable –el tipo de entidad instrumental que en la legislación estatal se transformó en entidad pública empresarial-. Su régimen jurídico básico se contiene en sus respectivos Estatutos ⁷. Como es habitual en el caso de entidades públicas instrumentales, la relación de estas empresas con la Administración matriz -el Servicio Madrileño de Salud- se articula a través de un contrato-programa ⁸.

El nuevo *Plan de Infraestructuras Sanitarias 2007-2011* de la Comunidad de Madrid prevé seguir empleando la fórmula de la concesión de obra pública con nuevas actuaciones. En este caso, la renovación y rehabilitación de 7 hospitales públicos, entre ellos, *Gregorio Marañón*, *Ramón y Cajal*, *Hospital de Móstoles*, *La Paz* y el *Doce de Octubre*. Las empresas que resulten concesionarias deberán abordar las obras de renovación completa de esos establecimientos sanitarios y, como contraprestación, recibirán la explotación de los servicios no sanitarios de esos centros hospitalarios.

⁶ Artículo 12 de la Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas.

⁷ Aprobados, respectivamente, en la misma fecha, por Decreto 111/2007, de 2 de agosto, Estatutos de la Empresa Pública Hospital del Sur (B.O.C.M. 10 de agosto de 2007), Decreto 112/2007, Hospital del Norte, Decreto 113/2007, Hospital del Sureste, Decreto 114/2007, Hospital del Henares, Decreto 115/2007, Hospital del Tajo, Decreto 116/2007, Hospital de Vallecas.

⁸ Contrato sanitario en la terminología del artículo 69 la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid.

A partir de la iniciativa de la Comunidad de Madrid, la concesión de obra pública se ha extendido a otras Comunidades para la construcción de centros sanitarios: el *Hospital de Burgos* en Castilla y León ⁹, el *Hospital Son Dureta* en Baleares ¹⁰, la ampliación parcial del *Hospital Virgen del Rocío* ¹¹ y el nuevo edificio hospitalización del *Hospital Costa del Sol* de Marbella ¹², ambos en Andalucía. Se anuncia su empleo por otras Administraciones Sanitarias –es el caso del futuro *Hospital de Ibiza*, en Baleares-.

b) Concesión de servicio público hospitalario.

La otra fórmula utilizada por la Comunidad de Madrid para la construcción y prestación de servicios sanitarios es la concesión de servicio público. Ya, en 2004, el Gobierno autonómico decidió que uno de ellos, el *Hospital de Valdemoro* (denominado “*In-*

⁹ Fue adjudicado a una agrupación empresarial, con presencia de cajas de ahorro, constructoras y entidades financieras, mediante resolución incluida en el B.O.E. 94, de 20 de abril de 2006. El objeto es la construcción de un hospital de 678 camas, con una duración de 30 años, y una retribución anual a la concesionaria superior a 38 millones de euros –con criterios correctores según calidad y disponibilidad ya estudiados-.

¹⁰ Presupuesto de licitación: 779 millones/euros; retribución: canon preestablecido y canon variable. Del pliego de cláusulas administrativas es preciso destacar los siguientes aspectos: su objeto incluye los servicios no sanitarios y comerciales, el equipamiento del establecimiento y, a diferencia de los centros de la Comunidad de Madrid, los sistemas informáticos (TICs); se admiten todas las modalidades privadas de financiación previstas por el legislador; igualmente, en cuanto al riesgo concesional, se formula la declaración general, pero se precisa el derecho al equilibrio económico-financiero en los casos de ius variandi, fuerza mayor, modificación de las prescripciones técnicas, cuando los rendimientos vinculados con los servicios no clínicos no alcancen o superen los umbrales máximo y mínimos considerados en la oferta y, además, cuando la tasa interna de retorno exceda de la fijada por el concesionario en su oferta –en este caso, la Administración tendrá derecho al 20% de ese exceso-; se insiste en la obligación del concesionario de actualizar el equipamiento de acuerdo con el progreso de la técnica; por último, se crea una unidad de supervisión y control para vigilar el cumplimiento del contrato. La convocatoria se publicó en B.O.E. 276, de 18 de noviembre de 2005.

¹¹ Su objeto es complejo: construcción de un centro de investigación biomédica, aparcamiento subterráneo e infraestructura complementaria, con explotación parcial de estas infraestructuras (las no sanitarias). La convocatoria se publicó en B.O.E. 103, de 1 de mayo de 2006.

¹² La convocatoria se publicó en B.O.E. 61, de 12 de marzo de 2007.

fanta Elena”), quedara sometido a este régimen contractual -a imagen de la experiencia valenciana con el Hospital de Alcira-¹³.

Ahora, en 2008, en orden al desarrollo de actuaciones incluidas en el Plan de Infraestructuras Sanitarias 2007-2011, se prevé la construcción y explotación mediante concesión de servicio público de cuatro nuevos hospitales comarcales: *Collado Villalba, Torrejón de Ardoz, Móstoles y Carabanchel*. Inicialmente, ninguno de estos hospitales asumirá la atención primaria del ámbito en el que operen. La diferencia más destacada con respecto al régimen del Hospital de Valdemoro es la retribución: la Administración abonará una cantidad per cápita por usuario protegido y, además, un canon por los servicios no sanitarios prestados y la instalación construida¹⁴.

En el caso de la Comunidad de Madrid, el plan de infraestructuras para 2007-2011 prevé 55 nuevos centros de salud, sin que, en el momento en que se cierra este trabajo, se haya hecho público cuál sea la fórmula para su construcción y puesta en funcionamiento.

1.3 Otras iniciativas: entidades instrumentales que construyen centros sanitarios y los arriendan a la Administración.

Aun centradas estas líneas en las iniciativas de Valencia y Madrid, una adecuada valoración de las mismas pasa por poder situarlas en el marco más general de la búsqueda por las distintas Administraciones Sanitarias de fórmulas no tradicionales para la construcción y puesta en funcionamiento de hospitales y otros centros sanitarios.

En este sentido, las experiencias descritas son coetáneas de los supuestos en los que la Comunidad

Autónoma crea una entidad interpuesta, pública o privada, que se sitúa entre la Administración sanitaria y el contratista encargado de la construcción del centro, asumiendo aquel ente la condición de arrendador y la Administración la de arrendataria. Dicho de otro modo, esas empresas primero construyen y luego arriendan los inmuebles a la Administración sanitaria correspondiente para que éstas presten servicios asistenciales, conservando, en casi todos los supuestos, la titularidad de los mismos hasta la reversión.

Es el caso de la empresa pública regional “*Gestora de Infraestructuras Sanitarias de la Región de Murcia, S.A.*” (GISCARMSA), creada por Decreto 129/2004, de 17 de diciembre. El 24 de febrero de 2005, esta empresa suscribió un convenio-marco de colaboración con la Consejería de Sanidad para la construcción del nuevo *Hospital de Cartagena*. A la conclusión de las obras, ambas partes se comprometen a suscribir un convenio específico de arrendamiento operativo, en virtud del cual la empresa pública conserva la titularidad del hospital, que arrienda a la Comunidad Autónoma a cambio de una remuneración por su utilización y prestación de servicios¹⁵.

Otro supuesto es la empresa “*Sanitat Integral del Baix Llobregat, S.L.*”, empresa pública dependiente del Consorcio Sanitario Integral (Servicio Catalán de la Salud, Instituto Catalán de la Salud, Cruz Roja, Ayuntamientos de Sant Joan Despí y L’Hospitalet, y el Consejo Comarcal de Baix Llobregat). En orden a la construcción del nuevo *Hospital Comarcal del Baix Llobregat*, esta empresa ha convocado y adjudicado por cuenta del citado Consorcio un contrato que tiene por objeto las obras e instalaciones de ese hospital, el mantenimiento y reposición, la construcción de un aparcamiento anexo, la financiación de las obras e instalaciones, y la prestación de algunos servicios no sanitarios –suministros de agua, gas natural, electricidad, televisión y telefonía para las habitaciones-. El nuevo centro cuenta con 238 camas, una inversión inicial de 54 millones de euros, y una vigencia de 30 años, durante los cuales la UTE adjudica-

¹³ Los datos básicos para la concesión del Hospital de Valdemoro: 133 camas, concesionario obligado a constituirse en sociedad anónima, 30 años de duración, retribución: 330 euros/año por persona (76.492 habitantes). La convocatoria en Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, 189, de 10 de agosto de 2005, la adjudicación en B.O.E. 40, de 16 de febrero de 2006.

¹⁴ Estos datos se extraen de dos referencias de prensa: “Madrid. Un poco de luz sobre el plan de infraestructuras 2007-2011”, *Diario Médico*, 24/09/2008, y “Aguirre extiende la privatización a los cuatro grandes hospitales públicos”, *El País*, 24/09/2008., ambas en el mismo sentido.

¹⁵ Referencias en B.O. Región de Murcia, 65, de 18 de marzo de 2005, y en el B.O.E. 54, de 4 de marzo de 2005.

cataria percibirá un canon de la sociedad contratante¹⁶.

Igualmente, “*Servicios Hospitalarios Generales, S.L.*” (SHG), que depende del grupo de empresas públicas dirigido por Instituto de Finanzas de Castilla-La Mancha, que tiene el encargo de construir el nuevo *Hospital de Toledo*. La obra se ejecutó mediante un contrato llave en mano-. Una vez concluida y entregado el inmueble, esa empresa lo pone a disposición del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha, mediante un contrato de alquiler por 36 años, en donde mantiene la propiedad, asumiendo el mantenimiento del inmueble en unos determinados parámetros de calidad y la prestación de servicios no sanitarios¹⁷.

En esta mismo bloque de iniciativas debe situarse la empresa pública “*Gestión de Infraestructuras Sanitarias del Principado de Asturias, S.A.*” (GIS-PASA), convocante de concurso para la contratación de las obras de construcción del nuevo *Hospital Universitario Central de Asturias*¹⁸, así como del nuevo *Hospital de Mieres*. Al mismo modelo organizativo responde la labor de la empresa: “*Gestión de Infraestructuras Sanitarias de Cantabria, S.L.*”, en relación, entre otros, con el *Hospital de Tres Mares* de Reinosa y diversos centros de salud¹⁹.

El más reciente, aunque seguro que no el último caso, es la empresa gallega “*Galaria, Empresa Pública de Servicios Sanitarios, S.A.*”, creada a partir del Instituto Gallego de Medicina Técnica, S.A. (Medtec), a la que sustituye, que tiene como objeto social el desarrollo, ejecución y explotación de infraestructuras sanitarias, así como la prestación de servicios sanitarios, bien por si misma, bien mediante filiales o participando en sociedades de objeto análogo, bien mediante cualquier otra fórmula admitida en derecho²⁰. El motivo de su creación es el desarrollo de las

actuaciones previstas en el *Plan Director de Infraestructuras Sanitarias para Galicia 2008-2013*, que incluye los nuevos hospitales de *Vigo* y de *Lugo*²¹.

2.- Las razones de estas iniciativas.

2.1 La demanda de nuevos centros sanitarios y de renovación de los existentes (los planes de infraestructuras).

¿Por qué las Administraciones sanitarias de Valencia y Madrid han “descubierto” las concesiones como fórmula para la construcción, renovación y puesta en funcionamiento de centros sanitarios hospitalarios? ¿Por qué han buscado la colaboración público-privada? ¿Por qué no han acudido a la vía

²¹ *La expansión de esta fórmula trae causa de un primer pronunciamiento de Eurostat en el que aceptó que esta clase actuación no computaba como endeudamiento en las cuentas de la Administración territorial. Era el caso de una empresa pública a la que el Gobierno austríaco traspasó la propiedad y el mantenimiento de un buen número de edificios públicos para su arrendamiento a la Administración pública a cambio de un precio que se fija en condiciones de mercado. Es la Decisión de 31 de enero de 2002 de Eurostat en el caso “BIG”. En este pronunciamiento consideró que esa empresa merece la consideración de una unidad institucional pública, con autonomía de gestión y cuentas propias, que realiza una actividad orientada al mercado -regla del 50% de ingresos a precios económicamente significativos-. Este es el precedente que se esgrime como amparo de este modo de construir toda clase de infraestructuras públicas y, en particular, centros sanitarios. Pues bien, lo cierto es que esa referencia no sirve para los casos descritos. Con independencia de otras consideraciones, el criterio contable no se cumple: es preciso que, al menos, el 50% de los ingresos de estas sociedades procedan del mercado o “a precios de mercado”, no de transferencias de la Administración, ni de tarifas tasadas; algo de imposible prueba puesto que, cuando se adjudica la obra y arrendamiento a la sociedad, no es reconocible mercado de obras y arrendamiento que pueda funcionar como referencia. Por otra parte, es complicado aceptar “condiciones de mercado”, cuando esos bienes resultan inembargables, la reversión es automática, y ninguna capacidad de decisión sobre su uso o disposición conserva la sociedad “arrendadora”. Además, la técnica del levantamiento del velo pone de manifiesto el carácter público de estas entidades, así como el carácter instrumental del vínculo jurídico existente, lo que hace imposible compatir que esa relación sea un arrendamiento, menos aún que los bienes pertenecen a una entidad pública distinta y que, realmente, se produzca un arrendamiento operativo. El carácter instrumental se impone. Se trata de un nuevo ejemplo de “medio propio instrumental y servicio técnico de la Administración” –hoy regulado por el artículo 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público-. No hay riesgo real alguno; no más que los que recaen sobre una Administración sanitaria territorial.*

¹⁶ Datos aparecen en B.O.E., 294, de 7 de diciembre de 2004.

¹⁷ Datos se encuentran en página web: www.sescam.jccm.es..

¹⁸ Referencias en B.O.E. 40, 15 de febrero de 2007.

¹⁹ Referencias en B.O.E. 47, 23 de febrero de 2007.

²⁰ Creada por Decreto 209/2008, de 28 de agosto, por el que se modifica la denominación y los Estatutos del Instituto Gallego de Medicina Técnica, S.A. (D.O.G. 182, 19 de septiembre de 2008).

tradicional del contrato administrativo de obra pública? ¿Por qué construir más hospitales y centros sanitarios si, según se insiste, el crecimiento del gasto sanitario es el primer problema de la sanidad pública?

22

El estudio de la evolución del gasto sanitario evidencia que cuanto más rica es una sociedad, más recursos dedica a la asistencia sanitaria. Los ciudadanos demandan más y mejor atención, y, como parte de la misma, una mayor cercanía de los centros y establecimientos sanitario. Esto se traduce en la construcción de centros más cercanos a los lugares de residencia –buena parte de los hospitales objeto de concesiones son comarcales, el número de camas lo indica-. A esta demanda han respondido las Administraciones Sanitarias autonómicas con planes de construcción de infraestructuras hospitalarias por importe superior a 10.000 millones de euros en los próximos años. A modo de referencia: Madrid: 2004-2007, 1.200 millones (renovado por otro para 2008-2011); Valencia: 2005-2008, 1.100 millones (ampliado hasta 2011); Cataluña: 2004-2012, 4.200 millones; y Galicia 2008-2013, 1300 millones. El problema se encuentra en cómo financiar y construir estos nuevos establecimientos sanitarios.

La vía ordinaria y tradicional es la ejecución mediante contrato administrativo de obras con cargo a fondos públicos presupuestarios, en su caso, con incremento de la deuda pública, sin aumento expreso de la carga tributaria sobre los ciudadanos. De hecho, como se destacó, las mismas Comunidades han puesto en marcha en paralelo la construcción de hospitales en la forma tradicional (en el caso de Valencia, los *hospitales de La Fe, Liria y Gandía*). Otras Comunidades mantienen el régimen tradicional (*Hospital de Badajoz, Extremadura, y Hospitales Norte y*

²² Se expone a continuación una síntesis de la explicación más detallada de las razones que llevan hacia las concesiones realizada en F.J. Villar Rojas, “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *Revista de Administración Pública*, 172, 2007, en particular, páginas 150 a 173. Un excelente repaso de las distintas modalidades admitidas en nuestro ordenamiento: L.Míguez Macho, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho Español”, *Revista de Administración Pública*, 175, 2008, págs. 157 a 215.

Sur de Tenerife, Canarias). La colaboración privada, vía conciertos sanitarios, quedó siempre relegada a la prestación de servicios.

Lo cierto es que, en los últimos años, para seguir este camino es preciso hacer frente a algunas exigencias legales que, en algún caso, son insalvables.

2.2 Los límites legales al endeudamiento público: la huida del derecho presupuestario –no se considera ninguna otra modalidad de construcción–.

a) Planteamiento.

¿Por qué acudir a fórmulas concesionales? ¿Por qué se buscan variantes de “colaboración público-privada”? En particular, ¿por qué la concesión de obra pública? La respuesta se encuentra en las limitaciones legales sobre el gasto público y, en especial, sobre el nivel de déficit público y de endeudamiento de las Administraciones.

La clave se encuentra en el artículo 104 del Tratado de la Unión Europea: “*Los Estados miembros evitarán déficit públicos excesivos*”. En relación con este mandato, el apartado 2 del mismo artículo en relación con el protocolo 20 del Tratado fijó la proporción entre producto interior bruto y déficit público en el 3% y, además, la relación entre la deuda pública y el producto interior bruto en el 60%. Estos son los parámetros de estabilidad presupuestaria para los Estados miembros ²³. La construcción y financiación de nuevas obras públicas debe ser valorada en relación con las limitaciones de endeudamiento que resulten de aplicación, teniendo en cuenta que la construcción mediante contrato de obra es una inversión con recursos públicos que constituye deuda para la

²³ En desarrollo de estos preceptos, en orden a fijar conceptos y criterios contables uniformes, el Consejo aprobó varias disposiciones normativas; en concreto, los Reglamentos (CEE): 3605/93, sobre el procedimiento de aplicación del protocolo en caso de déficit excesivo, 2223/96, sobre el sistema de cuentas nacionales y regionales (también conocido como Reglamento SEC-95), 1466/97, sobre aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo, y 1467/97, de supervisión de situaciones presupuestarias y programas de estabilidad y planes de convergencia. De esta regulación trae causa en España: el R.D.-Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria, y la Ley Orgánica 5/2001, de 13 de diciembre, complementaria de la anterior.

Administración pública. En consecuencia, si, pese a todo, el límite de endeudamiento no es superado, la ejecución es viable; pero si, por el contrario, lo supera, entonces la obra no puede ser abordada; y, o bien se olvida, o bien se buscan formas de financiación que no computen como deuda de la Administración – si es que existen-.

Como es conocido, esa normativa gira en torno al concepto de deuda pública y, a su vez, las obligaciones que merecen esa calificación. Las categorías a considerar son las siguientes:

a) La deuda pública es el valor nominal total de las obligaciones brutas del sector Administraciones públicas pendientes a final de año, a excepción de las obligaciones representadas por activos financieros que estén en manos del sector Administraciones (artículo 1.5 del Reglamento 3605/93).

b) La deuda pública está integrada por las obligaciones de las Administraciones en las siguientes categorías: a) efectivo y depósitos (AF.2), b) títulos que no sean acciones, con exclusión de productos financieros derivados (AF.33), y préstamos (AF.4), conforme a las definiciones del SEC-95 (artículo 1.5 citado en relación con el Reglamento 2223/1996, conocido como SEC-95).

c) Los préstamos son activos financieros creados cuando los acreedores prestan a los deudores, bien directamente, bien a través de agente, que no están materializados en documentos no negociables o no están materializados en documento alguno, que se caracterizan porque las condiciones las fijan instituciones financieras o se negocian con ellas, la iniciativa de realizar el préstamo la toma el prestatario, y el préstamo es una deuda incondicional para el acreedor que debe reembolsar a su vencimiento y que devenga intereses (AF.4, apartados 5.69 y 5.70, Reglamento 2223/96).

d) Dentro de la categoría de los préstamos se incluyen los acuerdos de arrendamiento financiero -no el arrendamiento operativo- y de compras

a plazos (AF.4, apartado 5.81, letra g, Reglamento 2223/96).

e) El arrendamiento financiero es aquella modalidad en la que el arrendador compra el bien y el arrendatario le paga un alquiler con el que aquél recupera la totalidad, o la práctica totalidad, de los costes e intereses, siendo superior el reembolso del préstamo que el valor de los servicios prestados (alquiler), con lo que se entiende que el arrendador le concede un préstamo al arrendatario igual al valor de adquisición del activo, que debe ser contabilizado desde el primer momento. En cambio, el arrendamiento operativo de bienes, que se mide por el valor del alquiler por el uso, no es un sistema de financiar la adquisición de un activo, de modo que sólo se contabilizan los pagos, no el valor del bien. Lo ordinario además, en esta segunda modalidad, es que el arrendador asuma la responsabilidad de las reparaciones y el mantenimiento, algo que no ocurre en la primera (Anexo II, definiciones, del Reglamento 2223/96).

Lo relevante, más allá de los conceptos expuestos, es que la naturaleza de los acuerdos y operaciones de cesión y alquiler de bienes determina su cómputo o no como deuda pública. Si es arrendamiento financiero se incluye; en cambio, si merece la calificación de arrendamiento operativo no se computa. Como tantos otros conceptos y categorías comunitarios (organismo público, poder adjudicador), esta calificación es funcional o material, no formal, ni subjetiva (introducción del Reglamento 2223/96).

El carácter material, unido a la propia complejidad de los contratos de financiación y explotación de infraestructuras públicas, han llevado a que la Comisión Europea (Eurostat) explicara los criterios de aplicación de esta normativa en el anexo IV del denominado “*Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*”²⁴.

²⁴ *Manual del SEC-95 sobre el déficit público y la deuda pública*, Eurostat, Oficina Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2ª ed., 2002 (1ª, 2000, 156 págs), 249 págs., parte IV, págs. 163 a 200. El apartado 4.2 fue objeto de nueva redacción a raíz de la Decisión de Eurostat de 11 de febrero de 2004, en la que se fijan los principios sobre la financiación de inversiones en los su-

A los limitados efectos de esta exposición, interesa destacar que ese documento diferencia dos situaciones.

La primera es aquella en la que el coste de la obra se financia íntegramente con cargo a tarifas pagadas por los usuarios (sea por el uso, sea por la explotación de los servicios comerciales). En este caso, la obra no tiene que computarse en el balance de la Administración porque no tiene impacto ni en el déficit ni en el endeudamiento. Y ello, aunque pueda haber un compromiso, incluso una obligación, de la Administración pública de hacerse con el bien al concluir el contrato (la cláusula reversional), siempre que lo sea de modo gratuito o a precio de mercado (retribuir la amortización pendiente).

La segunda es aquella en la que el concesionario construye y explota el bien y, a cambio, recibe pagos de la Administración concesionaria, incluso cuando ésta presta los servicios fundamentales y el empresario se encarga de los complementarios y comerciales. En este caso, la valoración de la operación depende de quien asuma el riesgo derivado de la propiedad del bien y en qué grado. Si lo asume el concesionario, no se genera déficit a la Administración, siempre que los pagos no sean fijos ni estén garantizados a priori, de modo que el “*riesgo y ventura*” recaiga sobre el empresario, mientras la Administración sólo paga por lo que efectivamente recibe en las condiciones convencionales (se trataría de un arrendamiento operativo). De lo contrario, si el riesgo lo asume la Administración, el importe de la obra debe computarse como deuda de la misma –incluirse en su balance– y por tanto genera déficit público (se trataría de un arrendamiento financiero).

En suma, el elemento que determina la inclinación de la balanza es el riesgo. Existen algunos criterios para evaluarlo, que se describen a continuación. No obstante, en última instancia, la calificación definitiva depende del análisis de reparto de riesgos de

cada contrato. La realidad negocial se impone sobre cualquier consideración predeterminada.

b) Valoración de las concesiones sanitarias: ¿se traspa el riesgo?

El concepto *riesgo* es de difícil concreción, mucho más para establecer reglas o principios generales. Aun así, la Comisión Europea (Eurostat) ha formulado una definición que identifica tres clases de riesgo:

1) *Riesgo de construcción*, que abarca la inversión en la obra y su coste financiero –variación mercados capitales–, retrasos en la entrega, riesgos medioambientales, deficiencias técnicas de proyecto o de ejecución, existencia o no de cláusulas penales por demora, responsabilidad por daños a terceros.

2) *Riesgo de disponibilidad*, que se refiere a la calidad del servicio, y que incluye la no entrega de las instalaciones o de la calidad contratada, el incumplimiento de parámetros o requerimientos que hayan sido pactados, el ofrecimiento de menos servicios o de capacidad de prestación de los establecidos en el contrato y los pliegos.

3) *Riesgo de demanda o frecuentación*, que alude a la variabilidad de la demanda, tanto del número de usuarios, como de los servicios demandados, o de ambos.

Pues bien, de acuerdo con las normas señaladas, los bienes a que se refieran los contratos merecen la consideración de activos privados cuando el contratista o concesionario asuma el riesgo de construcción y, al menos, otro de los riesgos mencionados, el de disponibilidad o el de demanda. En caso contrario, el activo debe ser contabilizado como bien público, con independencia de su situación jurídico-formal.

Es preciso proyectar esos criterios sobre las concesiones hospitalarias estudiadas.

En cuanto al tipo de modalidad de colaboración según quien sea el pagador del servicio, en las dos modalidades concesionales utilizadas para la construcción de centros sanitarios, el único pagador es la Administración. Los usuarios-pacientes no pagan cantidad alguna por las prestaciones que reciben, más allá de los servicios comerciales y complementarios –

puestos de colaboración público-privado, del que resultó el documento titulado: “Long term contracts between government units and non government partners (public-private partnerships)” (Comisión Europea, Oficina de Publicaciones de las Comunidades Europeas, 2004, 26 págs).

aparcamientos-. Este es el motivo de que se califiquen estas concesiones como “peaje en sombra”, porque el usuario no paga contraprestación por el servicio. Esta realidad condiciona el análisis de los riesgos.

En cuanto al *riesgo de inversión* –de construcción-, no se producen pagos hasta la entrega de la obra; por lo tanto, se asumen los riesgos inherentes al coste de la financiación privada de la misma y los que puedan derivar de la mora en la ejecución, de las deficiencias técnicas del proyecto y ejecución, y de los daños que puedan causarse a terceros. No obstante, como en cualquier contrato de obras públicas, el contratista tiene derecho al equilibrio económico-financiero, ordinario, a través de la revisión de precios y, de modo excepcional, en los casos de fuerza mayor. En el caso de las concesiones de obra pública, se suma la posibilidad de obtener financiación sobre los derechos de cobro futuros. A todo esto debe añadirse que, aun antes de su conclusión, el bien a construir se encuentra afecto al servicio público al que se destinará. Y, además, en todos los supuestos, los bienes revertirán a la Administración. Pese a todo, esta clase de riesgo concurre.

En relación con las *otras de las modalidades de riesgo* –sea disponibilidad, sea demanda-, su valoración requiere separar las dos modalidades concesionales que vienen siendo estudiadas:

-En cuanto a los *contratos de concesión de obra pública*, en relación con el riesgo de disponibilidad, las cláusulas penales trasladan una parte de riesgo al concesionario, que queda obligado a asegurar la calidad de las instalaciones y servicios no sanitarios que ofrece a la Administración. De igual modo, el riesgo de demanda existe, en la medida que el número de usuarios no se garantiza, como tampoco la eventual apertura de otros centros y establecimientos que “compitan” en prestaciones; en este sentido, la diferencia con el pago capitativo de las concesiones de servicio público es patente. Ahora bien, en modo alguno puede desconocerse que, en todos los casos, existe un pago garantizado, alrededor del 40% del precio del contrato, que se corresponde con la inversión realizada, mientras

que la cantidad restante tiene que ver con los servicios prestados²⁵. Asimismo, en todos estos contratos, se fijan unos umbrales mínimo y máximo de ingresos, que moderan el riesgo de baja frecuentación o uso del centro y de sus servicios. Y, en última instancia, la falta de garantía de demanda es formal: todas las convocatorias y pliegos se refieren a una población protegida –con tarjeta sanitaria- que será atendida. En consecuencia, el riesgo de disponibilidad y frecuentación es limitado, y, en todo caso, la inversión se encuentra garantizada a través de los pagos diferidos a lo largo de los años. La prestación de servicios no sanitarios, como la carga del mantenimiento, conservación y renovación de los inmuebles y, en algún caso, de los equipamientos, se compensa con la parte restante de la retribución pactada; en lo que no es sino un contrato de prestación de servicios a la Administración, con la singularidad, frente a otras épocas, de que todos ellos se otorgan y son atendidos por un único empresario que es el concesionario. El riesgo es el propio de esta clase de contratos.

-En el caso de la *concesión de gestión de servicio público sanitario*, el riesgo de disponibilidad y de demanda es limitado; mejor, es equivalente al que pueda existir en cualquier contrato público de servicios, como cualquier concierto sanitario. Una vez construido, el inmueble es recibido por la Administración y se incorpora al patrimonio público, si bien, en virtud del contrato, se otorga su uso y el de sus instalaciones al concesionario. A partir de entonces, el empresario cobra una cantidad capitativa por cada uno de los habitantes a los que debe atender (población protegida), cantidad a la que se suma el importe de los servicios prestados a otros pacientes por motivos de urgencia y de la que se detrae la atención prestada por otros centros sanitarios públicos, por esa misma razón, a pacientes que integran su ámbito de protección. En

²⁵ El Tesoro británico calcula que del precio total, entre el 40 y el 50% retribuye los servicios, el resto, entre el 50 y el 60%, la inversión realizada (“PFI: strengthening long-term partnerships”, HM Treasury, marzo de 2006, 122 págs, en particular, pág. 22).

orden a garantizar tanto la estabilidad del concesionario como evitar una desinversión que perjudique a esta población con respecto a la atendida en los centros de titularidad pública, los pliegos aseguran la revisión de precios con carácter ordinario y el restablecimiento del equilibrio económico-financiero en los casos en que se produzcan cambios en el contenido de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud o en las complementarias ofrecidas por el Servicio Autónomo de Salud. Se trata del clásico principio de suficiencia financiera, propio de esta clase de contratos. Nada se dice en cuanto a una disminución drástica del número de pacientes atendidos, pero parece razonable considerar aplicable la teoría del riesgo imprevisible; a fin de cuentas, tanto la cantidad anual per cápita como el número de años de concesión se calculan sobre una población protegida determinada, obligada a acudir a ese centro (artículos 15 y 17 Ley General de Sanidad, y 9 de la Ley de Cohesión y Calidad). Por otra parte, se establecen penalidades por incumplimiento de la calidad concesional, lo que sin duda representa un riesgo para el concesionario; pero no es especialmente relevante, en la medida que el número de pacientes, que es la clave determinante del precio, está garantizado. De este modo, los contratos de concesión de servicio público sanitario son una forma de construcción, financiación y gestión de centros asistenciales en los que el precio de la edificación se difiere a lo largo de varios años, integrado en los pagos por prestación de los servicios asistenciales (un contrato de obra seguido de un concierto sanitario).

Más allá del criterio contable, no puede desconocerse que todos y cada uno de estos hospitales se incorporan a una planificación territorial de los servicios sanitarios –tantas camas por tantos pacientes, tantos médicos por tantas tarjetas sanitarias-, como evidencia la asignación de grupos de población protegida a cada nuevo hospital, lo que asegura un notable grado de estabilidad en la ocupación. No existe la libertad de elección de centro sanitario. En esta situación, es inimaginable que la Administración sanitaria “abandone” cualquiera de estos centros por “*incumplimiento de los estándares de calidad*”; en el peor de

los casos, acudirá al secuestro y, en su caso, a la resolución con asunción de la gestión (el ejemplo del Hospital de Alcira es elocuente).

En resumen, el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien diferido en el tiempo. La inversión se encuentra garantizada, por mucho que se encuentre escondida en el precio total. No existe mercado de usuarios pues la población a atender se encuentra asegurada. La responsable única ante el usuario es la Administración. La obra revierte, incorporándose al patrimonio público, si no lo estaba ya desde su puesta en funcionamiento –licencia de primera ocupación-. Es cierto que el concesionario asume algunos riesgos en cuanto al mantenimiento de las instalaciones y a la calidad de los servicios que presta, pero –como se dijo en otra ocasión- esto no es más que un contrato de servicios con una modalidad de pago vinculada con el cumplimiento de unos estándares. Poco o ningún riesgo concurre en estas concesiones, ninguno a los efectos de poder desplazar la inversión hacia la contabilidad del empresario. Lo que se describe se corresponde con un arrendamiento financiero, un préstamo del concesionario a la Administración, que computa en la deuda pública de aquella. Esto puede explicar que, en el caso de las nuevas concesiones de servicio público proyectadas por la Comunidad de Madrid se pretenda diferenciar en la retribución: una cantidad “per cápita” por los servicios asistenciales –concierto- y otra –canon- por la inversión efectuada y la disponibilidad de las instalaciones. Se puede discutir sobre los límites de la deuda y el déficit público fijados por las autoridades comunitarias, incluso sobre las ventajas e inconvenientes del gasto público para promover el crecimiento económico; pero, mientras éstas sean las reglas, su cumplimiento es obligado para las Administraciones públicas.

En consecuencia, a modo de conclusión parcial, tanto los contratos de concesión de obra pública sanitaria, como las concesiones de gestión de servicios sanitarios deben ser computados en el endeudamiento de la Administración sanitaria contratante. En ninguna de esas modalidades contractuales se produce traslado real de riesgo a los gestores privados que permita evitar su consolidación en las cuentas autonómicas correspondientes.

2.3 Las concesiones de servicio público: ¿un motivo ideológico?

La legislación sobre endeudamiento público y estabilidad presupuestaria constituye la causa de la búsqueda de fórmulas concesionales, al menos, hasta la llegada de la crisis financiera de 2008. Éste y no otro es el motivo del descubrimiento de las técnicas concesionales por los responsables de los servicios sanitarios.

Es posible, también, añadir una cierta convicción ideológica en las virtudes de lo privado frente a lo público, reconocible a lo largo de la historia de la concesión de obra pública. Pero, con el riesgo que implica toda valoración de intenciones, no parece que ese fuera el factor determinante de la aceptación de la concesión como modalidad de colaboración privada en estos servicios. No cuando, tradicionalmente, la concesión se entendía inaplicable a la prestación de servicios sanitarios, por entender incompatible el ánimo de lucro del contratista (“*gestiona a riesgo y ventura*”) con la protección de la salud, entendida como utilización de todos los medios necesarios para su recuperación o conservación (“*cueste lo que cueste*”). Siempre se entendió que era una forma de gestión de servicios públicos económicos, no de servicios sociales, que carecían de contenido económico que los hiciera atractivos para el lucro mercantil, y en los que la financiación pública debía atender todas las necesidades²⁶.

No obstante, ahora, cuando la consolidación de esas inversiones en las cuentas públicas resulta ya poco discutible, el factor ideológico sí que puede esgrimirse para sustentar el que se utilice la fórmula concesional para la construcción de nuevos centros sanitarios. Siendo así, en la medida que la gestión por concesiones de servicio público trae consigo el debate sobre la privatización de la sanidad, es preciso dar un paso más y preguntarse: ¿qué son las formas de gestión descritas? ¿son supuestos de “privatización”? Si lo son: ¿qué se privatiza?

²⁶ Lo destacó A. Menéndez Rexach, “Formas de gestión de los servicios sanitarios”, en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, ob. cit. págs. 90 y 91.

3.- La valoración jurídica de estas experiencias e iniciativas.

3.1 Gestión directa por ente instrumental con servicios no sanitarios concertados –consolida deuda–.

Como quedó descrito, el que puede denominarse “*modelo madrileño de gestión sanitaria*” se resume en lo siguiente: a) la construcción de un centro hospitalario mediante un contrato de concesión de obra pública, que, una vez concluido, se retribuye mediante la suma de un canon que paga la Administración por la amortización de la inversión y por los servicios no sanitarios -que presta el concesionario- más los ingresos derivados de los servicios comerciales-que también atiende el contratista-²⁷; y b) la entrega del centro a la Administración para la prestación de los servicios sanitarios, que, en lugar de encomienda esa tarea a un hospital tradicional, lo hace a una empresa pública –entidad de derecho público- con cierta autonomía de gestión –contrato-programa, tesorería, patrimonio propio- y vocación –más bien inútil- de huir hacia el derecho privado en su funcionamiento.

En consecuencia, tras la construcción, el modelo cristaliza en la creación de un ente público instrumental encargado de la prestación de los servicios sanitarios a los pacientes que le correspondan, sin perjuicio de que el resto de los servicios sean prestados por el contratista. Siendo así, la pregunta obligada es: ¿qué clase de forma de gestión es ésta? ¿es un caso de privatización de la gestión?²⁸

²⁷ Para una explicación general de esta clase de contrato, los trabajos de A. Embid Irujo y E. Colom Piazuelo, *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004, 491 págs; los artículos recogidos en R. Gómez-Ferrer Morant (Dir), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2004, págs. 752 a 820, y 1085 a 1356. 93 a 820; y A. Menéndez Menéndez (Dir), *Comentarios a la nueva Ley 13/2003, de 23 de mayo, Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, 555 págs. Más recientes: A. Ruiz Ojeda, *La concesión de obra pública*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 810 págs.

²⁸ La explicación detallada y exhaustiva de los cambios en la gestión de la sanidad producidos en los últimos años, con amplia referencia a la bibliografía que se ha ocupado de este tema, por todos: M. Domínguez Martín, *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006, 549 págs.

La prestación de un servicio público mediante su encomienda a una entidad personificada de derecho público que somete su actividad preferentemente al ordenamiento privado es una forma de gestión directa de servicios públicos²⁹. En las categorías de la legislación estatal, esta fórmula encaja con las empresas públicas, entidad de derecho público con personalidad jurídica que se somete al ordenamiento privado (artículo 6.1.b del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, derogado) y con los organismos públicos (artículo 41 y siguientes de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado). Se trata, en suma, de una de las manifestaciones del fenómeno conocido como “*huida al derecho privado*” en la gestión de los servicios sanitarios³⁰. Es una forma más de la utilización de formas jurídico-privadas para la prestación de esos servicios. No hay en ella privatización ni siquiera entendida como mero cambio hacia una forma de gestión indirecta.

Este “modelo madrileño” no es nuevo. La fórmula se emplea en otros hospitales de esa Comunidad Autónoma (*Hospital de Fuenlabrada*, 2002³¹), como antes de otras Comunidades (*Hospital de la Costa del Sol*, 1992, *Hospital de Poniente*, 1996, y *Hospital del Alto Guadalquivir*, 1999, en Andalucía, entre otros³²).

²⁹ Artículo único.1 de la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión, y R.D. 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud. Más general, el cuadro del artículo 85.2.A de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local.

³⁰ Entre sus últimas manifestaciones, el uso de las fundaciones. Sobre ellas, entre otros, el trabajo de J. Socias Camacho, *Fundaciones del Sector Público. En especial en el ámbito sanitario*, Iustel, Madrid, 2006, 190 págs.

³¹ Creada por artículo 18 de la Ley 13/2002, de 20 de diciembre, de medidas. Sus estatutos fueron aprobados por Decreto 196/2002, de 26 de diciembre.

³² Creadas por la disposición adicional 18ª de la Ley 4/1992, de 30 de diciembre, de Presupuestos para 1993, la empresa pública Hospital Costa del Sol (Málaga), estatutos aprobados por Decreto 88/1994, de 19 de abril; por la disposición adicional segunda de la Ley 9/1996, de 26 de diciembre, de acompañamiento de los presupuestos, la empresa pública Hospital de Poniente (Almería), siendo aprobados sus estatutos por Decreto 131/1997, de 13 de mayo; y por la Ley 11/1999, de 30 de noviembre, de la

Por más vueltas que se le de, es una forma de gestión por la Administración con sus propios medios, esto es, directa. El que la prestación de los servicios no sanitarios y comerciales la asuma una única empresa, que es la gran “novedad”, en lugar de que lo hagan varias mediante distintos contratos administrativos de servicios, como es lo ordinario en los hospitales de régimen tradicional, no afecta a la conclusión alcanzada. Sólo lo cambiaría si los servicios sanitarios fueran encomendados al concesionario, algo que no se produce.

Por otra parte, como queda explicado, esta condición de modo de gestión directa es uno de los parámetros determinantes de que la inversión de la que traen causa estos centros sanitarios deba computarse –consolidar– en las cuentas de la Administración autonómica.

3.2 Gestión indirecta mediante contrato de gestión de servicio público, modalidad concesión –no es concesión, tampoco contrato de seguro–.

El “modelo valenciano de gestión sanitaria”, al que se suman las iniciativas más recientes de la Comunidad de Madrid, consiste en la utilización del contrato administrativo de gestión de servicio público, modalidad concesión, para la construcción de un centro sanitario y, a continuación, la prestación de servicios asistenciales por el propio concesionario durante el tiempo preciso para la recuperación de la inversión más el beneficio industrial correspondiente. El paradigma, para lo bueno y para lo malo, es el Hospital de Alcira. Nuevamente, es preciso preguntarse: ¿qué clase de forma de gestión es ésta modalidad de prestación? ¿es un caso de privatización?

Es pacífico que la prestación de un servicio mediante un contrato administrativo de gestión de servicio público, sea cual sea la modalidad seguida, es un supuesto de gestión indirecta de servicios públicos³³. En el supuesto de la concesión, un empresario priva-

Empresa Pública Hospital del Alto Guadalquivir (Jaen), sus estatutos fueron aprobados por Decreto 48/2000, de 7 de febrero.

³³ Artículo único.2 de la Ley de Habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. Más general, los artículos 253 de la Ley de Contratos del Sector Público y 85.2.B de la Ley reguladora de las bases del Régimen Local y concordantes.

do asume la responsabilidad de prestar a los usuarios un servicio determinado, en nombre de la Administración titular del servicio, que sigue siéndolo, pudiendo, además, tener la obligación de construir previamente el establecimiento para prestar esos servicios³⁴. De acuerdo con el derecho español, la forma de retribución es indiferente a efectos de esta calificación, ya pague la Administración, ya lo haga el usuario³⁵. La fórmula es equivalente, por ejemplo, a la prestación de los transportes públicos regulares permanentes de viajeros de uso general³⁶. En suma, las concesiones hospitalarias son un modo indirecto de gestión del servicio público sanitario.

Ahora bien, pese a lo evidente de la conclusión alcanzada, lo cierto es que algunas afirmaciones obligan a formular algunas aclaraciones.

La más sencilla, las concesiones de servicios hospitalarios merecen esa calificación de acuerdo con el derecho español vigente de contratos públicos (artículo 253 de la Ley de Contratos del Sector Público). Sin embargo, a la luz de la normativa comunitaria sobre contratación pública, esos contratos no son concesiones, ni pueden, por tanto, someterse a las reglas propias de esa modalidad de colaboración público-privada. Es jurisprudencia reiterada que la concesión requiere el otorgamiento al contratista del derecho de “explotación” del servicio, lo cual supone recibir todo o parte de la retribución de las tarifas pagadas por los usuarios atendidos (por todas, STJUE

13 de octubre de 2005, C-458/03, cdo. 41). Si la retribución es abonada en su totalidad por la Administración, el contrato no puede considerarse concesión, sino contrato de servicios. Siendo así, las concesiones de servicio público hospitalarias, tanto en Valencia como en Madrid, son en rigor supuestos de contratos públicos de servicios, en la terminología española, conciertos sanitarios³⁷. El servicio es garantizado por la Administración titular del mismo, que paga la totalidad de su coste. En este aspecto, nada tiene que ver estos contratos con las concesiones de transporte público regular de viajeros, como tampoco con las concesiones de autopistas de peaje³⁸.

La otra precisión se refiere a la naturaleza de estos contratos. Se ha dicho que realmente se trata de “contratos de seguro”³⁹. El argumento es que la retribución del concesionario es una cantidad por paciente cubierto –atendido o no–, de modo que el contratista se convertiría en un “asegurador” de la población asignada a imagen de las mutualidades de funcionarios públicos. Esta calificación suscita una duda fundamental: ¿esas concesiones son contratos de prestación de servicios o son contratos de seguros? ¿cuál es el objeto de la contratación?

Si fueran contratos de seguros, el concesionario operaría como asegurador, la Administración como tomadora, el paciente como beneficiario. El riesgo sería asumido por el concesionario, debiendo, en su caso, asumir el coste de una mayor demanda de prestaciones con la prima fijada –que sólo podría ser la cantidad per cápita abonada–, al tiempo que, en el supuesto de no utilizar esas prestaciones, debería poder practicar descuentos. En cuanto a la atención, el asegurar puede contratar los servicios con terceros –como los talleres de reparación de vehículos–. Este

³⁴ Para un análisis detallado de esta modalidad contractual, el trabajo clásico de F. Albi, *Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Aguilar, Madrid, 1960, págs. 501 a 671; y, más recientes, J.F. Mestre Delgado, “Las formas de prestación de los servicios públicos locales. En particular, la concesión”, en S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Municipal*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 2003, T.II, págs. 1474 a 1538; F. Sosa Wagner, *La gestión de los servicios locales*, Thomson-Civitas, Madrid, 6ª ed., 2004, págs. 185 a 250; J.J. Lavilla Rubira, “El contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, en R. Gómez Ferrer Morant (dir), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Thomson-Civitas, 2ª ed., 2004, págs. 943 a 980

³⁵ Artículo 257.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

³⁶ Artículo 71 y siguientes de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres. Bien es cierto que existe una diferencia entre una obligación de medios –asistencia sanitaria– y otra de resultados –transporte regular–

³⁷ Así, la STJUE de 27 de octubre de 2005, C-158/03, apartado 32, sobre la licitación de un concierto convocado por el Instituto Nacional de la Salud para la prestación de servicios de terapia respiratoria a domicilio.

³⁸ El desarrollo de esta calificación en Villar Rojas, “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *ob. cit.* págs. 157 a 160.

³⁹ Campoy Domene y Santacreu i Bonjoch, “La colaboración público-privada en el Sistema Nacional de Salud, El caso especial del modelo valenciano a propósito de la concesión de De-nia”, *ob. cit.* págs. 300, 305, 306 y 312.

sería, en síntesis, el régimen subyacente en esas concesiones. Pero, nada más lejos de la realidad, y también de los riesgos que ese entendimiento comportaría ⁴⁰.

Los contratos de concesión de servicios hospitalarios son contratos de prestación de servicios a terceros –los usuarios- por cuenta del sujeto titular del servicio público y garante de sus prestaciones que es la Administración sanitaria correspondiente (Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de la Salud, 2003). El modo de gestión de un servicio público no cambia el estatuto jurídico básico del mismo y, menos aun, los derechos y deberes de los usuarios –en este caso, los pacientes- (artículos 251, 255 y 256.1 de la Ley de Contratos del Sector Público). El único asegurador –si es posible emplear estos términos- es la Administración Pública. Es ella la única obligada a satisfacer las prestaciones que demanden los ciudadanos, tanto si lo hace con medios propios, como si lo hace con medios ajenos.

Por esas razones, entre otras, en las concesiones estudiadas, como en cualquier contrato de gestión de servicios públicos, rige el principio de suficiencia financiera –equilibrio económico del contrato, incluido el riesgo imprevisible- (artículo 258 de la Ley de Contratos del Sector Público). E, igualmente, a diferencia de un contrato de seguro, la subcontratación es excepcional (artículo 265 de la Ley de Contratos del Sector Público). Y ello porque, siendo lo contratado un servicio, la selección del contratista se realiza en función de su capacidad para prestarlo, sin que sea sustituible por cualquier otro empresario como, por ejemplo, se admite para el contrato de obras públicas. Esta realidad no cambia porque lo haga el modo de determinar la retribución del contratista –pago por acto médico, pago por proceso, pago per cápita-, que son eso: formas de determinar y cuantificar la retri-

bución a que tiene derecho el concesionario por el servicio que presta, introduciendo elementos que incentiven o desincentiven determinados comportamientos, nada más ⁴¹. El objeto del contrato y, por tanto, la posición jurídica de las partes sigue siendo la misma. No cabe la analogía con las mutualidades de funcionarios, puesto que éstas ocupan el lugar de la seguridad social por mandato legal. Así que no tienen que ver con las concesiones de servicios hospitalarios.

3.3 ¿Privatización de la sanidad? No, formas y medios privados de gestión.

¿Las formas de gestión utilizadas en Valencia y en Madrid son supuestos de privatización de servicios sanitarios públicos? No lo son. Esta respuesta requiere una mínima explicación.

El término privatización admite varios significados. De ellos tres son claves para la cuestión que se estudia:

a) La reducción de la actividad pública en la producción y distribución de bienes y servicios mediante el traspaso de esa responsabilidad a la sociedad –iniciativa privada- y el cambio de las reglas de funcionamiento –monopolio da paso a la competencia-. En su proyección sobre los servicios públicos significa, cuando menos, reducir las prestaciones que merecen esa calificación –lo sería reducir el catálogo de prestaciones sanitarias, como limitar la condición de beneficiario-.

b) El cambio de modos de gestión directa a formas de gestión indirecta de servicios públicos, lo que se conoce como “*externalización de servicios*”; y que en sanidad supone acudir a conciertos, convenios, acuerdos y otras modalidades contractuales.

c) La gestión jurídico-privada de servicios en mano pública o, lo que es igual, la privatización de la organización de los servicios públicos

⁴⁰ *Y es que, esta calificación como contratos de seguro sanitario parece querer equiparar estas concesiones con el modelo del “managed care” norteamericano. Se olvidan las críticas unánimes que esa forma de gestión viene recibiendo de cuantos analizan los defectos e insuficiencias de la asistencia sanitaria en ese país y la necesidad de una reordenación. Entre otros muchos, D. Haas-Wilson, “Managed care and monopoly power”, Harvard University Press, 2003, 238 págs. Y K. Swartz, “Reinsuring health”, Russel Sage Foundation, New York, 2006, 206 págs.*

⁴¹ *En este sentido, ya la STS. de 20 de mayo de 1974, en relación con una concesión de recogida de basuras, aclaraba que la vinculación de la retribución con el volumen de basura retirada es sólo una forma de calcular el precio o subvención a que tiene derecho el concesionario.*

sin cambio de titularidad (la huida hacia el derecho privado).

Pese a esas nuevas formas de prestación, la asistencia sanitaria en esas Comunidades sigue siendo un derecho reconocido a los ciudadanos, con un contenido que se mantiene –catálogo de prestaciones, que se financia por el ciudadano-contribuyente y no por el ciudadano-paciente –financiación pública, salvo copago en farmacia extrahospitalaria-. En consecuencia, las experiencias analizadas sólo afectan a la gestión, por tanto, a un ámbito en el que rige el principio de libertad de elección del modo de gestión (Ley 15/1997 de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de la Salud)⁴².

En consecuencia, no es posible hablar de privatización de la sanidad. Únicamente cabe calificar como privatización esas formas de gestión estudiadas si se emplea cualquiera de los otros significados del término. Así, la creación de empresas y entidades públicas para gestionar hospitales es un supuesto de gestión jurídico-privada de servicios en mano pública, mientras que las concesiones hospitalarias son ejemplo de gestión indirecta de ese servicio público. Sin duda, tanto una como otra traen consigo dificultades y riesgos, de los que se hablará a continuación, pero ello no las convierte en supuestos de privatización de la sanidad. Tampoco lo es la externalización de los servicios no sanitarios en las concesiones de obra pública que preceden a las empresas públicas hospitalarias.

4.- Los equilibrios, tensiones y riesgos en estas formas de gestión de los servicios sanitarios públicos.

4.1 Empresa pública hospitalaria: relaciones con el concesionario prestador de servicios no sanitarios (la unidad técnica de control).

Desde que se aprobó el primero de los pliegos referidos a las concesiones de obra pública hospitalaria, una de las cuestiones que se suscitaron fue el control

⁴² La explicación detallada de las bases del sistema sanitario español, sus elementos nucleares, con amplia referencia a la bibliografía que se ha ocupado de este tema, en E.M. Álvarez González, *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública*, Comares, Granada, 2007, 360 págs.

del cumplimiento de los complejo índices de calidad exigibles al concesionario y determinantes del canon a abonar por los servicios prestados⁴³. A su vez, una vez terminados los hospitales y puestos en funcionamiento, el problema apuntado se complica con otro: la necesidad de establecer un adecuado engarce entre la actividad no sanitaria, que sigue a cargo del contratista, y la actividad asistencial, que se encomienda a las nuevas empresas públicas hospitalarias.

Pues bien, en las concesiones de obra pública para hospitales en Madrid, la tarea de control, seguimiento y, en su caso, corrección, se ha encomendado a un órgano administrativo: la *Unidad Técnica de Control*, que forma parte de la Dirección General de Gestión Económica y de Compras de Productos Sanitarios y Farmacéuticos del Servicio Madrileño de Salud (artículo 8.º del Decreto 23/2008, de 3 de abril, de estructura orgánica del Servicio Madrileño de Salud). La previsión de esta figura orgánica se encontraba ya en el clausulado de los respectivos contratos (por ejemplo, cláusula 16.3 del pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato de concesión de obra pública del Hospital de Coslada). La tarea que se encomienda a este órgano se corresponde con la potestad de vigilar y dirigir el contrato propia de la contratación administrativa (artículo 255.2 de la Ley de Contratos del Sector Público). Los Estatutos de las empresas públicas creadas para la gestión asistencial, también atribuyen a estas entidades la función de coordinar, de acuerdo con la citada unidad técnica de control, el desarrollo operativo de los servicios no sanitarios de esos hospitales (a título de ejemplo, artículo 5.3.f del Decreto 114/2007, de 2 de agosto, de Estatutos de la Empresa Pública Hospital de Henares)⁴⁴.

⁴³ La posibilidad de establecer índices de calidad y, en consecuencia, de fiscalizar su cumplimiento y, en su caso, penalizarlo de acuerdo con el contrato, se recoge en el artículo 230.5 y 232 de la Ley de Contratos del Sector Público (anterior artículo 244.5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas). Un análisis de esta previsión y su aplicación en el ámbito de las infraestructuras viarias, en: A. Casares Marcos, *La concesión de obras públicas a iniciativa particular: tramitación, adjudicación y garantía contractual de la calidad*, Montecorvo, Madrid, 2007, 468 págs., en particular, págs. 422 y ss.

⁴⁴ En el caso del Hospital Sin Dureta (Baleares), estas tareas de seguimiento, control y evaluación de la operatividad y disponibi-

El ámbito de la actividad de control es preciso: la calidad de los servicios no sanitarios y su engarce con la actividad asistencial. No es tarea de ese órgano el control de la actividad asistencial, que es pública y, por tanto, sujeta a los mismos mecanismos de verificación que se aplican en cualquier otro centro hospitalario de esa Comunidad Autónoma. El tiempo dirá del éxito o fracaso de este órgano de control, que acaba de ponerse en marcha.

Por otra parte, el problema tiene una dimensión especial en el caso de las concesiones de servicio público hospitalario en la medida que es necesario controlar que la prestación se ajusta al contrato y, en particular, la atención recibida por los usuarios. En estos contratos, la tarea de control es fundamental en relación con el precio del contrato, en la medida que, fijada la retribución “per cápita”, existe el riesgo de que el contratista demore, hasta que sea “urgente”, incluso, restrinja la asistencia –sobre todo, pruebas diagnósticas- como vía para obtener más ingresos. En este caso, la fórmula empleada en Valencia es la designación de un “Comisionado”, funcionario o estatutario, encargado de esa tarea de vigilancia, inspección y, en su caso, corrección (cláusula 16 del pliego de explotación del contrato de concesión de servicio público del Hospital de Alcira y cláusula 26 del pliego de cláusulas administrativas correspondientes al Hospital de Manises). La figura recuerda al tradicional “Delegado del Gobierno” en las grandes concesiones de servicio público estatales (por ejemplo, en su día, *Telefónica*, *Red Eléctrica* y sociedades concesionarias de autopistas⁴⁵); pero también en las conce-

lidad de todas las áreas del hospital y del nivel de prestación de los servicios no clínicos se encomienda a un “Comisionado” que ejercerá esas funciones a través de la “Unidad de Supervisión y Control de la Administración”, de la que asume la máxima dirección (cláusula 46 del pliego de cláusulas administrativas que rige esa concesión de obra pública).

⁴⁵ Disposición adicional 2ª de la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de ordenación de las telecomunicaciones, y, de modo particular, la cláusula 13ª del contrato de concesión Estado-Telefónica, hasta su derogación (artículo 2 del R.D.-Ley 6/1996, de 7 de junio). Artículo 5 de la Ley 49/1984, de 26 de diciembre, de explotación unificada del sistema eléctrico nacional. Y, el artículo 30 de la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción y explotación de autopistas en régimen de peaje. El único estudio monográfico: G. Ariño Ortiz, “Servicio público y libertad de empresa. La Delegación del Gobierno en el sistema eléctrico”, 18

siones de servicios públicos locales (artículo 127.1.2ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

4.2 La concesión de servicio público: pros y contras.

a) La concesión de servicio público: los pros.

Tres son las ventajas derivadas de la utilización de contratos de concesión –o fórmulas de colaboración público-privadas-:

La primera, la construcción de un conjunto de centros sanitarios –hospitalarios- que, quizás, de otro modo, nunca se hubieran ejecutado, o, cuando menos, no en las mismas condiciones, ni en el mismo número. Estos contratos han servido para atender la demanda de más servicios sanitarios y, en particular, la de su aproximación a los ciudadanos –lo normal es que sean hospitales comarcales, de tecnología media-.

La segunda, la ejecución material de la obra, desde la aprobación del proyecto hasta la puesta a disposición de la Administración se ajustan a los plazos establecidos en los pliegos, sin que, salvo excepciones, se produzcan las demoras típicas de la ejecución mediante contrato de obra pública y pago contra certificaciones.

Y, la tercera, es que, en línea con el cumplimiento de los plazos de edificación, el coste real de la obra se ajusta al presupuestado, sin desviaciones relevantes, lo que ofrece la seguridad (precio cierto y cerrado) buscada tradicionalmente por la Hacienda pública. Además, la forma de retribución, conectada con la gestión o explotación posterior, permite anticipar el coste de los servicios a prestar a lo largo de los años de duración del contrato, lo que ofrece, por segunda vez, certeza sobre los compromisos económicos adquiridos⁴⁶.

Libro homenaje a J.L. Villar Palasí, Civitas, Madrid, 1989, págs. 75 a 98.

⁴⁶ *La explicación de estas dos últimas notas se encuentra en que, en estos contratos, el primer pago se demora hasta la finalización y puesta a disposición de la obra. Y ello con independencia de las modalidades de financiación privada a que haya acudido el contratista. También se añade que el mayor coste del crédito que el concesionario debe buscar en el mercado privado de capitales, frente al menor coste si la financiación la obtuviera la*

Por otra parte, en comparación con los conciertos sanitarios tradicionales, es un avance indudable la convocatoria pública de concursos para la adjudicación de estos contratos. Y esto es así porque uno de los problemas clásicos de los conciertos sanitarios siempre fue la huida hacia la adjudicación directa sin concurrencia pública. Una realidad que evidencian las sucesivas órdenes de revisión de tarifas de los conciertos suscritos por el Instituto Nacional de la Salud en las que, con un juego nominalista, se exceptuaban determinadas contrataciones de la legislación de contratación administrativa y, en particular, de la selección mediante concurso público⁴⁷.

b) La concesión de servicio público: los contras.

La primera crítica a la utilización de estas formas concesionales en la sanidad es la falta de cualquier valoración previa de otras alternativas. No existe mandato legal que imponga una evaluación previa de las alternativas de construcción y financiación de los establecimientos públicos; una evaluación que sólo es exigible en relación con el contrato de colaboración público-privada (artículo 118 de la Ley de Contratos del Sector Público). La regla general es la discrecionalidad en la elección de la forma de ejecución y financiación de la obra. Bien es cierto que cuando lo que se busca es escapar de las normas sobre la deuda pública, esta evaluación resulta irrelevante, puede que incluso resulte contraproducente⁴⁸.

El segundo bloque de problemas se refiere a la duración de estos contratos: la cifra mágica de 30 años para los contratos de concesión de obra pública,

Administración pública, queda compensado con el ahorro que representa cumplir los plazos y ajustarse al presupuesto.

⁴⁷ *Sobre la evolución del régimen contractual de la Seguridad Social, sigue siendo referencia obligada: M. Bassols Coma "La contratación administrativa en el ámbito de la Seguridad Social", Libro Homenaje a J. González Pérez, Civitas, Madrid, 1991, T.III, págs. 1756 a 1766.*

⁴⁸ *La ausencia en la legislación española de este mecanismo previo de evaluación impide compartir la defensa de estas formas de "desconsolidación" de la deuda como un mecanismo que hace más eficiente el gasto público. Es imposible comprobarlo. Lo defiende J. Martínez Calvo, "Hacia la construcción de un Derecho Administrativo Financiable", Revista de Administración Pública, 167, 2005, págs. 392 y 393.*

y la de 15-20 años para las concesiones de servicio público.

El primero es la generalización de un plazo en contra de su propia naturaleza. Ese término se debe fijar en función del tiempo de amortización de la inversión, tal y como dice expresamente la regulación francesa (artículo 1 de la Ordenanza 2004-559); y no será lo mismo un hospital de 740 camas (Puerta de Hierro), que otro de 200 (Coslada). El riesgo de enriquecimiento injusto, en uno u otro sentido, es patente.

La otra crítica tiene que ver con la "congelación" de la infraestructura sanitaria que habrá de mantenerse durante todo ese tiempo hasta que se concluya el pago. El problema es que la asistencia sanitaria se encuentra inmersa en un proceso de cambio, de imprevisible evolución, mucho menos para un periodo tan largo. Se está produciendo una renovación tecnológica, pero también organizativa, de la que la "deshospitalización" es una de sus manifestaciones más significativas. El concepto de hospital está en cuestión, se potencia la cirugía mayor y menor ambulatoria, se incentivan la atención domiciliaria y los centros de atención de día, lo cual demanda estructuras lo más flexibles posible. Sin duda, es más fácil la adaptación a la baja de los centros públicos que el reacomodo, con pérdida de servicios de los centros privados, que deberán ser compensados por la obra y por los servicios que se dejaron de prestar.

Ahora bien, siendo los anteriores importantes, en los contratos de concesión de servicios hospitalarios, el gran problema es el riesgo de que el empresario seleccione a los pacientes más allá de su obligación de atender a un colectivo determinado. No se trata de nada novedoso. Este riesgo explica determinadas limitaciones o condiciones que, de siempre, gravan los conciertos sanitarios, aunque no sean imposiciones legales expresas. Estas restricciones se refieren al objeto y al precio del concierto⁴⁹.

En cuanto a lo que se concierta, la legislación no contiene limitaciones (artículo 66 Ley General de

⁴⁹ *Sobre la problemática de estos contratos: M. Gómez Martín, El concierto sanitario: antecedentes, concepto y régimen jurídico, Tesis Doctoral, Universidad de La Laguna, 2005, 459 págs., inédita, pássim.*

Sanidad), pero la experiencia las pone de manifiesto. Lo ordinario es contratar la realización de tratamientos –actos médicos bien definidos, por ejemplo, operación de cataratas-, en algún caso, pruebas diagnósticas precisas –radiología, análisis-, pero siempre previo diagnóstico en centro y por profesionales públicos. En este aspecto, el carácter subsidiario se pone de manifiesto. Menos habitual es que se concierte la asistencia sanitaria, incluyendo el diagnóstico, y lo es menos porque en el diagnóstico se encuentra el coste real del servicio, en la necesidad de realizar más o menos pruebas para establecer la enfermedad y en el tipo de tratamiento que se aconseje. Ésta es la razón por la cual, de utilizarse esta modalidad, el concierto se suscribe con establecimientos públicos (históricamente, los hospitales de las Diputaciones Provinciales) o privados sin ánimo de lucro. De excepcional puede considerarse el concierto con un centro privado para que funcione como alternativa de la red pública no sólo con facultades de diagnóstico y tratamiento, sino también con servicio de urgencias. En este caso, el riesgo es que el centro concertado seleccione los pacientes que atiende –los traumatismos, los jóvenes- y derive el resto –los crónicos, los irrecuperables- hacia un centro hospitalario público. La condición de la asistencia sanitaria pública como obligación de medios se impone. El objeto del concierto –como ahora de las concesiones de servicio público- exige adoptar medidas para evitar que el contratista seleccione pacientes y riesgos en detrimento de los pacientes y de las cuentas públicas.

El precio del concierto, la retribución del contratista, suscita otro problema de gran complejidad: cómo pagar, qué retribuir, sin producir efectos perversos.

Lo más sencillo es pagar por acto médico, una cantidad (tarifa) por cada acto médico realizado. Pero solo lo es en apariencia. De optar por esta fórmula, es imprescindible vigilar que la asistencia prestada sea sólo la necesaria y no más. Las pruebas diagnósticas, las recomendadas, no otras; el tiempo de estancia u hospitalización, el adecuado, no más (lo que favorece cuando se paga por días de estancia). De lo contrario, el gasto sanitario puede dispararse –es posible ganar más dinero tan sólo con hacer más pruebas diagnósticas –cuantas más, mejor, se dirá-, alargando el trata-

miento –las posibilidades de éxito serán mayores, nadie lo dudará-, ampliando la estancia en el centro hospitalario –lo que asegura más vigilancia y cuidados-. De aquí la búsqueda de formas de pago más o menos estandarizadas, bien por estancia, bien por proceso asistencial completo, bien por tipos de pacientes y patologías, siempre con parámetros correctores. El objetivo es pagar por la asistencia sanitaria que, en condiciones normales, resulta necesaria de acuerdo con la *lex artis* y el estado de los conocimientos científicos.

La otra fórmula, más compleja, es aquella en que se paga una cantidad por la atención sanitaria, sea cual sea la que se demande. Es el pago “*per cápita*” utilizado en las concesiones de los Hospitales de Alcira, Torrevieja, Denia, Manises, Elche (Valencia) y Valdemoro (Madrid), el mismo que se anuncia para los cuatro nuevos hospitales comarcales de la Comunidad de Madrid. Tampoco es una panacea. Ahora, el riesgo es que la asistencia se demore hasta la urgencia, que se opte por tratamientos más baratos, aun más ineficaces contra la enfermedad, que se impongan trabas burocráticas más o menos formalizadas para acceder a ciertas pruebas, que se recorten las estancias –a riesgo de reingresos-, en fin, que se evite la asistencia a determinados pacientes, que se deriven hacia otros establecimientos sanitarios, normalmente públicos, que son centros de referencia –no se olvide que, lo normal es que los centros privados concertados o concesionados, sean comarcales, situados entre los centros de primaria y los hospitales generales de referencia-. Esta realidad quiere ser mitigada incorporando al contrato la asistencia primaria, de modo que el contratista sea responsable de la necesidad asistencial, de medicina general y especializada, de toda la población protegida a su cargo. La inspección es clave para supervisar el traslado de pacientes hacia los establecimientos públicos de referencia.

En consecuencia, el modo de pago, sea por acto médico, sea por proceso, sea capitativo, exige el control de la Administración para evitar los efectos perversos que cualquiera de estas formas lleva consigo. La legislación confiere potestades suficientes como para controlar y, en su caso, corregir estas desviacio-

nes⁵⁰. La cuestión es que deben ser utilizadas con especial rigor. No cabe esperar, como en la obra pública, a que el edificio muestre sus grietas.

El tercer conflicto en torno a estas concesiones sanitarias tiene que ver con la calidad del servicio y su adaptación a la evolución tecnológica. En los supuestos estudiados la adaptación e incorporación de nuevas técnicas, tratamientos y prestaciones queda abierta: estos centros ofrecerán las prestaciones que conformen el catálogo público. Nada más⁵¹.

En este aspecto, conviene recordar la solución adoptada con los conciertos sanitarios. Más allá de la afirmación de que la obligación de estar al día existe, la realidad de los conciertos sanitarios es que la actualización tecnológica de los centros concertados ha sido costeada durante décadas por la Administración Sanitaria. ¿Cómo? Mediante la combinación de dos medidas: la primera, una clasificación de los centros sanitarios según el tipo de servicios que son capaces de prestar (desde la Resolución de 11 de abril de 1980, de la Secretaría de Estado para Sanidad), la segunda, la revisión periódica de las tarifas por cada uno de esos servicios, que son distintas en función de la clasificación del centro (las órdenes anuales sobre condiciones económicas de servicios prestados con medios ajenos). De este modo, los hospitales se han

ido actualizando en la certeza de que, con un determinado nivel de inversión en nuevos medios y servicios, se obtendría la recalificación del centro y, con ella una retribución superior que compensa ese esfuerzo económico. En las nuevas concesiones sanitarias, esta necesidad puede canalizarse a través del ejercicio del “ius variandi”, si bien es preciso tener en cuenta los límites de esta potestad administrativa, en la medida que, por esta vía, no se evite convocar nuevos concursos públicos para lo que, realmente, son nuevos contratos de prestación de asistencia (cfr. artículos 258 en relación con el 202 de la Ley de Contratos del Sector Público: prohibido si afecta a elementos esenciales del contrato).

En última instancia, en cuanto a la extinción, es preciso recordar que la devolución de las historias clínicas, cualquiera sea su formato de archivo, es parte esencial de los bienes que deben revertir a la Administración sanitaria. Se trata de uno de los medios fundamentales –si no el principal- para garantizar la continuidad de la asistencia sanitaria pública con independencia de la titularidad y forma jurídica del establecimiento en el que se preste⁵².

5.- Una reflexión final: de nuevo el debate sobre el papel de la iniciativa privada en los servicios sanitarios públicos.

Como queda dicho, las experiencias de privatización de la gestión estudiadas en modo alguno cuestionan los pilares sobre los que descansa el servicio público de la sanidad en España: el derecho universal de acceso a las prestaciones y su financiación, sustancialmente, pública (lo que, de modo equívoco, se identifica como gratuidad). Ahora bien, de igual mo-

⁵⁰ *Las generales de toda Administración como contratista (artículos 116, 194, 255.2, 256.b, 261 de la Ley de Contratos del Sector Público) más las recogidas por el legislador sanitario (artículos 67.5 y 94 de la Ley General de Sanidad), a las que se añaden las garantías públicas de todas las prestaciones sanitarias (artículos 23 a 29 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).*

⁵¹ *Sobre la cláusula de progreso en la concesión de obras públicas (artículo 230.4 de la Ley de Contratos del Sector Público), J. Tornos, “Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la Administración concedente”, en Gómez-Ferrer Morant (dir), Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ob. cit. págs. 1244 y 1245. También, T. Quintana López, “Algunas cuestiones sobre la cláusula de progreso en el contrato de concesión de obras públicas”, Revista Española de Derecho Administrativo, 131, 2006, págs. 421 a 444. La conclusión es que se impone la cláusula de progreso, si bien, sus consecuencias económicas deben traducirse en el restablecimiento del equilibrio económico-financiero del concesionario. La explicación general de esta cláusula, J.L. Meilán Gil, La cláusula de progreso en los servicios públicos, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1968, 264 págs. (puesto al día en: Progreso tecnológico y servicios públicos, Thomson-Civitas, Cizur Menor, Navarra, 2006, 261 págs.)*

⁵² *La experiencia británica con los hospitales construidos mediante el programa “PFI” muestra otros problemas y preocupaciones. Las dificultades financieras de los concesionarios, que pueden llevar a la intervención del Gobierno con ayudas –que deben ser enjuiciadas según el régimen legal de las ayudas de Estado-, la refinanciación de las condiciones pactadas cuando se produce una baja de los tipos de interés que reduce el coste de la obra para evitar el enriquecimiento injusto del contratista, y la evidencia de igual calidad de los servicios no sanitarios con los prestados por el sector público, sin que los estándares y cláusulas de penalización de los pliegos los hayan elevado. La actual crisis financiera obliga a recordar estos riesgos potenciales –quizás ya reales-.*

do se viene repitiendo, que la viabilidad de este servicio público requiere la adopción de medidas que permitan asegurar su sostenibilidad financiera; un ámbito en el que tienen cabida las iniciativas que persiguen una mayor eficiencia del gasto sanitario por la vía de cambiar los modos y las formas de gestión.

Situados en este marco, las experiencias analizadas y, sobre todo, las críticas que han recibido, ponen encima de la mesa, por enésima vez, el papel de la iniciativa empresarial privada en la gestión de la sanidad pública. Dicho de otro modo, vuelve a la actualidad, el eterno problema de los centros sanitarios concertados: el dogma es su rechazo (“*prohibido hacer dinero con la sanidad*”), la realidad es su permanencia como complemento inevitable para asegurar la viabilidad del sistema sanitario, y ello, pese a las notas recurrentes de su provisionalidad y subsidiariedad, que se repiten en las leyes.

Sin duda es posible seguir negando la mayor: la colaboración privada en la gestión sanitaria pública es un mal que debe ser evitado, por mucho que la realidad ponga en evidencia tamaña afirmación. Y ello aunque, como queda apuntado, las leyes acepten con naturalidad esa colaboración. La otra aproximación es admitir que esa intervención privada es inevitable y válida –permite comparar resultados, responder con inmediatez a determinados problemas-, pero trae consigo una serie de problemas y riesgos que exigen una labor de vigilancia, control y corrección fundamental por parte de las Administraciones públicas. Lo decisivo es que existan mecanismos de control, que la experiencia sirva para depurarlos y mejorarlos en lo que sea necesario, y, por supuesto, que se apliquen por quienes tengan las competencias adecuadas. Lo otro es pretender ponerle puertas al campo.

Con todo, admitida sin dogmatismo la colaboración privada, las fórmulas concesionales analizadas suscitan un interrogante de futuro: ¿es imaginable que la mayor parte de los centros sanitarios se transformen en concesiones de servicio público con independencia de que el marco normativo vigente dé cobertura a este planteamiento?

Cualquier respuesta, afirmativa o negativa, tiene pros y contras. Es posible pensar en una situación como la descrita –mera hipótesis en este momento-. Pero, de llegar a ocurrir, las reglas de funcionamiento deberían cambiar, puesto que una concesión de servicio público es un monopolio privado con un mercado cautivo de usuarios –los pacientes asignados al área correspondiente-, que lleva consigo los males propios de todo monopolio –sea público o sea privado-. En este caso, la viabilidad del sistema exigiría el reconocimiento de la libertad de elección de centro a los usuarios, para que los centros compitieran entre sí –único elemento corrector de las posiciones de exclusividad y dominancia-, así como que la retribución estuviese vinculada con la atención prestada por cada centro⁵³. En todo caso, lo planteado es hoy una mera hipótesis. Hoy por hoy, los hospitales en régimen de concesión son una anécdota en el conjunto de los centros que prestan asistencia sanitaria pública.

⁵³ En este sentido, la libre elección de profesional y centro sanitario, a partir de un aseguramiento universal, se explica, entre otros, en: R. Herzlinger, *Who hilled health care?*, McGraw Hill, Nueva York, 2007, 304 págs, en particular, 247 al final.

LA NECESARIA ACTUALIZACIÓN DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA*

César Cierco Seira
Universidad de Lleida

Sumario: I. EL DESTRONAMIENTO DE LA SALUD PÚBLICA EN BENEFICIO DE LA SANIDAD ASISTENCIAL EN NUESTRA LEGISLACIÓN SANITARIA. II. UN BOSQUEJO DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA. 1. La parte general de la salud pública. 2. La parte especial de la salud pública. III. LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA NECESIDAD DE OPERAR UNA REFORMA DE FUSTE CON VISTAS A ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN DE SALUD PÚBLICA. 1. Los cambios en la significación y virtualidad de la función pública de tutela de la salud pública. 2. El empuje que viene desde fuera: los esfuerzos de adaptación promovidos por la Organización Mundial de la Salud y por la Unión Europea. A. La aprobación de un nuevo Reglamento Sanitario Internacional por parte de la Organización Mundial de la Salud. B. La pujanza de la Unión Europea en los temas de salud pública. 3. La intensidad de los poderes cuya activación habilita la protección de la salud pública. IV. EL ENCARGADO DE LLEVAR A CABO LA RENOVACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE SALUD COLECTIVA: ¿DEBER ESTATAL O AUTONÓMICO? 1. La ruta más lógica: la aprobación de una ley básica de salud pública susceptible de ser desarrollada por las Comunidades Autónomas. 2. A la cabeza, sin embargo, el legislador autonómico. Las primeras leyes generales de salud pública de cuño catalán y valenciano. A. La modernización del lenguaje y de los principios en materia de salud pública. B. La reformulación de la organización administrativa en derredor de la salud pública. C. El desarrollo de las técnicas de intervención y de policía sanitarias. V. FINAL.

I. El destronamiento de la salud pública en beneficio de la sanidad asistencial en nuestra legislación sanitaria

Durante la segunda mitad de la pasada centuria, la preocupación tradicional de los Estados por salvaguardar la salud pública de sus poblaciones frente a los peligros y amenazas colectivos —encabezados por las mortíferas epidemias que tantos estragos ha-

bían acumulado— fue dejando paso a una nueva necesidad centrada en crear un sistema de asistencia sanitaria y de atención individual de los ciudadanos. Se trataba de sustituir, por expresarlo de forma gráfica y con pocas palabras, los lazaretos por hospitales. Un proceso que es, por lo demás, bien conocido entre nosotros y cuyas causas e hitos han sido desgranados con lucidez por la mejor doctrina científica¹.

* Ponencia presentada en el XVII Congreso “Derecho y Salud”, celebrado en Pamplona en noviembre de 2008.

¹ De entre los muchos trabajos que podrían citarse, sirvan de referente los estudios de MUÑOZ MACHADO (1975 y 1995); y PEMÁN GAVIN (1989).

Sin necesidad de abundar en claves de sobra conocidas, sí importa significar que este viraje del centro de gravedad de las políticas sanitarias no tardó en dejarse notar en el plano legislativo.

A. En primer lugar, la salud pública dejó de protagonizar la misión y, por ende, el contenido, de las leyes sanitarias de cabecera. Un salto que se observa con meridiana claridad sin más que comparar los temas abordados en las últimas leyes generales en la materia. Así, mientras que la Ley de Bases de la Sanidad Nacional (1944) era un texto orientado básicamente a la lucha contra las epidemias y a la instauración de medidas de higiene y salubridad colectiva, la Ley General de Sanidad (1986) transita, en cambio, en una dirección diametralmente distinta, con la mirada puesta en la estructuración de un Sistema Nacional de Salud capaz de atender la demanda de asistencia sanitaria en una sociedad moderna y en un Estado descentralizado.

La LGS rompe, así pues, con una concepción de la función sanitaria estatal que, sin solución de continuidad, había imperado durante los últimos siglos y que tenía como eje el dogma de la autosuficiencia del individuo para atender sus problemas de salud². Es cierto que, en el giro, el legislador no se olvida por completo de la salud pública. No puede ocultarse en este sentido que la LGS parte de una concepción *integral* de la Sanidad que pretende aunar, armónicamente y sin rupturas, las dos facetas, asistencial y preventiva, así como las dos dimensiones, individual y colectiva, de la acción sanitaria. Una visión integral que se asume de forma clara y sin ambigüedades, erigiéndose nada menos que en principio general de todo el sistema de salud: «tanto el Estado como las Comunidades Autónomas y demás Administración Públicas competentes -preceptúa el art. 4.1.-, organizarán y desarrollarán todas las acciones sanitarias a que se refiere este Título *dentro de una concepción integral del sistema sanitario*».

Como veremos, la LGS está salpicada de referencias a la salud pública y a las actividades de pre-

vención, promoción y protección. Sin embargo, el análisis del acervo en materia de salud pública y su contemplación a la luz del conjunto de la LGS revela a las claras que la tutela de la salud pública no pasa de tener un papel secundario y sólo se aborda de manera superficial. El cambio de tomas es evidente. Y, en cierta forma, creo que el legislador era consciente de la inercia a que iba a llevar el movimiento pendular; de que el fuerte auge de la sanidad asistencial podía llevar a borrar el rastro de la tutela colectiva de la salud. Sólo así se explican recordatorios como el que figura en el art. 6.3 de la LGS, señalando la necesidad de «garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas a la prevención de las enfermedades y no sólo a la curación de las mismas». Este iba a ser, de todas maneras, el cariz que seguiría la evolución de la legislación sanitaria.

B. A esta pérdida de la posición central en la vertebración de la ley sanitaria de cabecera, se une, en segundo término, una manifiesta despreocupación por la revisión y actualización del cuadro normativo que abarca los distintos sectores de la salud pública. Los nuevos conocimientos epidemiológicos y científicos, así como los cambios sociales experimentados, exigían al tiempo de aprobación de la LGS una profunda puesta a punto de la regulación de los principales ámbitos de la salud pública. Así, las vacunaciones, las enfermedades contagiosas, las drogodependencias o las zoonosis, entre otros ejemplos, venían normadas por leyes y reglamentos que habían quedado desfasados desde muchos puntos de vista. No en vano, en la Disposición final quinta de la LGS se plasmó el encargo al Gobierno para que en un plazo de dieciocho meses refundiese, regularizase, aclarase y armonizase la mayor parte de estas normas. El encargo, ensombrecido por otros cometidos más prioritarios, cayó, sin embargo, en saco roto. La operación de renovación no llegó a tener lugar y sólo muchos años después, y fuera ya de toda programación, se han producido relevos puntuales como en el caso de las drogodependencias o de las zoonosis.

Sin perjuicio de estos relevos, tardíos pero al menos advenidos, no puede dejar de sorprender que todavía resten parcelas de la salud pública presididas por normas de otra época que sobreviven como si fueran inmunes a los cambios científicos y sociales.

² Una escenificación que se narra con mucha claridad y lucidez en su exposición de motivos, cuya lectura resulta a estos efectos sumamente ilustrativa

Y no se piense que se trata de cotos marginales y accesorios. Hay en la lista sectores tan sonados como la sanidad exterior, donde todavía rige el viejo Reglamento Orgánico de Sanidad Exterior, ¡de 1934!, o las enfermedades contagiosas, cuyo tratamiento aparece regulado en la base cuarta de la LBSN de 1944 y en el Reglamento para la lucha de las enfermedades infecciosas de 1945³. ¿Quién iba a decir, por ejemplo, que en la lucha contra la terrible amenaza del síndrome respiratorio agudo severo, en los prolegómenos del siglo XXI, tendría que aplicarse un reglamento de 1934⁴?

C. La escasa atención prestada a la actualización normativa de la legislación en materia de salud pública explica, en fin, que los nuevos retos y problemas en este orden se hayan resuelto después de la LGS mediante la aprobación de normas específicas que carecen del anclaje, la seguridad y el orden que proporciona un tronco común. Sin la referencia a una ley de salud pública en grado de ofrecer un pórtico general y unas directrices aglutinadoras, nuevos sectores de la salud pública, algunos con un empuje formidable, han nacido y crecen en solitario. Ahí está, y el ejemplo es bien elocuente, la seguridad alimentaria, que cuenta en nuestros días con una ley específica y una Agencia diferenciada⁵.

³ Invito al lector a que dé un repaso al texto de estas normas pues no tardará en advertir que el desfase es más notorio y preocupante de lo que pudiera parecer.

⁴ Acúdase a la Resolución de 4 de abril de 2003 de la Dirección General de Salud Pública, por la que se adoptan medidas especiales de protección sanitaria en relación con la importación de ciertas mercancías procedentes de las zonas de países terceros afectados por el Síndrome Respiratorio Agudo Severo (BOE de 5 de abril de 2003).

⁵ El texto principal en materia de seguridad alimentaria es el Reglamento (CE) n° 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria.

A este Reglamento, hay que añadir, por lo que respecta a España, la Ley 11/2001, de 5 de julio, por la que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria; y el Real Decreto 709/2002, de 19 de julio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria

El resultado de todo ello es un marco regulador deslavazado, descompensado y disperso. Intentaré, no obstante, dibujar un bosquejo del mismo.

II. UN BOSQUEJO DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA

Teniendo presentes las consideraciones recién expuestas, es fácil comprender la complejidad de retratar con precisión y de manera agotadora el cuadro normativo en materia de salud pública. Fuera de todo afán exhaustivo, trataré por ello de efectuar un bosquejo que ayude a definir las líneas esenciales del conjunto de normas que de forma desorganizada se apelotona en el marco regulador de la salud pública en España. A tal objeto, voy a servirme de una división frecuente en el mundo académico del Derecho, separando las que podríamos denominar partes *general* (1) y *especial* (2).

1. La parte general de la salud pública

A. En la parte general, a modo de norma de cabecera, figura la LGS. A pesar de que no reúne los requisitos y componentes necesarios para constituir una ley de salud pública en sentido estricto, sí cabe extraer de ella algunas orientaciones de conjunto en relación con un triple orden de cuestiones cardinales de la salud pública: los principios generales (a), las materias que abarca (b) y los medios de actuación a emplear por la Administración con vistas a su tutela (c).

a) En cuanto a los principios, hay en la LGS previsiones que plasman algunos de los valores esenciales llamados a informar toda la legislación en salud pública⁶. Así, se hace hincapié en la importancia del *principio de prevención*, clave de bóveda de todo el entramado de salud pública. El art. 3.1 sitúa como uno de los principios generales de la ley la necesidad de que las actuaciones del sistema sanitario se orienten prioritariamente «a la promoción de la salud y a la

⁶ En mi libro Administración Pública y salud colectiva (2006), págs. 33-88, puede verse una exposición de los principios generales que, a mi modo de ver, reflejan los valores esenciales de la actual concepción de la concepción pública de tutela de la salud colectiva.

prevención de las enfermedades». Idea que se repite de forma constante en muchos otros preceptos.

Además de la prevención, hay también referencias a otros principios básicos en el terreno que nos ocupa como son la *igualdad*⁷ y la *participación comunitaria*⁸.

En cualquier caso, es obligado reconocer que se trata de reconocimientos con un aporte sustantivo escaso. De entrada, porque no se contiene una definición y concreción del significado y alcance a dar a tales principios; y, en línea con ello, se echa en falta la orientación específica con la que deben rellenarse en términos de salud pública. Quiero decir con ello que la plasmación de estos principios no se efectúa en ningún caso desde una óptica exclusiva o preferente de salud pública, sino que los mentados principios se inscriben más bien como postulados válidos para toda la acción sanitaria, ya sea colectiva o asistencial. Así, por lo que respecta a la igualdad, no se capta ni se refleja la trascendencia que adquiere en términos de salud colectiva la remoción de los obstáculos sociales, económicos, culturales, territoriales, e incluso de género, que esconden buena parte de los determinantes de salud de una persona. Otro tanto sucede con la inteligencia de la participación comunitaria pues es aquí fundamental partir del convencimiento y la educación en salud para lograr que la población se involucre en la vigilancia de su salud y en la promoción general de la salud de todos.

Por otra parte, junto con la prevención, la igualdad y la participación, hay hoy otros principios que se han ganado un hueco en el plantel de criterios ordenadores de la salud pública. Estoy pensando en parti-

cular en tres nuevos baluartes: los principios de *precaución*, de *transparencia* y de *corresponsabilidad*.

La celebridad del principio de precaución excusa cualquier presentación, si bien es cierto que su popularidad está propiciando un entendimiento convencional del mismo que desconoce su significación real y es causa, en consecuencia, de un manejo confuso y poco riguroso⁹. La transparencia es, asimismo, otro de los principios generales que ha escalado hasta el primer estadio en su función de vertebración de la salud colectiva. Ello se debe a la importancia de la información epidemiológica para conocer los problemas de salud pública y a los planteamientos de la técnica conocida como análisis del riesgo, que exige una determinación y gestión transparentes del riesgo, así como una última fase de comunicación al público de la actuación desarrollada. Por último, en lo que se refiere al principio de corresponsabilidad, su consagración como criterio cardinal quiere expresar, sobre todo, la importancia de que los operadores económicos participen, como actores principales, en la vigilancia de la salud pública. De todo ello, poco o nada se dice en la LGS.

b) Algunas orientaciones encontramos, por otra parte, en la LGS en cuanto a los ámbitos que debe cubrir la salud pública. Se alude así a la vigilancia epidemiológica (art. 8.1 y 10.13); a la sanidad animal (art. 8.2 y 10.12); a la sanidad ambiental (art. 18.6; 19); a la salud laboral (art. 18.9, 21, 22); o a la seguridad alimentaria (art. 18.10). El elenco podría completarse, además, con las actividades que, con arreglo al art. 11 de la Ley de Cohesión y Calidad (2003), integran las prestaciones de salud pública¹⁰.

⁷ Según dispone el art. 33, «la política de salud estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales».

⁸ Dentro de los derechos de los ciudadanos con respecto a las Administraciones Públicas sanitarias, el art. 10.10 reconoce el de «participar, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias, en los términos establecidos en esta Ley y en las disposiciones que la desarrollen». Un derecho que la propia LGS hace efectivo en diferentes frentes: en la organización de los Servicios Públicos de Salud (art. 51: «los Servicios Públicos de Salud se organizarán de manera que sea posible articular la participación comunitaria a través de las Corporaciones territoriales correspondientes en la formulación de la política sanitaria y en el control de su ejecución»).

⁹ Toda una lección del recto significado y condiciones de aplicación del principio de precaución en el campo de la salud colectiva puede verse en la STSJ de Andalucía de 4 de enero de 2006 (RJCA 2006, 266), en relación con las medidas de inmovilización de aceite de orujo acordadas en el marco de la alerta decretada en 2001.

¹⁰ En el modelo regulador de las prestaciones introducido por la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, las prestaciones de salud pública aparecen integradas dentro del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud (art. 7.1) que luego van a hacerse efectivas según lo establecido en la Cartera de servicios.

En concreto, las prestaciones de salud pública comprender, según dispone el art. 112, las siguientes actividades:

La enumeración da, sí, una idea de la vastedad de la superficie que ocupa la salud pública. Pero poco más. Porque si se mencionan los distintos ámbitos en la LGS es únicamente a los efectos de ilustrar desde una visión integral las líneas de actuación de las Administraciones Públicas sanitarias y, en su caso, para delimitar el haber competencial de las distintas Administraciones territoriales (principalmente, de la Administración General del Estado y de las Corporaciones locales). Debajo del rótulo, sin embargo, las menciones quedan huérfanas de cualquier contenido descriptivo y ordenador.

c) Por último, en lo que concierne a las medidas a adoptar para hacer frente a los peligros y riesgos sanitarios colectivos, la LGS incorpora un instrumental en el que se colacionan las tradicionales técnicas de policía sanitaria: la reglamentación, el registro, la autorización y la orden¹¹. Pero, de nuevo, la regulación que ofrece la LGS resulta exigua y parece estar destinada más bien a cubrir el rango formal con el que salvar la reserva de ley, allanando de este modo la entrada en tromba del reglamento, al que se confía, a mi modo de ver, mucho más de cuanto debería quedarle depositado en atención a su función institucional de complemento normativo de la ley.

a) La información y vigilancia epidemiológica.

b) La protección de la salud.

c) La promoción de la salud.

d) La prevención de las enfermedades y de las deficiencias.

e) La vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros, por parte de la Administración sanitaria competente.

f) La promoción y protección de la sanidad ambiental.

g) La promoción y protección de la salud laboral.

h) La promoción de la seguridad alimentaria».

Véase al respecto, asimismo, el anexo 1 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

¹¹ Acúdase al capítulo y (arts. 23 a 31), que lleva por título: De la intervención pública con la salud individual y colectiva.

No hay que olvidar, por otra parte, que el régimen de infracciones y sanciones contenido en la

LGS (arts. 32 a 37) también admite su proyección sobre la salud pública.

B. Junto a la LGS, hay que situar en la parte general de la legislación sobre salud colectiva a la *Ley Orgánica de Medidas Especiales en materia de Salud Pública* (1986). El cometido de la LOMESP no es otro que apoderar a las autoridades sanitarias con la facultad de adoptar medidas de extraordinaria intensidad en situaciones de grave riesgo para la salud de la población. Medidas que pueden llegar a suponer la limitación o el recorte de los derechos fundamentales de aquellas personas que, por su estado de salud, encamen una amenaza seria para la salud pública. Me estoy refiriendo al internamiento o a la hospitalización forzosos, a los tratamientos médicos obligatorios, etcétera.

Dejando a un lado la pléyade de conceptos jurídicos indeterminados que pueblan el breve articulado de esta ley -compuesta de tan sólo cuatro artículos-, es lo cierto que sus carencias son alarmantes. Hasta el punto de que se silencia por completo nada menos que la garantía judicial que la CE impone para doblegar legítimamente ciertos derechos fundamentales. Sonada omisión que ha obligado a establecer parches en otras leyes como el que recoge el art. 8.6 de la LJCA señalando que «corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental».

C. En la parte general debe estar asimismo la *Ley de Derechos del Paciente* (2003)¹², aun cuando su contribución al campo de la salud colectiva sea más bien modesta. Y es que, aparte del derecho a la información epidemiológica que en ella se plasma -y que va en la línea de reforzar la importancia singular que aquí adquiere la transparencia-¹³, no hay en esta

¹² La referencia completa es 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.

¹³ Plasmación que se efectúa en el art. 6 (Derecho a la información epidemiológica) en los siguientes términos:

«Los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y

ley un catálogo de derechos del ciudadano en relación con la tutela de la salud del entorno en que se mueve y de la población en la que vive. Centrada en la dimensión asistencial, la salud pública no se contempla en esta ley como eventual fuente de derechos, sino como límite al ejercicio de otros ya existentes en el plano asistencial. Así, la salud pública puede anular la autonomía de un paciente y hacer posible que los facultativos lleven a cabo las intervenciones clínicas indispensables sin contar con su consentimiento (art. 9.2.a), o alzarse en razón para justificar el acceso a una historia clínica (art. 16.3). Se explota, en suma, la cara limitativa de la salud pública en tanto que exponente del orden público, pero no se abunda en la creación de nuevos derechos capaces de incentivar el anverso positivo o prestacional que también posee en la actualidad su tutela cabal.

D. Un hueco hay que hacer también a la *Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud* (2003). En la línea de la LGS, se insiste en ella en la visión integral de la Sanidad, de lo que es clara manifestación la inclusión de las prestaciones de salud pública dentro del catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud. De todas formas, este tratamiento conjunto no responde a una revisión de la labor pública en este campo ni contiene indicios de renovación con respecto al entendimiento de fondo de la salud pública.

Si acierta en cambio la LCC a prestar mayor atención a la vocación expansiva de muchos riesgos de salud pública y, en consecuencia, a la definición de la función de coordinación que la CE asigna a la Administración General del Estado (art. 149.1.6a)¹⁴.

E. Si las leyes anteriores eran todas de perfil sanitario, es preciso completar la parte general de la legislación sobre salud colectiva con una ley que, aparentemente, quedaría fuera de este círculo pero que, si bien se mira, encierra una conexión muy estrecha con el campo que nos ocupa. Me refiero a la *Ley de Consumidores y Usuarios* (1984, refundida en

adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley».

¹⁴ Véase el art. 65 (*Actuaciones coordinadas en salud pública y en seguridad alimentaria*).

2007¹⁵). Téngase en cuenta que en la defensa de los consumidores no sólo se atiende a sus intereses económicos, sino también a su salud. Esto supuesto, hay que convenir en que cualquier intento de diferenciación entre las nociones de salud de los consumidores y salud pública resulta artificioso y estéril desde el momento en que, de una u otra forma, todos somos al fin consumidores. Siendo esto así, en la LGCU cabe encontrar previsiones con un anclaje claro en la tutela de la salud pública. En particular, sobresalen por su importancia y aplicación práctica la regulación de la posible adopción de medidas ante situaciones de riesgo para la salud de los consumidores; medidas que han sido desarrolladas por el importante *Reglamento de Seguridad General de los Productos* (2003)¹⁶.

2. La parte especial de la salud pública

La parte sectorial de la salud pública comprende un abanico muy extenso de normas en las que se regulan parcelas específicas o funciones concretas que caen dentro de la órbita de la tutela de la salud de la población. Como acaba de ser apuntado, la LGS contiene una enumeración de las actividades a desarrollar y de los principales sectores a abordar. Sin embargo, tal enumeración no es exhaustiva y, por lo general, carece de un mínimo contenido sustantivo. Siendo esto así, bien se comprende que el rasgo que más identifique a la legislación sectorial de salud pública no sea otro que la dispersión. Fuera del finísimo amarré que proporciona la LGS, esta legislación ha florecido sin ningún upo de orden ni planificación preconcebida. No puede hablarse, en rigor, de la existencia de una relación entre las leyes especiales y la ley general, sencillamente porque sólo con muchas reservas puede calificarse como tal a la LGS.

¹⁵ *A través del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*

¹⁶ *Conviene advertir que el RSGP (aprobado por Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre) tiene una conexión directa con la salud pública. La referencia a la seguridad no debe inducir a equívocos pues es éste un concepto que cubre también los aspectos sanitarios de los productos: Baste decir que el mismo fue dictado con base en el art. 149.1W de la CE -vid su Disposición final primera-.*

Es esta dispersión la que explica a su vez las profundas diferencias existentes en la manera en que aparecen hoy regulados los distintos sectores; diferencias que pueden apreciarse desde múltiples puntos de vista, de entre los cuales quiero destacar cuatro.

A. Difiere ostensiblemente el grado de estructuración normativa. Hay en este sentido sectores vertebrados adecuadamente a través de una norma que preside todo el ámbito como sucede en el caso de la seguridad alimentaria, de la sanidad animal¹⁷ o de la salud laboral¹⁸. Mientras que en otras parcelas falta ese referente principal. Tal vez el ejemplo más elocuente no sea otro que la sanidad ambiental pues la vertiente de tutela de la salud pública está diseminada en multitud de leyes y reglamentos ambientales que hacen referencia a esta finalidad, pero no ha cristalizado todavía en la confección de un texto de base al respecto¹⁹.

B. Es manifiesta también la disparidad en cuanto al rango de la normativa de cada sector. Tampoco en este punto hay acuerdo. Y es que, lejos de predominar la ley, no pocas parcelas de la salud pública se rigen casi enteramente por reglamentos -y no digo enteramente por salvar las posibles menciones puntuales de la LGS-. Qué decir si no de la sanidad mortuoria²⁰ de la vigilancia epidemiológica²¹ o de la publicidad sanitaria²².

C. Sorprenden asimismo las diferencias que acusan los distintos sectores en lo que se refiere a la actualización de la normativa. Porque, por más que pueda resultar chocante a estas alturas, hay capítulos fundamentales de la salud pública que, como ya se dijo, están tratados en normas preconstitucionales. Nada menos que el régimen de las enfermedades contagiosas y de la sanidad exterior se encuentran entre ellos.

D. Por último, hay notables divergencias con respecto a la posición que en los distintos sectores ocupa el legislador autonómico. Circunstancia ésta que trae causa en algunos casos de la mayor potencia de los títulos que, junto con el de la sanidad, le es dado invocar a su favor. Es por ello que la intervención del legislador autonómico posee más calado en sectores como la salud escolar, los residuos sanitarios o las drogodependencias. En este último apartado, por ejemplo, muchas Comunidades Autónomas se han provisto de leyes generales en materia de prevención, asistencia y reinserción de drogodependientes. Leyes que hoy han de conjugarse con la irrupción del Estado en la regulación de drogas específicas como sucede con el tabaco²³. Sin embargo, en otros casos, la explicación de este despunte autonómico resulta más difícil de hilvanar en términos competenciales y sólo parece responder a una suerte de retirada, a veces incomprensible del legislador estatal -el ejemplo lo hallamos en el tema de las vacunaciones-.

III. LAS RAZONES QUE JUSUFICAN LA NECESIDAD DE OPERAR UNA REFORMA DE FUSTE CON VISTAS A ACTUALIZAR LA LEGISLACIÓN DE SALUD PÚBLICA

Después de exponer el estado en que se encuentra la legislación española en materia de salud pública, salta a la vista la conveniencia de reclamar la intervención del legislador con vistas, por de pronto, a remediar el desorden que impera. Así lo exige, sin ir

¹⁷ Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal

¹⁸ Ley 3 1/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

¹⁹ Son muchas, en este sentido, las normas ambientales que toman como base el derecho a la protección de la salud y que, acorde con ello, invocan en su basamento competencial el título referente a la sanidad. Como botón de muestra, valga la referencia a la Ley 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido.

²⁰ Todavía está vigente el vetusto Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, aunque conviene puntualizar que muchas Comunidades Autónomas se han encargado de actualizar su régimen aprobando reglamentos autonómicos que lo desplazan.

²¹ La creación de la Red nacional de vigilancia epidemiológica se hizo efectiva por Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre.

²² Cuya regulación se contiene en el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, de publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria.

²³ Vid. la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco. No hay que olvidar hoy tampoco el Convenio Marco de la OMS para el control del tabaco, hecho en Ginebra el 21 de mayo de 2003 -publicado en el BOE de 10 de febrero de 2005-.

más lejos, la más elemental seguridad jurídica, de la que dependen, conviene no olvidarlo, derivaciones de primera magnitud, comenzando por la primordial igualdad en la aplicación de las leyes²⁴.

Aunque esta razón bastaría para exigir resueltamente una respuesta sin falta del legislador, existen, además, otras motivaciones específicas del campo que nos ocupa cuya toma en consideración transforma la reivindicación de orden en una demanda de mucho mayor fuste. A estas motivaciones particulares voy a referirme a continuación.

1. Los cambios en la significación y virtualidad de la función pública de tutela de la salud pública

Para comenzar, hay que caer en la cuenta de las profundas alteraciones que ha experimentado la manera de concebir la tutela de la salud colectiva en tanto que función o responsabilidad de los poderes públicos. En su visión decimonónica, era ésta una tarea que tenía por objetivo fundamental la creación de barreras preventivas que evitasen la aparición de la amenaza y, en el peor de los casos, la adopción de medidas contundentes capaces de contener su extensión. Esta concepción resulta, sin embargo, insuficiente en nuestros días²⁵.

Y lo es porque los avances de la Medicina y de la Ciencia en general han puesto de manifiesto —y siguen revelando— hasta qué punto la salud de las personas se halla condicionada por un conjunto de factores ajenos a su propia constitución fisiológica. Aspectos como la alimentación, la contaminación ambiental, las condiciones de trabajo, la educación, la vivienda, los hábitos y el estilo de vida, la actividad física y deportiva, las drogodependencias, entre otros, inciden, de una forma más o menos intensa según los casos, en el estado de salud. Las evidencias científicas sobre la interacción de la salud con estos factores, a los que viene en denominarse *determinantes de la*

salud, ha transformado decisivamente la función pública de tutela de la salud colectiva.

La ha transformado, en primer lugar, porque ha ampliado prodigiosamente su radio de influencia. La expansión es tal que, si se estira el hilo de los determinantes de salud, se hace difícil imaginar hoy algún aspecto de la realidad que no pueda tener algún tipo de vinculación con la salud humana. Una circunstancia que justifica el carácter transversal que se está imprimiendo a la salud pública con el objetivo de que todas las políticas y acciones públicas presten atención a su posible incidencia sobre la salud de la población. Un carácter transversal que ya luce en el Derecho comunitario —lo veremos a continuación— y que debería estar presente con mucho más énfasis en nuestro ordenamiento.

Pero además de esta extensión de los temas de salud pública, el conocimiento cada vez más certero y profundo de los determinantes de la salud imprime un nuevo orden en la composición de lugar de las tres derivaciones básicas de la salud pública, acrecentando el papel de la *prevención* y de la *promoción*, frente al dominio tradicional, casi absoluto, de la faceta de *protección*. Ya no se trata simplemente de acondicionar las ciudades con una serie de infraestructuras y de inculcar a los ciudadanos unas mínimas dosis de higiene, sino de interiorizar y pergeñar un reto de factura enormemente más ambiciosa: mejorar las condiciones sanitarias de todo nuestro entorno, enseñar la forma más sana de interactuar con el medio que nos rodea, e informar y concienciar sobre los factores que condicionan nuestra salud y la mejor manera de abordarlos con previsión.

Esta renovada visión de la prevención y de la promoción de la salud pública se amolda a la perfección con la definición más anhelosa —y, en verdad, utópica— de la salud, aquélla que, en lugar de identificarla con la ausencia de enfermedades, va más allá y la describe, según la célebre fórmula que luce en el preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, como un estado de completo bienestar físico, mental y social. Pero, por lo que aquí más importa, su adecuada consecución obliga a repensar la contribución tan modesta que actualmente realiza la Administración al respecto —lógicamente, en

²⁴ Para introducirse en la reflexión sobre la profunda significación de la seguridad jurídica, me parecen especialmente sugerentes los trabajos de GARCÍA DE ENTERRIA (1999); y de BERMEJO VERA (2005).

²⁵ Como bien apunta CRIADO ALVAREZ (2007, págs. 64-65), la LGS no recoge ese nuevo enfoque de la salud pública.

la línea de intensificarla-, y a reformular e inventar nuestros mecanismos de actuación capaces de ofrecer resultados satisfactorios. Hay que huir, pues, de los eslóganes y declaraciones decorativas para concretar de forma efectiva en qué se traduce la mejora sanitaria del medio, la educación en salud, la información epidemiológica y así siguiendo.

Ahora bien, por mucho que avance la prevención y la promoción de la salud pública, es llano que la faceta de protección y la tradicional batalla contra los riesgos de salud colectiva sigue teniendo reservado un papel importante. La mejor prueba de ello la encontramos en el campo de las enfermedades transmisibles. A penas se creía alcanzado un estado de sometimiento y dominio de estas enfermedades y se vislumbraba factible el sueño de librar al mundo del azote de las epidemias más mortíferas —de recordar es el hito de la erradicación mundial de la viruela en 1980—, se produjo una terrible sacudida con la reaparición de afecciones a las que se consideraba doblegadas y, lo que es aún peor, con la irrupción en escena de nuevas enfermedades con una extraordinaria virulencia. Enfermedades que en algunos casos cargan ya a sus espaldas con millones de muertos -estremecedoras son las cifras de muertos por VIH-sida, tuberculosis o malaria, especialmente en África- y que, en otros, se ciernen sobre la población mundial como una de las amenazas latentes más a tener en cuenta -la espada de Damocles tiene hoy forma de pandemia de gripe-

Una lección ésta que puede verse reproducida en otros ámbitos donde ha venido operando la policía sanitaria. Qué decir si no del control sanitario de los alimentos, de la vigilancia de las industrias y su posible impacto sobre la salud, de las condiciones de trabajo, etcétera. En todos estos frentes, la realidad de los últimos años se ha encargado de demostrar a golpe de siniestros, crisis y alertas sucesivas que la intervención de la Administración en clave policial sigue siendo necesaria e insustituible.

Otra cosa es, claro está, la adecuación y eficacia del instrumental en poder de la Administración para encarar los nuevos peligros y riesgos de salud pública. El «adversario» ha mudado. Hacer frente, sin ir más lejos, a las nuevas enfermedades transmisibles

con una base normativa decimonónica no es, sin perjuicio de que eventualmente pueda salirse al paso mediante parches y abusando de cláusulas abiertas, una fórmula de recibo. Por fuerza hay que remozar los instrumentos de lucha contra los problemas de salud de nuestro tiempo, ajustándolos a un contexto que poco tiene que ver con el de principios del pasado siglo.

2. El empuje que viene desde fuera: los esfuerzos de adaptación promovidos por la Organización Mundial de la Salud y por la Unión Europea

Ese nuevo contexto al que acabo de referirme viene caracterizado, entre otros rasgos, por su marcado acento internacional. La globalización, vista desde el punto de vista de la salud pública, ha traído consigo un corredor muy espacioso para la propagación de todo tipo de enfermedades y riesgos sanitarios. El infrenable tráfico y comercio de mercancías y el tránsito de personas entre países ha disparado las posibilidades de que el contagio de una enfermedad se extienda a escala planetaria y que pase de un país a otro en pocas horas y de forma indetectable -en función de los períodos de incubación, muchas enfermedades pueden circular durante semanas sin manifestar síntomas-

Y no es éste el único lastre. Plantea también el desafío de la reaparición de enfermedades que se consideraban erradicadas o de atender afecciones exóticas que no entran dentro del giro habitual de los servicios sanitarios de los países occidentales.

Sin desconocer, en fin, la amenaza de que un escenario tan propicio para la propagación de las enfermedades pueda expresarse con fines terroristas.

En definitiva, no cabe duda de que los riesgos sanitarios internacionales están ya incrustados en la realidad cotidiana y convine ir desposeyéndolos del ropaje exótico -en la acepción de extraña- con el que venían siendo presentados.

El caso es que esta creciente internacionalización de muchos riesgos sanitarios y la potenciación del alcance lesivo de los mismos han provocado, como era de esperar, una reacción inmediata en el plano internacional. Una reacción de la que dan testimonio

elocuente la Organización Mundial de la Salud (A) y la Unión Europea (B)²⁶.

Antes, no obstante, de analizar cómo han respondido a estos cambios en ambas sedes cualificadas, importa mucho señalar que, además de la preocupación de carácter sanitario, subyace otra motivación de peso que empuja a tomar cartas en el asunto. Para comprender mejor el alcance de las iniciativas y normas aprobadas por la OMS y por la UE, es preciso tener en cuenta la lectura económica de esta coyuntura. Y es que la salud pública constituye desde muy atrás una de las razones más poderosas a las que puede acudir un Estado para activar la cláusula de salvaguarda con la apartarse unilateralmente de sus compromisos internacionales. Una cláusula que figura en numerosos tratados y que no falta en los referentes al intercambio de mercancías y al tránsito de personas. Así las cosas, bien se ve que el auge de los riesgos de salud pública representa un obstáculo, y no precisamente potencial pues los episodios se suceden — pienso ahora, por poner un ejemplo reciente, en el conflicto de la leche contaminada con melamina procedente de China—, al comercio internacional y una puerta abierta a las posturas desmedidas con un velo afán proteccionista. Doble objetivo, en definitiva: proteger la salud y evitar la aparición de trabas injustificadas en el flujo internacional de mercancías y personas.

A. La aprobación de un nuevo Reglamento Sanitario Internacional por parte de la Organización Mundial de la Salud

Desde su creación, hace ya más de medio siglo, la Organización Mundial de la Salud viene desempeñando una labor encomiable en la consecución de su razón de ser: «alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud»²⁷. Pero de tener que

²⁶ No son, evidentemente, los únicos organismos internacionales preocupados por la internacionalización de los riesgos de salud pública, pero sí se trata de los más influyentes en lo que hace al encauzamiento de la labor de los poderes públicos en este campo.

²⁷ Hermoso propósito que luce en el art. 1 de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, adoptada en 1946, en la ciudad de Nueva York. Esta Constitución entró en vigor dos años más tarde, en 1948. España depositó su Instrumento de Aceptación en 1951.

escoger un logro entre los muchos reseñables creo que sería de justicia resaltar la aprobación de las *Internacional Health Regulauons*, traducidas al español con el *nomen iuris* de *Reglamento Sanitario Internacional*.

Este singular tratado internacional constituye el fruto más influyente y granado de la OMS. Su primera versión se remonta a 1951, aunque será en 1969 cuando tome cuerpo el primer RSJ, el cual ha estado vigente hasta hace escasos meses. Durante casi cuatro décadas, el RSI (1969) ha sido, pues, el referente fundamental en la lucha contra la propagación internacional de las enfermedades más temidas, las calificadas como cuarentenables (el cólera, la peste, la fiebre recurrente, la viruela, el tifus y la fiebre amarilla), señalando las posibles medidas a adoptar por los Estados para hacerles frente en cada caso.

Sin embargo, a finales de los años noventa y comienzos de la nueva centuria, la aplicación del RST comenzó a revelarse obsoleta e incapaz de encauzar con eficiencia los nuevos retos que la para la salud pública mundial representaban amenazas que caían fuera de su ámbito como el síndrome respiratorio agudo severo y la temible liberación intencionada de virus -en mente estaban las cartas con esporas de bacilo del carbunco que se difundieron en los Estados Unidos de América después de los atentados del 11-S. Urgía remozar el RSJ. Se inició así un largo proceso de revisión que culminaría con la aprobación de un nuevo texto en 2005, durante la 58ª Asamblea Mundial de la Salud, que, por cierto, era presidida por vez primera en la historia de la OMS por un representante español -a la sazón, la Ministra de Sanidad, doña Elena Salgado-. Dos años después, en 2007, el nuevo RST entró en vigor²⁸.

No es éste el lugar para desglosar minuciosamente el contenido del nuevo RST, pero sí vale la pena llamar la atención de sus novedades más sobresalientes en la medida en que reflejan los nuevos

²⁸ No está de más significar que la adopción de tratados internacionales en el seno de la OMS tiene una destacada peculiaridad en la medida en que la ratificación a que son sometidos por parte de los Estados miembros opera «en negativo», es decir, que, de no indicarse expresamente lo contrario, se va a presumir el asentimiento.

vientos que soplan en la inteligencia de la tutela de la salud pública en la esfera internacional.

a) A destacar, ante todo, la reformulación y ampliación de su ámbito objetivo de aplicación. El nuevo RSI no se constriñe a las enfermedades cuarentenables, sino que se abre a «cualquier emergencia de salud pública de importancia internacional». El trueque es de extraordinaria significación pues revela la voluntad de atender no sólo el riesgo que entrañan las enfermedades transmisibles, sino cualquier otra incidencia capaz de poner en jaque la salud pública a escala internacional. Asuntos otrora ajenos entran ahora de lleno en su radio de aplicación: accidentes industriales, catástrofes naturales, conflictos bélicos, entre otros. Además, por su formulación abstracta, las puertas quedan abiertas a nuevos problemas hoy insospechados o preteridos pero que en un futuro pueden surgir o alcanzar dimensiones inquietantes.

b) Novedoso es también el énfasis puesto en el compromiso de preparación de los Estados para responder con solvencia a los riesgos sanitarios. Se busca, por emplear el término en boga, *capacitar* a todos y cada uno de los Estados para poder cumplir con rigor las obligaciones impuestas por el RST en los distintos órdenes de la vigilancia, la notificación y la respuesta. Descrito en pocas palabras, los Estados han de estar en grado de identificar con prontitud la aparición en su territorio de una emergencia de salud pública de importancia internacional (i). A continuación, han de disponer de un específico conducto con el que dar a conocer la situación a la OMS y a la comunidad internacional —aquí emerge la importante figura del «Centro Nacional de Enlace», quicio fundamental del sistema a los efectos de facilitar la comunicación con la OMS²⁹— (ii). Y, por último, han de contar con los medios necesarios para neutralizar la amenaza, lo que pasa por ser una de las apuestas centrales de la nueva política internacional de salud

pública: que el riesgo se contenga en su lugar de origen en lugar de esperar con resignación a su propagación, confiando en la resistencia de las fronteras propias (iii).

Huelga decir que no todos los Estados parten de la misma posición en cuanto al cumplimiento de estas exigencias de capacitación. Las fallas están en los países en vías de desarrollo, cuyas prioridades no están puestas, como es fácil intuir y comprender, en la disposición de modernos sistemas de información y organización ante emergencias de salud pública, faltando en tanto los recursos más elementales para la asistencia primaria de sus poblaciones. A salvar este escollo habrá de dirigirse la cooperación internacional que también aparece prevista en el nuevo RSJ.

c) No puede dejar de resaltarse, en fin, el mayor protagonismo que se da a la OMS en la aplicación del RSJ. La OMS sale muy fortalecida con el nuevo RST (2005) y realza su papel de vigilante y coordinador de los riesgos sanitarios globales. Dos apuntes me parecen suficientemente expresivos al respecto. Por un lado, la OMS va a participar activamente en la detección de las emergencias sanitarias de importancia internacional. Aunque es a los Estados a quienes corresponde, en primera instancia, localizar estas amenazas y dar cuenta de las mismas, el nuevo RSJ reconoce que la labor de la OMS no debe quedar a expensas de la información recibida por parte de las fuentes nacionales oficiales —no hay que perder de vista la ristra de antecedentes en las que los Estados han ocultado datos por el temor a las repercusiones comerciales—. De ahí que contemple la posibilidad de que la OMS efectúe sus propias averiguaciones a partir de otro upo de fuentes —incluidos, claro está, los medios de comunicación—. En tales casos, se dará a consultar al Estado las noticias recibidas para que las contraste y las someta a verificación, ofreciendo al cabo las explicaciones oportunas.

Por otro, se apodera a la OMS para señalar qué medidas es preciso adoptar para neutralizar el riesgo sanitario de interés internacional. Ciertamente, este señalamiento no adquirirá carácter vinculante para el Estado pero sería un error menospreciar por ello el valor y la autoridad que pueden llegar a alcanzar estas recomendaciones.

²⁹ En España, ostenta esta condición la Dirección General de Salud Pública del Ministerio de Sanidad y Consumo, en virtud de la Orden SCO/3870/2006, de 15 de diciembre, por la que se designa el Centro Nacional de Enlace con la Organización Mundial de la Salud y se completan las disposiciones de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica para la aplicación del Reglamento Sanitario Internacional en relación con la declaración obligatoria y urgente de casos humanos de gripe aviaria.

Muchos otros extremos del nuevo RSJ merecerían a buen seguro algún pequeño comentario. Sin embargo, en cuanto ahora interesa, las breves pinceladas expuestas han de servir para captar la existencia de una renovación de la «mentalidad internacional» en lo que concierne a la tutela de la salud colectiva. Y la consigna de esa renovación es evidente en el sentido de reforzar el interés y mejorar los instrumentos de acción.

Muchos Estados han tomado nota de este movimiento y han aprovechado su estela para revisar y poner al día su legislación de salud pública. Con el acicate del RST (2005), los Estados más avanzados —a los que, en teoría, menos afecta la capacitación exigida por este texto— han aprovechado la ocasión para modernizar sus instrumentos de defensa sanitaria. Los ejemplos abundan. Los tenemos en Europa: Francia, Reino Unido (Escocia) o Suecia. Y fuera de ella: Estados Unidos de América, Canadá o Australia, entre otros muchos³⁰.

Lo propio debiera hacer España. De entrada, porque estamos ante un tratado internacional que vincula a nuestro país y que le impone obligaciones que es de fuerza cumplir³¹. Pero, sobre ello, porque el espíritu que impregna el RSI (2005) apunta en una dirección a la que no cabe llegar montados en una legislación sanitaria que hace aguas en apartados centrales de la salud pública.

B. La pujanza de la Unión Europea en los temas de salud pública

Otro testimonio muy a tener en cuenta, esta vez más próximo, es el que ofrece la Unión Europea.

La influencia de la Unión Europea en el terreno de la salud pública no ha hecho sino acrecentarse en

los últimos años; y ello a pesar de que, en principio, la política de salud pública se presenta en el TCE con un marcado carácter residual y complementario con respecto a la acción desempeñada por los distintos Estados miembros³².

En efecto, a la luz del art. 152 del TCE, la labor de las instituciones comunitarias en este ámbito consiste, en lo esencial, en auxiliar a los Estados y en descubrir y arbitrar vías de colaboración a escala europea para afrontar problemas sanitarios comunes. Se trata, en coherencia con el principio de subsidiariedad, de complementar los esfuerzos individuales de los países y sus políticas de salud pública con el afán de sumar esfuerzos en una empresa que, por su entidad, agradece cualquier tipo de colaboración pública; pero, eso sí, sin incidir en la definición del contenido de esas políticas y de las opciones a barajar que restan en manos de cada Estado. Sólo en dos parcelas permite el art. 152 del TCE que la Unión Europea pueda aprobar normas de sesgo uniformador: la de la calidad y seguridad de los órganos y sustancias de origen humano -incluida la sangre y sus derivados-, y los ámbitos veterinario y fitosanitario. Fuera de estos dos reductos, las funciones a desarrollar por la Administración comunitaria serán fundamentalmente de fomento, promoción y cooperación.

Resulta, sin embargo, que este carácter complementario de la política comunitaria de salud pública no ha sido obstáculo para que la Unión Europea haya ganado paulatinamente influencia en los temas de salud pública, liderando ya algunos sectores de relieve como es el caso de la seguridad alimentaria. Su interés por hacerse un hueco en este sector, no obstante los recelos de los Estados, que ven en la tutela de la salud de sus poblaciones una de las partes más sensible de la soberanía -no en vano estamos ante uno de los tres componentes del orden público-, revela la renovada importancia de esta materia y, sobre todo, su potencial impacto en el proceso de integración europea.

³⁰ *Un interesante repaso por los movimientos más recientes en el Derecho comparado en cuanto a la renovación de la legislación de salud pública puede verse en Ana RIVADENEYRA SICILIA, Los nuevos derechos en salud pública: estado de la cuestión y avances normativos en el entorno internacional y europeo, 2007, inédito.*

³¹ *De todos es sabido pero vale la pena recordar que «los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno» ex art. 96.1 de la CE. Por cierto que el nuevo RSI fue publicado en el BOE de 12 de marzo de 2008.*

³² *Para profundizar en el análisis de la política de salud pública de la Unión Europea, acúdase, entre otros, a PAREJO ALFONSO (1999).*

Que la salud pública puede constituir un freno a la integración económica es un dato que admite pocas discusiones. La defensa de la salud pública se erige en una de las cláusulas de salvaguarda en grado de justificar la adopción de restricciones nacionales a las libertades de circulación, especialmente de productos. El art. 30 del TCE reconoce así que la protección de la salud y la vida de las personas podrá justificar el establecimiento de prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito. Dejar al albur de los Estados el manejo de una válvula de escape tan comprometida como seductora podría abocar a una erosión irreparable de la lógica que mueve el mercado interior. Por esta razón, la Unión Europea se ha esforzado en articular mecanismos con los que contrarrestar cualquier invocación estatal de la defensa de la salud pública, purgando posiciones proteccionistas o desproporcionadas.

Pero además de la integración económica, la tutela de la salud pública tiene una repercusión muy sensible en la integración política. Una circunstancia que se hizo bien patente con ocasión de la frustración generada en la ciudadanía europea por la actuación tardía e imprecisa de las instituciones comunitarias al hacer frente a la célebre crisis de las «vacas locas» (1996); una crisis que constituye un hito en la medida en que propició un cambio ostensible en la interiorización de la importancia de los problemas de salud pública por parte de la Unión Europea. De entre las numerosas enseñanzas extraídas de este episodio hubo una que quedó grabada a fuego: sin una reacción rápida y coordinada ante los riesgos sanitarios transnacionales deviene imposible persuadir a los ciudadanos de la trascendencia de los lazos europeos. En definitiva, que ninguna organización que aspire a ser un efectivo centro territorial de poder público puede eludir los problemas más graves de salud colectiva.

La aspiración a adquirir mayores responsabilidades en el escenario de la salud pública se ha visto animada, pues, por motivaciones de fuste. Y el caso es que la Unión Europea se las ha ingeniado para superar el discreto papel reservado a su política en el art. 152 del TCE, explorando a tal efecto diferentes vías alternativas.

a) En primer lugar, ha acertado a sacar provecho del carácter transnacional de muchos riesgos de salud colectiva dando la vuelta a la virtualidad de la subsidiariedad. Conforme a este principio, corresponde a los Estados protagonizar la intervención en los ámbitos que no sean de competencia exclusiva de la Unión, pero, eso sí, siempre que la actuación a escala nacional resulte suficiente. Porque, si no lo es, la regla se altera y se justifica que entren en juego las instituciones comunitarias. El art. 5.2 del TCE señala a este respecto que «en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Comunidad intervendrá, conforme al principio de subsidiariedad, sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario».

Lógicamente, la salud pública es un terreno abonado a la conveniencia de una acción coordinada y no han faltado crisis sanitarias en la última década para ponerlo de manifiesto. Siendo esto así, la Unión Europea se ha reivindicado como la instancia más idónea para alcanzar una respuesta armónica y eficaz en detrimento de un encaramiento aislado y fragmentado por parte de los Estados miembros. Sin perjuicio de otros logros de entidad, es de destacar el liderazgo que de este modo ha alcanzado en la gestión de la información epidemiológica —componente crucial de las políticas de salud pública—, promoviendo y coordinando numerosas redes de información sobre diversos sectores de la salud pública (alimentación, zoonosis...); y, en la misma línea, en la creación de sistemas de alerta rápida, capaces de hacer posible una respuesta inmediata -faceta igualmente decisiva en aras de una tutela eficaz de la salud de la población-³³.

b) Agudamente, la Unión Europea ha insistido, por otro lado, en la naturaleza transversal de la salud pública. La búsqueda de un alto nivel de protección de la salud es así un objetivo que ha de estar presente en *todas* las acciones y políticas de la Unión (art. 152.1 del TCE). Un postulado irrefutable que ha dado

³³ Sirva de ejemplo el Sistema de Alerta Precoz y Respuesta a las Amenazas de Salud Pública (SAPR) o el Sistema de Alerta Rápida para Alimentos y Piensos (RASFF).

pie a que la Comunidad inserte previsiones sanitarias en normas reguladoras de los muy diversos ámbitos en los que sí posee una competencia normativa más intensa. Destaca en este sentido la introducción del ingrediente sanitario en todo el espectro que abarca la legislación sobre el mercado interior. Pero también puede seguirse el rastro en el desarrollo de la política de protección de los consumidores (art. 153) o de medio ambiente (arts. 174-176), entre otros.

Indirectamente, pues, se está conformando un acervo comunitario de entidad en materia de salud pública.

c) Finalmente, la Unión Europea ha explotado la veta de la internacionalización de los riesgos sanitarios y el hecho de que las últimas amenazas hayan tenido su origen en países que no son miembros. Ante tal situación, no ha dudado en invocar y hacer uso de su competencia en materia de fronteras exteriores y control del tránsito de personas y mercancías para ponerse al frente y coordinar la respuesta a escala europea. Así se obró con ocasión de la gripe aviar³⁴, o, más recientemente, a propósito del asunto de la leche contaminada con melamina procedente de China³⁵.

Precisamente por el afianzamiento de su intervención en la reacción contra los riesgos externos, es comprensible la preocupación, si no recelo, generada en el seno de la Unión por la aprobación del nuevo RSJ. Se teme en cierta forma que su aplicación desmonte el estadio de sintonía alcanzado en el concierto europeo, dejando a un lado los mecanismos de coordinación y las iniciativas ya existentes en nuestro entorno³⁶. Y, a mi modo de ver, subyace también el

³⁴ Como lo demuestra la Decisión 2006/415/CE de la Comisión, de 14 de junio de 2006, relativa a determinadas medidas de protección en relación con la gripe aviar altamente patógena de subtipo H5N1 en aves de corral de la Comunidad

³⁵ Véase la Decisión de la Comisión de 14 de octubre de 2008, por la que se establecen las condiciones particulares de importación de productos que contienen leche o productos lácteos originarios o procedentes de China (DOUE de 15 de octubre de 2008).

³⁶ No ha tardado por ello la Comisión en dictar una Comunicación tendente a pautar el proceso de puesta en práctica del RSJ en el marco de los Estados miembros de la Unión: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre el Reglamento Sanitario Internacional, de 26 de septiembre de 2006 -COM(2006) 552 final-.

temor a que los nuevos instrumentos previstos por el RST puedan favorecer un auge en la función coordinada de la OMS, en detrimento, al cabo, de la UE.

Esto sentado, es importante señalar que la pujanza de la Unión Europea en el terreno de la salud pública no sólo debe medirse por el número y la significación de las normas y resoluciones aprobadas. Hay también otros indicadores muy gráficos que no conviene pasar por el alto.

Uno de estos indicadores radica en la creación de una serie de Agencias llamadas a convertirse en los centros de referencia a escala europea en sus respectivos campos de actuación. Se englobarían aquí, señaladamente, la Agencia Europea para la Evaluación de los Medicamentos (1993)³⁷, la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (2002)³⁸; y el Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades (2004)³⁹. Aunque también poseen una dimensión sanitaria las actividades que se llevan a cabo en otras Agencias como la Agencia Europea del Medio Ambiente (1990)⁴⁰; o la Agencia Europea de Sustancias y Preparados Químicos (2007).

La creación de estas Agencias es reveladora de la voluntad de hacer visible el compromiso de la Unión Europea con los problemas de salud pública. Pero además, en su gestación y en su puesta en funcionamiento, se advierte la latencia de unos patrones comunes que parecen conformar una suerte de sustrato

³⁷ Sobre sus funciones, puede acudir, para hacerse una primera idea, a su sede virtual: emea.europa.eu.

³⁸ Creado por el Reglamento (CE) núm. 851/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se crea un Centro Europeo para la Prevención y Control de las Enfermedades. Amplia información sobre su funcionamiento y actividades puede encontrarse en su sede virtual: ecdc.europa.eu

³⁹ Creada por el Reglamento (CE) núm. 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria. Para conocer las actividades de la Autoridad nada mejor, en una primera aproximación, que acudir a su sede virtual: efsa.europa.eu.

⁴⁰ Véase el Reglamento (CEE) núm. 1210/90 del Consejo, por el que se crea la Agencia Europea del Medio Ambiente y la red europea de información y de observación sobre el medio ambiente.

básico en la manera de concebir la política de salud pública por parte de la Comunidad. En particular, sobresale en todas estas Agencias la importancia que adquieren dos directrices: el rigor científico, basado en la excelencia y en la independencia de quienes intervienen en el análisis científico de los riesgos; y la transparencia, orientada a mantener una comunicación permanente con la comunidad científica, con los sectores económicos afectados, y, por encima de ello, a comunicar de forma comprensible a la población los resultados de las averiguaciones.

Sintomático me parece asimismo el sensible aumento de los asuntos de salud pública en la jurisprudencia comunitaria. A la variopinta cascada de pleitos relacionados con la referida crisis de las «vacas locas» -cuya repercusión judicial todavía colea-, su suman hoy numerosas sentencias en las que se enjuician medidas adoptadas por los Estados y por las instituciones comunitarias a la hora de abordar recientes problemas y amenazas de salud. Piénsese en el estudio de la incidencia sanitaria de los organismos modificados genéticamente⁴¹ en los riesgos sanitarios asociados a la comercialización de algunos medicamentos⁴² a la repercusión sobre la salud de los consumidores de los antibióticos suministrados en la alimentación animal⁴³ al uso de productos nocivos en la elaboración de cosméticos⁴⁴ y a toda la imbricación de la alimentación con la salud humana⁴⁵. Cabe hablar ya de un corpus jurisprudencial con unos perfiles definidos y que atesora una gran riqueza; en no vano, en su seno se han fraguado algunas perlas como el

mismísimo principio de precaución⁴⁶. Su toma en consideración resulta por ello fundamental a fin de captar el sentido último de la salud pública en el contexto europeo.

Añadamos, en fin, que el creciente protagonismo de la Unión Europea en el terreno de la salud pública se habría agrandado de haberse culminado con éxito el proceso de aprobación de la Constitución Europea. La razón es la nueva redacción que se venía a dar al actual art. 152 del TCE y, en concreto, la adición de dos ámbitos en los que la Unión pasaría a contar con poderes directos de regulación: la calidad y seguridad los medicamentos y productos sanitarios y la vigilancia de las amenazas transfronterizas graves para la salud, la alerta en caso de tales amenazas y la lucha contra ellas⁴⁷.

3. La intensidad de los poderes cuya activación habilita la protección de la salud pública

A las dos razones expuestas, es de añadir una tercera que me parece igualmente importante y que a menudo suele pasarse por alto: la formidable potencia de los poderes que es dado poner en marcha cuando está en jaque la salud colectiva. Ya lo apuntaba con magistral concisión el célebre aforismo: *salus publica suprema lex esto*.

La tutela de la salud pública constituye, en efecto, el título capaz de investir a la Administración con la gama de poderes más intensa de cuantas haya. No en vano, a su cuenta le será atribuida la posibilidad de adoptar cuantas medidas estime oportunas, incluida la ingerencia, si fuese menester, en los derechos fundamentales de las personas. Y es que si la gravedad de la amenaza lo justifica, podrán restringirse derechos de tanta estirpe como la integridad física de las personas, obligando a someterse a un examen médico que entraña un riesgo para la salud o a seguir un de-

⁴¹ Vid. al respecto las SSTJCE de 21 de marzo de 2000, Greenpeace France; y de 9 de septiembre de 2003, Monsanto Agricultura Italia; así como la STPI de 5 de octubre de 2005, Land Oberösterreich y Austria c. Comisión, confirmada en casa-ción por la STJCE de 13 de septiembre de 2007.

⁴² De gran interés son aquí la STPI de 26 de noviembre de 2002, Artogodam; y la STJCE de 28 de enero de 2003, Les Laboratoires Servier.

⁴³ Fundamentales son aquí las SSTPI de 11 de noviembre de 2002, Alparma; y Pfizer

⁴⁴ Véase la STPI de 16 de julio de 1998, Bergaderm.

⁴⁵ Últimamente, por ejemplo, en relación con los alimentos enriquecidos, pueden verse las SSTJCE de 23 de septiembre de 2003, Comisión c. Dinamarca; y de 5 de febrero de 2004, Comisión c. Francia.

⁴⁶ Aunque la formulación primigenia del principio de precaución no sea obra del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sí es mérito suyo haber extendido con determinación su incidencia del campo del medio ambiente, en el que nació, al terreno de la salud pública. La operación tuvo lugar en la famosa STJCE de 5 de mayo de 1998, National Farmers' Union, en plena eclosión de la crisis de las «vacas locas».

⁴⁷ Vid. el art. 111-278 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa (2004).

terminado tratamiento; o la libertad personal, hospitalizando por la fuerza; amén de otros que también comparten rango fundamental como la intimidad, la libertad deambulatoria o la inviolabilidad del domicilio⁴⁸.

La simple lectura de la LOMESP revela rápidamente el alcance de cuanto aquí se dice. En verdad, cuesta imaginar cómo apoderar más a la Administración en menos espacio. En solo cuatro preceptos se contienen habilitaciones tan intensas y penetrantes como abiertas y etéreas en su formulación: «Las autoridades sanitarias competentes -reza el art. 2- podrán adoptar medidas de reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad». Todo, o casi todo, cabe en una norma de semejante tenor.

Es cierto que la entidad del bien jurídico que trata de protegerse y la altura de la misión a desempeñar hacen difícil cuestionar la necesidad de estas habilitaciones; y otro tanto sucede con su carácter indeterminado (*numerus apertus*) y con el ancho margen de discrecionalidad que se concede a la Administración en la elección y concreción de las medidas a aplicar. Sin embargo, esta elasticidad no está reñida con un mayor esfuerzo de concreción por parte del legislador, cuando menos en lo que atañe a las cuestiones instrumentales -que no irrelevantes- de estas medidas; cuestiones entre las que figuran el iter o procedimiento a seguir -y entra aquí nada menos que la definición del alcance de la intervención judicial-, y las condiciones materiales de su puesta en práctica -lugar, plazo...-⁴⁹ Ya se indicó la sonada ausencia de la garantía judicial. Pero no es el único vacío. ¿Cuánto

⁴⁸ Véase al respecto BELTRÁN AGUIRRE (1983), págs. 155-186.

⁴⁹ En definitiva, no creo que la brevedad de la LOMESP la convierta en una ley mejor y en una muestra atendible de la conocida máxima romana: *legem brevem esse oportet*. Y dudo asimismo de que cumpla las cualidades exigibles a una ley que introduce habilitaciones de entidad para justificar la intromisión del poder público en el disfrute de derechos fundamentales. Desde esta última óptica, podría discutirse mucho en tomo a la calidad de la LOMESP y su grado de certeza (*lex certa*).

puede prolongarse el internamiento forzoso de un enfermo? ¿Qué se dice en la LOMESP de medidas hoy en día tan importantes en la defensa contra algunas enfermedades como el rastreo de contactos?

En el caso de la LOMESP, los vacíos son alarmantes e injustificables. Cotéjese si no con otras leyes de nuestro entorno y podrá apreciarse cómo es habitual dedicar un mayor espacio a la definición de qué es y cómo debe activarse un internamiento forzoso o en qué consiste y cómo ha de practicarse un examen médico forzoso. Insisto en que dejando a salvo la flexibilidad última y la capacidad de manobra de la Administración, es mucho lo que corresponde llenar al legislador español.

El problema se repite, aunque en un tono menor por no estar en juego derechos fundamentales de la persona, en lo que atañe a la aplicación de las órdenes preventivas sobre actividades y mercancías que contempla, como ya se dijo, la LGS. Aunque mucho viene a colmar el Reglamento de seguridad general de los productos, sorprende y es de denunciar que no exista una norma de cabecera en la que se perfile, siquiera sea con unos trazos mínimos, las distintas medidas de policía por razón de salud colectiva.

IV. EL ENCARGADO DE LLEVAR A CABO LA RENOVACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE SALUD COLECTIVA: ¿DEBER ESTATAL O AUTONÓMICO?

1. La ruta más lógica: la aprobación de una ley básica de salud pública susceptible de ser desarrollada por las Comunidades Autónomas

Justificada como está la necesidad de revisar en profundidad y actualizar buena parte de nuestra legislación en materia de salud colectiva, la pregunta que de inmediato sale al paso no es otra que determinar a quién corresponde tomar las riendas de este proceso.

El interrogante nos aboca de lleno a la enrevesada madeja que en esta materia forma el reparto competencial entre Estado y Comunidades Autónomas. Enrevesada no sólo por las dificultades ínsitas a cualquier distribución competencial, sino también por el carácter transversal de la salud pública y sus con-

xiones, directas e indirectas, con un número muy amplio de sectores. El elevado número de materias en las que puede verse comprometida de una forma más o menos estrecha la tutela de la salud colectiva impide, de hecho, resolver su atribución en bloque y fuerza, por el contrario, la elucidación de su asignación ámbito por ámbito, sopesando en cada caso los títulos competenciales implicados.

Esto supuesto, hay que decir, no obstante, que el Estado cuenta en la partida con una carta de extraordinario valor. Me refiero a su competencia para establecer las bases de la sanidad *ex art. 149.1.16^a* de la CE. Título éste que se ha visto reforzado por la interpretación que viene manteniendo el Tribunal Constitucional en el sentido de reconocer al mismo una *vis atractiva* capaz de vencer, allí donde la finalidad sanitaria de la norma sea preponderante sobre otros fines, la invocación de cualquier otra regla competencial. Además, a la fijación de las bases, el art. 149.1.16^a de la CE añade otras dos atribuciones sumamente relevantes a nuestros efectos: la sanidad exterior y la coordinación general de la sanidad.

El art. 149.1.1^a de la CE ofrece, pues, al Estado un excelente resorte para llevar a cabo la obra de remodelación de la legislación de salud colectiva que está pendiente. Y, en particular, presta el sostén necesario para poner la piedra de toque del edificio: la aprobación de una ley básica de salud pública. Una ley básica que, a grandes líneas, está llamada a tratar tres cuestiones fundamentales.

A. Es responsabilidad del Estado, en primer lugar, establecer las bases que han de encauzar el desarrollo de toda la extensa legislación de salud colectiva. Y ello supone no sólo fijar un denominador común a los efectos de acotar el margen de diversidad autonómica, sino también sentar el sustrato esencial de la función de tutela de la salud pública. Porque ha de ser la ley de cabecera y no las leyes sectoriales el lugar donde se retrate la manera de concebir la salud colectiva y donde se consignent las claves llamadas a inspirar toda la ramificación normativa ulterior.

Puestos a describir someramente el contenido esencial de estas bases, tengo para mí que en las mismas debe haber lugar, como mínimo, para abordar dos apartados de la máxima importancia: el catálogo

de derechos y deberes de los ciudadanos en general y de los operadores económicos en particular con respecto a la tutela de la salud pública (a); y la descripción del instrumental a movilizar por parte de la Administración para llevar a cabo sus responsabilidades de promoción, prevención y protección de la salud pública (b).

B. Está, por otra parte, la regulación de la sanidad exterior, donde, por cierto, la competencia del Estado es plena en razón de que acapara todo el poder normativo, así como las tareas de ejecución. Hay aquí por delante la costosa labor de reconstruir todo un segmento anticuado y desordenado, adaptándolo a las nuevas directrices que cuajan en los foros internacionales y cuyo mejor estandarte es el RSI (2005), en vigor, como se sabe, desde junio de 2007.

C. Finalmente, una futura ley estatal de salud pública debería ordenar la función de coordinación sanitaria que recae en el Estado⁵⁰. Una coordinación cuya importancia se acentúa aquí por la frecuente vocación expansiva de muchos riesgos de salud pública. En particular, dos son los momentos o circunstancias en la gestión de salud pública en que la coordinación estatal resulta especialmente conveniente. El primero, a la hora de conocer los problemas de salud, lo que, entre otros aspectos, pasa por contar con unas redes epidemiológicas correctamente enlazadas. El segundo, en lo que a la respuesta se trata a fin de garantizar una acción eficaz y coherente de las distintas Administraciones, autonómicas y locales, involucradas en la lucha contra una amenaza sanitaria común.

2. A la cabeza, sin embargo, el legislador autonómico. *Las primeras leyes generales de salud pública de cuño catalán y valenciano*

Como ya ha sucedido otras veces, el legislador autonómico se ha avanzado en la detección del problema y en el intento de ponerle solución a través de una normación a la altura. Aun sin contar con unas coordenadas básicas estatales debidamente actualizadas, y presentadas como tales de forma explícita,

⁵⁰ En torno a la significación de la coordinación sanitaria estatal, véase BELTRÁN AGUIRRE (2005, 2007).

algunas Comunidades Autónomas han emprendido la labor de renovar la legislación de salud pública mediante la aprobación de una ley con proyección general, capaz de realzar las responsabilidades públicas en esta materia y de definir mejor los escenarios y medios de actuación.

El principal empeño lo ha puesto, por el momento, Cataluña, que dispone desde el año 2003 de una *Ley de protección de la salud*⁵¹ y que va en camino de saltar a una segunda generación si el *Proyecto de Ley de salud pública*, actualmente en tramitación parlamentaria, ve finalmente la luz, como es de suponer⁵². Con una ley de parecida factura cuenta también la Comunidad Valenciana⁵³. Y en idéntica empresa andan enfrascadas otras Comunidades como es el caso de Andalucía y de Aragón.

Desde un punto de vista competencial, el respaldo del legislador autonómico ha de buscarse en el art. 148.1.21ª de la CE, donde se da pie para que las Comunidades Autónomas asuman competencias en materia de «sanidad e higiene», y en los concretos apoderamientos recogidos en los respectivos Estatutos de Autonomía. Precisamente la reforma reciente de algunos de ellos ha sido aprovechada para introducir los primeros ropajes de modernidad, sustituyendo la obsoleta referencia a la higiene por un término más acorde a los tiempos actuales como ese! de salud pública⁵⁴.

Es de justicia reconocer el mérito que supone dar el primer paso y romper una lanza a favor de una faceta de la sanidad durante mucho tiempo deslumbrada por el apogeo de la instauración de la sanidad asistencial. De ahí que uno de los propósitos comunes a estas leyes sea el de reivindicar con decisión la

trascendencia de las políticas de salud pública y de la actuaciones de la Administración en este orden, es decir, el de recomponer el peso de las dos vertientes, colectiva e individual, de la sanidad. Objetivo que late claramente y que explica el abordaje de temas que, desde fuera, podrían parecer menores como sucede, de manera muy significativa, con los profesionales de la salud pública, a quienes quiere dotarse de un perfil específico y reconocido.

Esto supuesto, trataré de exponer a continuación las opciones fundamentales que han seguido los legisladores catalán y valenciano y que, probablemente, al menos a mí así se me antoja, marcaran el rumbo de la renovación de la legislación de salud pública en nuestro país.

A. La modernización del lenguaje y de los principios en materia de salud pública

El primer síntoma de modernidad que se advierte en las referidas leyes catalana y valenciana viene dado por la introducción de todo un arsenal de términos provenientes de las disciplinas científicas que cultivan el campo de la salud pública. Términos que no han cuajado todavía en la legislación sanitaria estatal que o bien los desconoce o bien da un reflejo suyo fragmentado e incompleto. Ahí está, paradigmáticamente, los determinantes de la salud. Precisamente por esta razón, es común a las dos leyes y a las iniciativas en ciernes la inserción de esta nueva terminología. Y no sólo eso. Se pretende que el manejo de estos términos se efectúe con rigor, a cuyo objeto el legislador catalán ha incorporado incluso un listado de definiciones en el articulado de la ley.

La modernización del lenguaje no es, de todas formas, una operación meramente decorativa. Más allá de vestir con un ropaje formal de actualidad, se pretende asimismo definir mejor cuáles son las finalidades que está llamada a cubrir la función pública de tutela de la salud pública y los nuevos problemas a que se enfrenta. Así, sin perjuicio de otros sectores más tradicionales, se abren nuevos horizontes, ampliando, por ejemplo, las miras de la contaminación, que ya no sólo velará por lo atmosférico, sino también por la incidencia de otros agentes físicos (ruidos, líneas de alta tensión, antenas de telefonía móvil...), químicos o biológicos (legionela...).

⁵¹ Ley 7/2003, de 25 de abril, de protección de la salud.

⁵² El texto del Proyecto de Ley de salud pública puede consultarse en el Boletín Oficial del Parlamento de Cataluña, núm. 303, de 14 de julio de 2008, págs. 17-46.

⁵³ Ley 4/2005, de 17 de junio, de Salud Pública de la Comunidad Valenciana.

⁵⁴ Sirva de ejemplo el art. 162 de la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, donde se identifica con claridad la competencia de salud pública, separándola conceptualmente de la competencia sobre sanidad (asistencial).

Persiguiendo esa misma voluntad de acotar mejor la misión de la salud pública en nuestros días, no podía faltar la alusión específica a los principios generales que han emergido en los últimos años - señaladamente, los principios de precaución y de corresponsabilidad- o que adquieren en esta parcela unos untes específicos que agradecen un planteamiento diferenciado con respecto a su formulación general -es el caso de los principios de igualdad⁵⁵, de paricipación⁵⁶ y de transparencia⁵⁷ -.

B. La reformulación de la organización administrativa en derredor de la salud pública

Destaca, por otro lado, la importancia que se concede a la faceta organizativa. Es palpable la voluntad de abandonar las estructuras organizativas previstas en la LGS en razón de su manifiesta incapacidad para atender los problemas de salud pública y de su inclinación preferente por los asuntos de sanidad asistencial⁵⁸. Desde esta premisa, es común a las leyes y todo indica que será una constante, la creación de un organismo específico en el que se deposita el grueso de las competencias sobre salud pública y al que pretende convertirse en la cabeza visible de una renovada política de salud pública. En el caso de Cataluña, hallamos la *Agencia de Protec-*

ción de la Salud. En el valenciano, la *Entidad Valenciana para la Acción en Salud Pública*.

Este planteamiento organizativo exige resolver numerosas cuestiones asociadas a la singular posición y problemática que plantean las Administraciones especializadas y la descentralización funcional de ciertas funciones. No hay que olvidar que muchas de las tareas que giran alrededor de la tutela de la salud pública implican, por mucho que se alteren los términos utilizados en su descripción, el ejercicio de autoridad; un ejercicio que no admite más cauce que el proporciona el Derecho Administrativo. Listón que se impone como barrera infranqueable y que sirve de contrapeso a una eventual huida hacia el Derecho Privado⁵⁹. La precisión es importante en la medida en que el perfil que se otorga a esta Administración especializada trasciende el rol meramente asesor o de asistencia técnica. Se le atribuyen, además de la función de asesoramiento, importantes parcelas de gestión, así como la toma de algunas decisiones, si bien la adopción de las medidas más contundentes queda reservada a la Administración territorial autonómica.

Pero, por encima de todo ello, el intento por erigir un ente a escala autonómica en paladín de la salud pública obliga a aclarar la posición en que van a quedar los entes locales. Y aquí sí los condicionantes para el legislador autonómico son de entidad desde el momento en que tanto la legislación básica sanitaria como de régimen local atribuyen responsabilidades importantes a los entes locales, especialmente a los Ayuntamientos, en asuntos que conectan directamente con la salud pública.

En efecto, la LGS, en su art. 42.3 inviste a los Ayuntamientos con un conjunto de responsabilidades mínimas en parcelas centrales de la salud pública como el «control sanitario del medio ambiente: contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales» (letra a), el «control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y

⁵⁵ *Hacen acto de presencia así las referencias a la equidad.*

⁵⁶ *Aunque estoy convencido de la importancia de la participación en la buena tutela de la salud pública, tengo mis dudas de los efectos reales de los relanzamientos que pretenden pergeñarse en este entorno específico. Sobre todo, porque se sigue teniendo una visión reducida de las formas de vehicular esa participación, de manera que todo el discurso grandilocuente suele acabar en la creación de algún órgano con una composición discutible y unas funciones que se desvanecen en lo asesor. ¿Por qué no se exploran otras vías? Tengo en mente, por ejemplo, la utilidad que puede ofrecer aquí una adecuada regulación de la denuncia, cuidando los aspectos relativos al deber de investigación de la Administración y a la posición del denunciante.*

⁵⁷ *Transparencia que se canaliza en buena medida a través de la actuación de la respectiva Agencia de salud pública.*

⁵⁸ *Lo sucedido con las Areas de Salud es bien ilustrativo de ello. En teoría, a tenor de lo previsto en el art. 56 de la LGS, las Areas de Salud son las estructuras fundamentales del sistema sanitario y entre las actividades que están llamadas a desarrollar se encuentran las labores de prevención y promoción de la salud. Sin embargo, la práctica cotidiana se ha encargado de evidenciar, después de ya veinte años de recorrido, el desinterés de estas unidades por los temas de salud colectiva.*

⁵⁹ *Pretendo decir con ello que, en principio, el modelo organizativo que mejor se acomoda a este entorno es el de un organismo autónomo. Es la opción que aparece tanto en la Ley catalana (art. 13) como en la valenciana (art. 12).*

vibraciones» (letra b), o el «control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de su transporte» (letra d).

Por su parte, la LBRL menciona entre las materias en las que, por fuerza, habrá de reconocerse a los municipios algún upo de intervención a la «salubridad pública» (art. 25.2.h). Además, obliga a que los municipios dispensen una serie de servicios públicos con clara incidencia en la salud pública. Para todos los municipios: cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, control de alimentos y bebidas; para los de población superior a 5.000 habitantes: tratamiento de residuos; y si el número de habitantes sobrepasa los 50.000: protección del medio ambiente (art. 26.1).

A la vista de estas previsiones, podría llegarse a la conclusión de que es voluntad del legislador estatal que buena parte de la gestión de salud pública sea desempeñada por los Ayuntamientos. Sin embargo, tengo para mí que esta inclinación no es fruto de una posición meditada y sí más bien el resultado inconsciente de una inercia histórica que refleja la intensa imbricación que hubo antaño entre la salubridad y lo local. Es más, dudo seriamente de que la cuestión se resolviese del mismo modo de haber tenido en cuenta la realidad actual de la salud pública. Porque la tecnificación y especialización que rodea los asuntos de salud pública -piénsese, por ejemplo, en lo que realmente hoy supone el control de alimentos y bebidas- hace que resulta impensable que la mayor parte de nuestros Ayuntamientos, siquiera sea a través de fórmulas asociativas (como las mancomunidades) o bien con el concurso de los niveles supramunicipales (comarcas y provincias), puedan estar en grado de asumir con un mínimo de eficacia y rigor muchos de los cometidos que la legislación básica les atribuye.

Siendo esto así, y mientras esta legislación estatal no se pase por el tamiz, la opción más sensata pasa por la instrumentación de vías para que permitan que la mayor parte de las responsabilidades locales de salud pública puedan recalar en las comarcas o provincia o, en su caso, en la Administración especiali-

zada. A salvo podrían quedar, a lo más, las grandes ciudades, únicas candidatas con un cierto realismo a asumir esta carga con garantías⁶⁰. Es el camino que sigue, por ejemplo, el legislador catalán⁶¹.

Ahora bien, lo anterior no significa, sin embargo, abogar, lisa y llanamente, por un desapoderamiento de los municipios en las políticas de salud pública. Se trata, más bien, de ingeniar una solución que les permita -lejos de toda imposición- sortear la complejidad científica de algunos problemas de salud pública. En el bien entendido, eso sí, de que, más allá de los asuntos de mayor tecnicismo, es mucho lo que los municipios pueden aportar en este ámbito. Aislar esas otras facetas y aprovechar las ventajas de la actuación municipal en términos de proximidad y conocimiento de la realidad local es también tarea que debe repensarse a la par.

C. El desarrollo de las técnicas de intervención y de policía sanitarias

Como ya se indicó más atrás, las técnicas de intervención y de policía han sido y siguen siendo un componente esencial en la tutela de la salud pública. De ahí que figure entre los apartados imprescindibles para cualquier ley general que se precie en la materia.

Acorde con ello, las leyes autonómicas catalana y valenciana dedican un espacio *expofesso* a la regulación de estas técnicas, destacando en sus planteamientos algunos elementos que es de interés conocer.

A. En primer lugar, está el esfuerzo por concretar algunos de los mecanismos de policía y que la LGS sólo contempla de forma superficial, detallando la forma de llevar a cabo algunas actuaciones, especialmente las relativas a los servicios de inspección: toma de muestras, cierre de empresas y suspensión de actividades, inmovilización de productos, entre otras.

⁶⁰ *Ciertamente, no puede ocultarse que algunas ciudades están llevando a cabo una intensa actividad en la tutela sanitaria de sus poblaciones. Entre los ejemplos más destacados, podría citarse el de Barcelona, que cuenta con una Agencia de Salud Pública y Medio Ambiente. Una singularidad que reconoce y no trunca la Ley catalana de Protección de la Salud (art. 31).*

⁶¹ *Véanse los arts. 46 y 47 de la Ley catalana de Protección de la Salud.*

B. Hay, en segundo término, una clara orientación hacia la corresponsabilidad de los empresarios en la vigilancia de los riesgos sanitarios asociados a sus actividades y productos. Se quiere que sean éstos quienes mantengan en primera instancia una labor de control estrecho⁶² y quienes afronten, sin necesidad de esperar a ninguna intimación por parte de la Administración, la aparición de cualquier riesgo. De manera que sólo en defecto de esa reacción voluntaria y espontánea del empresario -abstracción hecha de los casos de singular gravedad-, entrará en escena la Administración, que intervendrá a cuenta de aquél -al más puro estilo, pues, de la ejecución subsidiaria-. Es ésta una tendencia impulsada resueltamente desde la Unión Europea y que luce ya en numerosas normas comunitarias, de entre las que destaca la Directiva de Seguridad General de los Productos (2001)⁶³, transpuesta a nuestro ordenamiento por el ya citado Reglamento de Seguridad General de los Productos (2003).

El eco de esta corriente es evidente en las leyes autonómicas de salud pública. En particular, es de destacar cómo ha cristalizado esta idea en lo que la Ley catalana de Protección de la Salud denomina «autocontrol», a cuya virtud, los titulares de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias con repercusión potencial sobre la salud pública devienen responsables de la seguridad sanitaria de sus instalaciones y de sus procesos y productos⁶⁴. De manera que, tan pronto detecten la existencia de un riesgo para la salud, «deben informar inmediatamente de ello a la correspondiente autoridad sanitaria y retirar, si procede, el producto del mercado o cesar su actividad»⁶⁵.

⁶² Hasta el punto de que deben participar a la Administración no sólo la detección del riesgo sanitario, sino aun las sospechas al respecto. Por cierto que el Tribunal Constitucional ha avalado la tipificación como infracción administrativa de la omisión de comunicar sospechas tal y como se preveía en el Reglamento de Epizootias de 1955 y en la Ley de Sanidad Animal de 2003 (ATC 135/2008, de 26 de mayo, en relación con la peste porcina).

⁶³ Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos.

⁶⁴ Vid. el art. 5 de la Ley catalana de Protección de la Salud.

⁶⁵ Vid. el art. 8.1 de la Ley catalana de Protección de la Salud.

C. Finalmente, destaca el protagonismo que se concede a las medidas cautelares. La fragilidad de la salud pública en tanto que bien jurídico a tutelar y la dificultad -si es que es posible- de reparar los daños en ella provocados hacen que los mecanismos de intervención *ante factum* cobren una especial relevancia. Sabedores de ello, tanto el legislador catalán como el valenciano se cuidan de regular la intervención urgente ante la aparición de un riesgo de salud pública. Una regulación que tiene como una de sus señas más destacadas el reforzamiento del papel de los inspectores en la medida en que se parte de la consideración de que son ellos quienes, de ordinario, tienen un primer contacto con el foco de riesgo y quienes, en consecuencia, se colocan en mejor posición para ofrecer una respuesta inmediata.

V. FINAL

Hay argumentos de fuste para reclamar una renovación y puesta al día de nuestra legislación de salud pública. Pero las razones, que las hay y de peso, insisto, deben venir acompañadas de un convencimiento político sobre la bondad de este proceso (a) y de la complicidad del sistema sanitario asistencial (b).

Para impulsar la renovación del marco regulador de la salud pública es preciso interiorizar la necesidad real de realzar y dar un nuevo cauce a las políticas públicas de salud colectiva, poniéndolas a tono con la incidencia de los problemas de salud pública en nuestros días. Y para ello resulta crucial entender y asumir que la tutela de la salud de los ciudadanos no se limita a la curación de las enfermedades, sino que va más allá y apunta resueltamente a la mejora de la esperanza y la calidad de vida. Sólo merced a ese convencimiento podrá imprimirse la modernidad y el progreso que requiere la empresa. Y más aún. Sólo a través de la convicción firme en su oportunidad y conveniencia podrá hacerse que los avances normativos, de haberlos, salten a la realidad cotidiana.

No hay que olvidar, en este sentido, que la precaria situación de la legislación de salud pública en nuestro país se corresponde y es fiel reflejo en gran medida de la propia estrechez de la estructura organizativa en su derredor y de la notoria escasez de recursos materiales y humanos destinados a este fin. Quie-

re decirse con ello que para dar un paso adelante en la concepción de la salud pública no serán suficientes los cambios jurídicos si éstos no van acompañados del correspondiente soporte humano, logístico y, al cabo, económico. Escaso sería el impacto de la renovación de la legislación de salud pública si el aparato administrativo encargado de ponerla en práctica no encuentra el respaldo preciso en términos de recursos a su alcance.

Por otro lado, tampoco puede avanzarse en pos de esta meta sin el concurso de la faceta de la sanidad que en las últimas décadas ha centrado la atención de los esfuerzos públicos. La potenciación de la política de salud pública no ha de verse, desde este lado, como un movimiento de ruptura de la sanidad, cuya integridad consagran, y con mucho énfasis como ya se dijo, la LGS y la LCC. Se trata, más bien, de reclamar una mayor presencia en las políticas de salud —en los programas y objetivos— y en la actividad de las Administraciones sanitarias —en el día a día de los servicios sanitarios—. Pero ello, claro está, sin merma de la posición principal que corresponde a la sanidad asistencial y que tan aquilatada está. Además, si bien se mira, la potenciación de la salud pública puede devenir un excelente aliado para la sanidad asistencial en razón de su capacidad para aliviar la fuerte presión que padece nuestro sistema sanitario como consecuencia de diferentes factores de todos conocidos: incremento y envejecimiento de la población, aumento en la demanda de nuevas prestaciones sanitarias o uso irracional de los medicamentos y de los servicios sanitarios, entre otros. Las medidas de salud colectiva, especialmente en lo que atañe a la prevención y promoción de la salud, constituyen a este respecto una alternativa en grado de descargar una parte del peso que entraña el tratamiento y curación de un gran número de enfermedades —piénsese, por ejemplo, en las afecciones asociadas al tabaquismo—. Fuera de todo bálsamo milagroso y aunque su contribución no vaya a acabar con las colas de espera, sí es cierto que la apuesta por el refuerzo de la salud pública no puede despreciarse en un momento en el que el mantenimiento de los servicios sanitarios a través, fundamentalmente, de los recursos presu-

puestarios públicos está en el punto de mira de muchas críticas⁶⁶.

BIBLIOGRAFÍA

BEIGREDER, Yves, *L 'Organisation Mondiale de la santé*, Presses universitaires de France, París, 1997.

BELTRÁN AGUIRRE, Juan Luis, La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas, en RVAP, núm. 6, 1983, págs. 155-186.

-Derecho Sanitario de Navarra, Gobierno de Navarra, 2005.

-Coordinación general sanitaria, en «Derecho y Salud», y. 15, número extraordinario: «Ciudadanía sanitaria», 2007, págs. 5-10.

BERMEJO VERA, José, El declive de la seguridad jurídica en el ordenamiento plural, Aranzadi, Pamplona, 2005.

CIERCO SEIRA, César, Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios, Comares, Granada, 2006.

—Las medidas preventivas de cho que adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres, en RAP, núm. 175, 2008, págs. 55-111.

—«Derecho a la libertad personal y protección de la salud pública: el internamiento forzoso por razón de enfermedad contagiosa. Reflexiones a propósito de la STEDH de 25 de enero de 2005, Enhorn contra Suecia», en Libro Homenaje al Profesor Dr. Don Lorenzo Martín-Retorullo Baquer, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2009.

⁶⁶ Como es sabido, cada vez cobran más fuerza las posiciones que reclaman una participación, así sea simbólica, de los pacientes y usuarios en la financiación del sistema sanitario a fin de garantizar no sólo la calidad de los servicios, sino incluso su propia viabilidad. Entre las propuestas más en boga están ampliar el copago de algunas prestaciones y modificar el sistema de financiación de los medicamentos.

CORREROS MENDAZONA, Eduardo, Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español, TVAP, Oñati, 1988.

CRIADO ÁLVAREZ, Juan José, Convergencias y divergencias de los troncos normativos que regulan el sistema público de salud: oportunidades de mejora para el siglo XXI, en «Derecho y Salud», y. 15, número extraordinario: «Ciudadanía sanitaria», 2007, págs. 6 1-78.

FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional, Civitas, Madrid, 1984.

GARCÍA DE ENTERRIA, Eduardo, Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas, Civitas, Madrid, 1999.

MARTÍN GONZÁLEZ, Manuel, Sanidad Pública: concepto y encuadramiento, Ministerio de la Gobernación, Madrid, 1970, tres volúmenes.

MÍNGUEZ GONZALO, Miguel, El nuevo “Reglamento Sanitario Internacional “-RSI (2005), en «Revista Española de Salud Pública», 2007, págs. 239-246.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, La Sanidad Pública en España. Evolución histórica y situación actual, TEA, Madrid, 1975.

—La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos, Alianza, Madrid, 1995.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, Informe sobre la salud en el mundo 2007. Protección de la salud pública mundial en el siglo XXI: un porvenir más seguro, Ginebra, 2007.

PAREJO ALFONSO, Luciano, «La política comunitario-europea en materia de salud pública: el artículo 129 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en la versión dada al mismo por el de Amsterdam», en el vol, col. Derecho de la Sanidad y los medicamentos: seis estudios, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1999, págs. 185 a 202.

PEMÁN GAVÍN, Juan, Derecho a la Salud y Administración sanitaria, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

—Asistencia sanitaria y Sistema Nacional de Salud Estudios jurídicos. Comares, Granada, 2005.

—Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud, en «Derecho y Salud», V. 16, número extraordinario: «El Sistema Nacional de Salud: presente y futuro», 2008, págs. 29-62.

REBOLLO PUIG, Manuel, Potestad sancionadora, alimentación y salud pública, INAP, Madrid, 1989.

RIVADENEYRA SICILIA, Ana, Los nuevos derechos en salud pública: estado de la cuestión y avances normativos en el entorno internacional y europeo, 2007, inédito.

RODRÍGUEZ-VIGIL RUBIO, Juan Luis, Integración o desmoronamiento. Crisis y alternativas del Sistema Nacional de Salud español, Civitas, Madrid, 2008.

VV.AA., Salud pública y Derecho Administrativo, CGPJ, Madrid, 2004.

VV.AA., La reforma del Sistema Nacional de Salud: cohesión, calidad y estatutos profesionales, Marcial Pons, Madrid, 2004.

LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LOS NUEVOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA: ANÁLISIS CRÍTICO. *

Francisco Javier Enériz Olaechea
Defensor del Pueblo de Navarra

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LOS NUEVOS ESTATUTOS AUTONÓMICOS. 1. El Estatuto de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio). 2. El Estatuto de las Illes Balears (LO 1/2007, de 28 de febrero). 3. El Estatuto para Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo). 4. El Estatuto de Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril). 5. El Estatuto de Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre). III. LOS TITULARES DE ESTOS DERECHOS. IV. EL ALCANCE DE ESTOS DERECHOS. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 1. Alcance de estos derechos. 2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. V. REFLEXIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN.

En primer lugar, permítanme que agradezca mi presencia a este XVII Congreso de Derecho y Salud, que se celebra en Pamplona estos días. Agradecimiento que va dirigido, en primer lugar, a los organizadores, y en particular, a mi querido amigo y compañero de vicisitudes don Juan Luis Beltrán Aguirre, Doctor en Derecho, presidente de la Asociación de Juristas de la Salud y Asesor Jefe del Defensor del Pueblo de Navarra.

Es él quien me ha pedido que elaborara esta ponencia relativa a la regulación del derecho a la protección de la salud en los nuevos Estatutos de Auto-

nomía y es, por tanto, a él a quien lógicamente van dirigidas mis primeras palabras de agradecimiento.

Como ustedes saben, varias de las nuevas reformas de los estatutos de autonomía aprobadas desde abril de 2006 hasta la actualidad han introducido en su texto una regulación de un nuevo derecho a la protección de la salud. Por su parte, otras reformas estatutarias también avanzan paulatinamente y es previsible que, siguiendo el modelo de las aprobadas, incorporen un derecho similar.

En efecto, en el año 2006 se aprobaron dos reformas estatutarias: la del estatuto valenciano y la del catalán.

En el año 2007, se aprobaron otras cuatro reformas: la del estatuto balear, la del estatuto andaluz, la del estatuto aragonés y la del estatuto de Castilla y León.

* Ponencia presentada en el XVII Congreso "Derecho y Salud", celebrado en Pamplona en noviembre de 2008.

Voy a sintetizar algunas notas de este proceso estatutario, que me parece interesante subrayar:

1. Como ya he apuntado, no es un proceso terminado. No sólo porque todo lo relacionado con el desarrollo del Título VIII de la Constitución no esté nunca cerrado en su desarrollo y se haya convertido en una situación permanentemente dinámica, de permanente tensión (que no obligatoriamente conflicto) entre el Estado y los poderes autonómicos, sino también porque, prácticamente, todos o casi todos los estatutos de autonomía vigentes serán finalmente reformados y tratarán de superar los corsés que actualmente les oprimen. Así, ya están en la vía de su reforma los estatutos gallego, canario y castellano-manchego, y a ellos se añadirán pronto otros, incluso la LORAFNA será en algún momento objeto de revisión.

2. Sin embargo, este proceso de reformas estatutarias está interinamente paralizado. Se paralizó en el año 2008 por varios motivos, entre otros posibles, la celebración de elecciones generales, la constitución de las nuevas Cortes Generales, la espera de la sentencia del Tribunal Constitucional sobre la reforma del estatuto catalán, el debate sobre la nueva financiación autonómica y la posibilidad de un acuerdo amplio entre las dos grandes fuerzas políticas. También la crisis económica iniciada en el año 2007 añade argumentos para demorar o repensar el proceso de reforma y el destino final al que se dirige el Estado de las Autonomías.

3. Precisamente, de los seis estatutos reformados, cinco están consensuados entre los dos principales partidos políticos. Sin embargo, el catalán ha sido una fuente constante de conflictos entre ellos y ha dado lugar a un recurso de inconstitucionalidad del Partido Popular, además de a otros varios recursos de inconstitucionalidad promovidos por el Defensor del Pueblo de las Cortes Generales y por varias Comunidades Autónomas. Mientras que en el proceso de elaboración de los estatutos de autonomía llevado a cabo entre 1979 y 1983 se alcanzó un sólido consenso entre las fuerzas mayoritarias, sobre todo entre las dos principales entonces, y los estatutos vasco y catalán fueron utilizados por las demás Comunidades Autónomas como el espejo donde mirarse a la hora de redactar nuevos estatutos, en el nuevo proceso

iniciado en el año 2006, el estatuto catalán no se emplea como modelo de los otros (sí en parte por el estatuto andaluz, pero no por el resto) y, además, provoca en torno a él un fuerte enfrentamiento político, mediático y jurídico, que habrá que ver como termina, una vez que se conozca la sentencia del Tribunal Constitucional sobre su adecuación a la Constitución.

4. El contenido de los nuevos Estatutos se caracteriza por cinco notas, que se resumen seguidamente:

a) La potenciación de las ideas de nación y nacionalidad histórica y, en muchos casos, la exaltación del carácter preconstitucional de las comunidades nacidas de la propia Constitución (lo que parece más llamativo y ha pasado más desapercibido incluso en Comunidades menos reivindicativas históricamente): Cataluña trata de definirse como una nación, y tanto esta comunidad como la Comunidad Valenciana, las Illes Balears, Andalucía y Aragón se definen como una nacionalidad o como nacionalidad histórica, e incluso una comunidad moderada hasta el momento, como era la de Castilla y León, se dibuja ahora como una comunidad histórica y preconstitucional continuadora de los antiguos Reinos de León y de Castilla, en los que sitúa su origen.

b) A modo de parte dogmática, y como si se fueran auténticas Constituciones de Estados con una organización territorial de corte federal, los nuevos estatutos de autonomía reformados o aprobados añaden, en su segundo título, tras el preliminar o general y antes de la parte orgánica y competencial, un catálogo más o menos extenso de derechos subjetivos públicos y de deberes de los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, completado por unos principios rectores de las políticas públicas. Este catálogo es más amplio en unos estatutos que en otros, pero son los estatutos catalán y andaluz los que se muestran más extensos y, sobre todo, más complejos jurídicamente.

c) En algún caso, como ocurre en el estatuto catalán, el nuevo estatuto contiene una reforma institucional que alcanza incluso a las instituciones constitucionales del Estado, entre ellas al poder judicial, al nombramiento de magistrados del Tribunal Constitu-

cional y del Consejo General del Poder Judicial, y al propio municipio.

d) La mayor parte de los estatutos reformados introduce un detalle, a veces excesivo, del alcance de las competencias autonómicas, que recuerda en ocasiones más al listado de competencias de los precedentes reales decretos de traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Administración autonómica, que al sencillo y válido listado de materias y competencias de los anteriores estatutos. Tampoco parece que el detalle con que se explicitan las nuevas competencias vaya a servir como un valladar infranqueable que permita frenar la función del Tribunal Constitucional de distribución competencial conforme a la Constitución. Si como parece en algún estatuto, la intención última de los legisladores ha sido ésta de evitar una jurisprudencia limitativa de las competencias autonómicas por parte del Tribunal Constitucional, el fracaso está asegurado.

e) En la práctica totalidad de las reformas está patente la búsqueda de un nuevo marco de financiación autonómico, en muchos casos “a la carta”, a partir de los hechos diferenciales o peculiaridades que cada Comunidad Autónoma ha considerado más beneficiosa ventear para sus intereses: bilateralidad, diferencia en relación con el nivel de los servicios esenciales del estado del bienestar, insularidad, baja densidad y envejecimiento de la población, etcétera.

En estas nuevas reformas estatutarias se emplazan por el legislador estatal (que es quien, en definitiva, aprueba las leyes orgánicas de los estatutos autonómicos) los nuevos derechos subjetivos públicos, entre ellos el derecho a la protección de la salud.

II. LA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LOS NUEVOS ESTATUTOS AUTONÓMICOS.

Los seis nuevos estatutos de autonomía (por este orden cronológico, Comunidad Valenciana, Cataluña, Illes Balears, Andalucía, Aragón y Castilla y León) contienen, como ya se ha dicho, una tabla de derechos subjetivos públicos, cuyos titulares son, como en ellos se afirma, los ciudadanos y ciudadanas de la Comunidad Autónoma.

Entre tales derechos subjetivos públicos figuran, como uno más, “los derechos en relación con la salud”, como los denomina el estatuto catalán.

Es este precisamente el primer estatuto en hacer realmente mención a los derechos relacionados con la salud, puesto que el primer estatuto reformado en el tiempo, el valenciano, promulgado el 10 de abril de 2006, no contiene ninguna alusión a este derecho.

1. El Estatuto de Cataluña (LO 6/2006, de 19 de julio).

El estatuto catalán dedica su Título I a los “derechos, deberes y principios rectores”.

Los derechos y deberes se clasifican en tres grupos:

El primer grupo comprende los derechos y deberes de ámbito civil y social. Entre ellos, se encuentran los derechos de las personas, la familia, los menores, las mujeres, a vivir con dignidad el proceso de la muerte, los derechos de educación, los derechos culturales, los derechos en el ámbito de la salud, los derechos en el ámbito de los servicios sociales, laboral, a la vivienda, al medio ambiente y los derechos de los consumidores y usuarios.

El segundo grupo recoge los derechos (aquí no hay deberes) en el ámbito político y de la Administración. Son los derechos de participación, de acceso a los servicios públicos y a una buena Administración, y a la protección de los datos personales.

El tercer grupo se dedica a los derechos y deberes lingüísticos tanto en general como en los ámbitos más concretos de su ejercicio ante las Administraciones públicas y las instituciones estatales, en el caso de los consumidores y usuarios, en el ámbito de la enseñanza y con relación al aranés.

Además, el art. 37.3 obliga al Parlamento de Cataluña a aprobar por ley una Carta de derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña, que gozan de las garantías normativas de los derechos estatutarios. Con esta Carta se amplía aún más la lista de derechos ciudadanos.

A toda esta panoplia de derechos, el capítulo V del Título I añade los llamados principios rectores,

cuya denominación viene prestada de los principios rectores de la política social y económica que establece la Constitución en su Título I. Son principios que orientan las políticas “públicas” de los poderes públicos de Cataluña. Orientar quiere decir que sirven de guía, pero que no obligan a los poderes públicos a seguirlas tal cual. Son principios cuyo reconocimiento, respeto y protección informan la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, en particular de la Administración que en cada caso sea competente. Pero, lo que es más importante, son principios cuyo cumplimiento no pueden demandar los ciudadanos para su interés particular en un momento concreto en tanto no lo haya determinado una ley o un reglamento que los desarrolle. Son, como afirma el estatuto, cerrando cualquier paso a la duda, principios rectores de las políticas de los poderes públicos, y no derechos de los ciudadanos ejercitables ante los mismos.

La lista de principios es exhaustiva. Abarca los arts. 40 a 54 y aborda todos los temas propios de un Estado social moderno, reiterando incluso cuestiones que ya había dejado sentado el catálogo de los derechos: protección de las personas y de las familias, perspectiva de género, cohesión y bienestar sociales, fomento de la participación social, y ciudadana, educación, investigación, cultura, políticas sociales y económicas, medio ambiente, desarrollo sostenible y equilibrio territorial, vivienda, movilidad y seguridad vial, protección de consumidores y usuarios y fomento y difusión del catalán, cooperación al fomento de la paz y al desarrollo, medios de comunicación social, acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación, y memoria histórica.

El art. 23 del nuevo EAC se ocupa de los derechos en el ámbito de la salud. El precepto diferencia en su interior tres clases de derechos distintos:

1. Los derechos de todas las personas a acceder en condiciones de igualdad y gratuidad a los servicios sanitarios de responsabilidad pública, en los términos que se establezcan por ley. Todas esas personas son, como veremos más adelante, los ciudadanos catalanes, y no todas las personas sin distinción de nacionalidad. A ellas se les garantiza la igualdad y la gratuidad en la prestación del servicio sanitario. Los

servicios sanitarios son las prestaciones sanitarias que dé el sistema público en cada momento, bien sea directamente, bien de forma concertada, y tales prestaciones son las que han de materializarse de forma igual y gratuita para todos los ciudadanos. Por “responsabilidad pública” parece que hay que entender tanto los servicios sanitarios de titularidad pública como los servicios sanitarios de titularidad privada concertados con la Administración sanitaria, pues todos ellos, son, en primera o última instancia, servicios que se prestan bajo la responsabilidad y supervisión de la *Generalitat* de Cataluña. Los servicios sanitarios de titularidad privada quedarían bajo la tutela de la Administración pero no podría predicarse de ellos la nota de la gratuidad en la prestación del servicio sanitario.

2. Los derechos de los usuarios de la sanidad pública (no, por tanto, ejercitables ante la sanidad privada) al respeto de sus preferencias en lo que concierne a la elección de médico “o médica” y de centro sanitario, en los términos y las condiciones que establezcan las leyes.

3. Los derechos de todas las personas, con relación a los servicios sanitarios, tanto públicos como privados, a ser informadas sobre los servicios a que puedan acceder y los requisitos necesarios para su uso; sobre los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados; a dar el consentimiento para cualquier intervención; a acceder a la historia clínica propia, y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud propia, en los términos que se establezcan por ley.

Como puede verse, se trata de un amplio rol de derechos subjetivos, unas veces ejercitables ante los servicios sanitarios tanto públicos como privados y otras sólo ante los primeros, cuyo ejercicio queda subordinado en todo momento a los términos y condiciones de toda índole (lugar, tiempo, modo, etcétera) que establezcan las leyes autonómicas.

Los arts. 37 y 38 nos aclaran algo sobre el alcance y garantías de estos derechos estatutarios. Algunos de los elementos jurídicos que determinan este alcance y las garantías de estos derechos han sido traídos

directamente de la Constitución española (la vinculación a los poderes públicos y la reserva de ley en cuanto al contenido y al ejercicio), de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (la vinculación matizada a los particulares y la interpretación más favorable a su efectividad) o del proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución Europea (la no alteración del régimen competencial o la no creación de títulos competenciales).

Las garantías siguen el esquema clásico que emplea el Derecho constitucional para clasificarlas: así, el art. 37 se ocupa de las normativas, además de su eficacia; el 38.1 y el 78, de las institucionales; y el 38.2, de la garantía jurisdiccional.

Vamos primero con las garantías normativas.

La primera de ellas es que la regulación esencial y de desarrollo directo de los derechos estatutarios debe realizarse por ley del Parlamento de Cataluña. Esto afirma el art. 37.3 del Estatuto y no puede pasársenos por alto. Lo que está afirmando el precepto son dos cosas: una, la doble reserva formal y material de ley en todo lo que afecte al contenido esencial de estos derechos, y dos, que estos derechos no tienen un “desarrollo directo” *per se*, sino que quien se lo da es la ley autonómica.

La segunda garantía atañe a su eficacia, ya que estos derechos vinculan a todos los poderes públicos de Cataluña, y de acuerdo con la naturaleza de cada derecho, a los particulares. Los derechos lingüísticos vinculan también a la Administración General del Estado. Pero, como hemos visto, no se trata de una vinculación directa, sino indirecta, que necesita del desarrollo de la ley autonómica. Los derechos vinculan únicamente como lo dispongan las leyes autonómicas. Por tanto, el destinatario primero e inmediato de los derechos estatutarios es el legislador catalán, quien determinará el desarrollo del derecho y su grado de vinculación a las Administraciones y, según la naturaleza más o menos pública o privada, a los particulares.

Asimismo, vinculan a los particulares, pero de acuerdo con la naturaleza de cada derecho. Es decir, a la vinculación indirecta hay que añadir una segunda condición: la derivada de la diferencia de “naturale-

za” de cada derecho. Es lógico. Los derechos subjetivos públicos no tienen el mismo alcance según se dirijan a los poderes públicos o a los particulares, pero es que, además, en el caso de los particulares tampoco el alcance es igual según de qué derecho se trate. Los titulares de los derechos son “los ciudadanos”, que es una cualidad política, como lo establece el art. 7.1 del EAC, distinta en su naturaleza jurídica de “los particulares”, que es una cualidad más propia de los intereses privadas. Los derechos públicos tienen por destinatario principal a los poderes públicos competentes del Estado (*lato sensu*) para obtener de éste, en lo que ahora interesa de la materia sanitaria y sin entrar en otros derechos, una prestación material, sea técnica o económica, cuya concreción se deja a lo que dispongan las leyes y, sobre todo, los reglamentos (principalmente, las carteras de servicios sanitarios, como la que detalla con carácter nacional el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre). El poder público está obligado a prestar el servicio sanitario que ofrezca y en los términos y condiciones en que se comprometa normativamente. Los ciudadanos tienen derecho a percibir la prestación en esas condiciones prefijadas por la norma y no en otras, por lo que tampoco pueden solicitar prestaciones a las que no tienen derecho.

Sin embargo, no es extraño que los derechos públicos tengan por destinatario complementario o secundario terceros sujetos o a afecten a derechos de estos, esto es, a otros ciudadanos que tengan igual derecho, otro derecho o que carezcan de éste. En tal caso, es la ley la que determina el derecho preferente, por lo que no siempre el derecho subjetivo público – en nuestro caso, a la protección de la salud – es anteposible al derecho subjetivo público de un tercero de forma preferente. Por ejemplo, esto ocurre cuando se acude a un centro sanitario y es este el que está capacitado para determinar a quién atiende antes en función de la gravedad de la enfermedad o accidente.

- Las disposiciones dictadas por los poderes públicos de Cataluña, sean legales o reglamentarias, han de respetar estos derechos y han de interpretarse y aplicarse en el sentido más favorable para su plena efectividad. Es esta una vieja regla de los países democráticos, a menudo desconocida por la Administración: la de que en la interpretación y aplicación de

un derecho subjetivo público los poderes públicos han de buscar y defender siempre la interpretación del ordenamiento jurídico más amplia o favorable para la plena efectividad del derecho. No se trata de ampliar el derecho hasta hacerlo irreconocible, sino de extender su contenido esencial para que alcance la mayor aplicación posible a los supuestos que caben bajo su manto. Así lo ha destacado el Tribunal Constitucional en una reiterada jurisprudencia (SSTC 76/1987, de 25 de mayo; 133/2001, de 13 de junio; 572002, de 14 de enero, y 26/2006, de 30 de enero, y ATC 26/2007, de 5 de febrero). En el caso de que una norma relativa al ejercicio de un derecho admita varias interpretaciones posibles, el poder público debe elegir siempre –como lo hace el Tribunal Constitucional– la que contribuya a otorgar la máxima eficacia posible al derecho afectado.

- Los derechos relacionados con la salud son ampliables por ley del Parlamento de Cataluña, que puede aprobar la Carta de los derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña. Por tanto, una ley del Parlamento puede añadir más derechos relacionados con la protección de la salud, de tal forma que existirán, por razón de su origen, derechos estatutarios y derechos legales autonómicos. En cualquier caso, el artículo 37.2 declara la igualdad de garantías entre ambas clases de derechos, por lo que el origen no conlleva diferencias en ese ámbito garantista.

La tercera de las garantías normativas, no es propiamente tal, sino que es un límite al alcance real de estos derechos:

- Estos derechos no suponen una alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Se trata de una cláusula contenida en el fracasado proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución para Europea, que no fue finalmente aprobado por los Estados miembros, y que ha sido recogida, en términos más diluidos, en el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, hecho en Lisboa el 13 de diciembre de 2007. Su dicción poco o nada aporta al Derecho público español por cuanto nunca el reconocimiento de un derecho subjetivo público ha implicado *per se* la atribución de un título competencial. Otra cuestión muy diferente

es que se haya atribuido a un ente la competencia para llevar a cabo la regulación básica o total de un derecho, como ocurre en el art. 149.1.1 CE, pero la atribución competencial ya nace en tal caso de este último precepto y no del que regula o crea el derecho.

- Los derechos (tampoco las demás disposiciones del Título I) no pueden desarrollarse, aplicarse o interpretarse de forma que reduzca los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados y convenios internacionales ratificados por España. Como puede verse, los derechos estatutarios se sitúan en un tercer nivel jerárquico: primero, figuran los derechos constitucionales, pero sólo los fundamentales; en segundo lugar, quedan los derechos derivados de los tratados internacionales; y en tercer término, aparecen ya los derechos estatutarios. Curiosamente, quedarían en un cuarto rango los derechos ordinarios constitucionales, algo que es, cuando menos, discutible por la preeminencia de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, como dispone el art. 9.1. CE.

Junto a estas garantías legales, el Estatuto catalán cita en su art. 38 dos más: una de ellas, institucional, y la otra, jurisdiccional.

- Estos derechos de los ciudadanos de Cataluña son tutelados por el Consejo de Garantías Estatutarias. Se trata de una garantía institucional nueva, prestada por una institución de la Generalitat, de naturaleza consultiva, que emite dictámenes preceptivos y previos y, en el caso de proyectos o proposiciones de leyes autonómicas que los desarrollen o afecten, con carácter vinculante. No es esta la única garantía institucional de los derechos.

- A la anterior garantía institucional debe sumarse la que otorga el *Síndic de Greuges* en sus arts. 78 y 79, que ya no lo configuran como un Alto Comisionado del Parlamento, sino como una institución ajena incluso al Parlamento de Cataluña, encargado de proteger y defender los derechos y las libertades reconocidos por la Constitución y el presente Estatuto, y a cuyo fin supervisa la actividad de las Administraciones Públicas catalanas y de la local, así como a las empresas privadas que gestionan servicios públicos o realizan actividades de interés general o universal o actividades equivalentes de forma concertada o indi-

recta y la de las demás personas con vínculo contractual con dichas Administraciones. Los incumplimientos de la obligación de colaboración de las Administraciones y de las personas con el *Síndic* son sancionables.

- Finalmente, los actos que vulneren estos derechos reconocidos en el Estatuto y en la Carta de derechos y deberes de los ciudadanos de Cataluña, pueden ser recurridos ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de acuerdo con los procedimientos establecidos en las leyes procesales. Se trata de una garantía jurisdiccional que no es realmente nueva, puesto que todos los actos administrativos que desconozcan derechos legalmente configurados, así como los de los particulares, pueden ser objeto del correspondiente recurso conforme a las leyes procesales que dicta el Estado.

2. El Estatuto de las Illes Balears (LO 1/2007, de 28 de febrero).

El Estatuto balear es más sencillo en su redacción que el catalán. Recoge en su Título II, detrás del I, los derechos, los deberes y las libertades de los ciudadanos de las Illes Balears. Sigue, por tanto, el esquema de la parte dogmática de una mini-constitución.

No hay en todo el título clasificaciones de derechos, ni distinciones entre los derechos, los deberes y las libertades. Tampoco aparecen principios rectores de las políticas públicas. La verdad es que todo se entremezcla sin un orden cierto.

La tabla de derechos se refiere a los que son propios de las relaciones con las Administraciones públicas, a los derechos de participación, los derechos llamados sociales (en donde se anuncia la elaboración de una Carta de Derechos Sociales por Ley autonómica), la no discriminación por razón de sexo, los derechos de las personas dependientes según la Carta de Derechos Sociales, las obligaciones de los poderes públicos en casos de catástrofes, el derecho de las personas a una renta mínima de inserción, el derecho de acceso a una vivienda digna, al medio ambiente, los principios de los poderes públicos en la actividad turística y en el sector primario, el derecho a la salud, el derecho a la educación, los derechos relativos a la

ocupación y al trabajo, el derecho a la protección de los datos personales y las obligaciones públicas en relación con la sociedad de la información y las nuevas tecnologías.

El art. 25 del Estatuto se ocupa de la “salud”. El precepto reconoce dos grupos de derechos diferentes:

1. El derecho general a la prevención y a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal. Es un derecho tan genérico que el Estatuto balear lo concibe como un principio rector de la política social y económica en su art. 12.3. Añade respecto del derecho a la protección de la salud que reconocía el art. 43.1 de la Constitución como un principio rector de la política social y económica, dos ideas: la de prevención, algo que parece va incluida en la expresión protección si se entiende ésta en su sentido más amplio, y la de que la protección de la salud la garantiza un sistema sanitario público y universal. Esta segunda es la más relevante: la garantía de un “sistema” o Administración dotada de los medios humanos, materiales y técnicos necesarios para dar, directa o indirectamente, a todos los ciudadanos balears un abanico de prestaciones sanitarias, al menos las que tienen carácter básico y común en todo el territorio nacional. Por tanto, dados los términos del derecho, se trata más de un mandato dirigido a los poderes públicos para que aseguren la protección de la salud de los ciudadanos mediante un sistema público y universal que de un derecho concreto de los ciudadanos.

Los derechos concretos de todas las personas en relación con los servicios sanitarios se relacionan en los números 2, 3 y 4 del precepto que se examina. Tales derechos tienen un carácter más preciso y, desde luego, una mayor relevancia práctica para los ciudadanos en sus relaciones jurídico-sanitarias con ese sistema público y universal. No obstante, no puede decirse que sean derechos alegables directamente ante los tribunales, puesto que, con carácter previo, se requiere una ley autonómica que los desarrolle, no sólo porque así lo establece el Estatuto con las remisiones a “los términos que establezcan las leyes”, sino porque se desprende de la dicción literal del derecho.

Estos derechos tan concretos de los ciudadanos baleares (aunque se diga que son de todas las personas) son los siguientes:

- A ser informados sobre los servicios a los que pueden acceder y los requisitos necesarios para usarlos;
- A ser informados sobre los tratamientos médicos y sus riesgos antes de que les sean aplicados;
- A dar el consentimiento para cualquier intervención, lo que no excluye prescindir del mismo en casos de urgencia, algo que es entendible en la práctica médica y que el estatuto no contempla;
- A acceder a su historia clínica propia;
- A la confidencialidad de los datos relativos a la propia salud;
- Al conocimiento y a la exigencia de cumplimiento de un plazo máximo para que les sea aplicado en el tratamiento;
- A ser informados de todos los derechos que les asisten;
- A no padecer de ningún tratamiento o práctica degradante;
- A un adecuado tratamiento del dolor y a cuidados paliativos;
- A declarar su voluntad vital anticipada.

El art. 13.2 del EAIB establece el verdadero alcance de estos derechos: se trata, más que de unos derechos subjetivos en el sentido dado por la doctrina iusprivatista a esta término, de mandatos dirigidos a los poderes públicos, quienes quedan vinculados por ellos y han de velar por su protección y respeto. Además, como hemos visto, es preciso que una ley reconozca tales derechos y los desarrolle para que sean directa y plenamente exigibles ante los tribunales de justicia.

Al igual que lo establecido en el estatuto catalán, los derechos del estatuto balear no suponen alteración del régimen de distribución de competencias ni crean o modifican los títulos competenciales. Tampoco los

derechos pueden ser desarrollados, aplicados o interpretados de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales ratificados por España (art. 13.3 EAIB).

Por lo que atañe a las garantías institucionales, el art. 51 contempla la Sindicatura de Greuges, institución que todavía no se ha puesto en marcha. Se contempla como una institución para la defensa de las libertades y de los derechos fundamentales de los ciudadanos, así como para supervisar e investigar las actividades de la Administración autonómica. Es el alto comisionado del Parlamento, al que rinde cuentas de su

3. El Estatuto para Andalucía (LO 2/2007, de 19 de marzo).

La reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía se aproxima al modelo catalán. Tal vez no sea tan abigarrado, pero sí que hay cosas en él que recuerdan necesariamente ese precedente.

El estatuto andaluz distingue entre, por un lado, los derechos y los deberes de los ciudadanos, y por otro, los principios rectores de las políticas públicas.

Entre los derechos figura el siguiente largo listado: el de igualdad de género, la protección contra la violencia de género, la protección de la familia, la atención integral a los menores y a los mayores, el derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse, el derecho de todas las personas a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a la plena dignidad en el proceso de su muerte, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a las prestaciones sociales, entre ellas una renta básica, el derecho de las personas con discapacidad o dependencia a acceder a prestaciones y servicios de calidad, el derecho a una vivienda, el derecho al trabajo, el derecho de los consumidores, el derecho al medio ambiente, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la participación política, el derecho a la buena administración, el derecho a la protección de datos, el derecho a la cultura, el derecho al acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación, y el derecho al respeto a su orientación sexual e identidad de género.

También establece diversos deberes, como el de contribuir al sostenimiento del gasto público en función de sus ingresos, conservar el medio ambiente, colaborar en situaciones de emergencia, cumplir las obligaciones en la Administración electoral, hacer un uso responsable y solidario de las prestaciones y servicios públicos y colaborar en su buen funcionamiento, manteniendo el debido respeto a las normas establecidas en cada caso, así como a los demás usuarios y al personal encargado de prestarlos.

El art. 37 recoge hasta 25 principios rectores de las políticas públicas de los poderes de la Comunidad Autónoma orientados a garantizar y asegurar el ejercicio de los derechos citados. Ninguno de ellos, curiosamente, guarda relación con el sistema sanitario público y universal, y esto es algo que no deja de ser sorprendente porque la salud tiene para los ciudadanos en la sociedad actual una importancia extraordinaria y es uno de los objetivos básicos de la Comunidad Autónoma, según el art. 10.7 del propio Estatuto: “la mejora de la calidad de vida de los andaluces y andaluzas (...) junto con el desarrollo de los equipamientos (...) sanitarios (...)”. En cualquier caso, esa omisión supone que al derecho a la protección de la salud le son aplicables las mayores garantías que establece el estatuto y no las previsiones del art. 40 del Estatuto, de un alcance menor, por no tratarse de un principio rector.

Sin duda, el estatuto andaluz es el que más se ha extendido en relación con la salud y el derecho a la protección de la salud. Lo hace en sus arts. 20 y 22.

El art. 20 reconoce el derecho a declarar la voluntad vital anticipada, que deberá respetarse, “en los términos que establezca la ley”. Asimismo, reconoce el derecho de todas las personas a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a la plena dignidad en el proceso de su muerte.

La Comunidad Andaluza ya ha dado los primeros pasos para redactar y, en su caso, aprobar una Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. El texto tiene por objeto proteger la dignidad de la persona en el proceso de su muerte, asegurar la autonomía del paciente y el respeto a su voluntad en el proceso de la muerte incluyendo la manifestada de forma anticipada mediante el

testamento vital, y regular el ejercicio de los derechos de la persona durante el trance de su muerte, los deberes del personal sanitario que atiende a estos pacientes, así como las garantías que las instituciones sanitarias estarán obligadas a proporcionar con respecto a ese proceso. La Ley se aplicará, si se aprueba, a todos centros, sean públicos o privados, así como a las entidades aseguradoras que presten sus servicios en Andalucía. El Título II contiene un completo listado de derechos de las personas, entre ellos, el de información clínica, a la toma de decisiones, al consentimiento informado, al rechazo y a la retirada de una intervención, a la declaración de la voluntad vital anticipada, a recibir cuidados paliativos integrales a y a la elección del domicilio para recibirlos, al tratamiento al dolor, a la administración de sedación paliativa y a la intimidad personal y familiar. A ellos se suman los derechos de colectivos como el de las personas en situación de incapacidad y de pacientes menores de edad. El círculo se cierra con las garantías que deben proporcionar los centros e instituciones sanitarias, relativas al acompañamiento familiar, asistencial, el apoyo a la familia, el asesoramiento especializado al paciente, o la estancia en habitación individual para personas en situación terminal. En cada centro o institución deberá existir un comité de carácter consultivo con funciones de asesoramiento en los casos de decisiones clínicas que planteen conflictos éticos.

El art. 22.1, al igual que el Estatuto balear, garantiza, de forma genérica, el derecho constitucional previsto en el art. 43 CE a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal. Gran parte de lo dicho para el estatuto de las islas sirve para el nuevo estatuto andaluz: Es un derecho genérico, que añade respecto del derecho a la protección de la salud que reconoce el art. 43.1 CE como principio rector de la política social y económica una idea esencial: la garantía de un “sistema sanitario público de carácter universal” o Administración dotada de los medios humanos, materiales y técnicos necesarios para dar, directa o indirectamente, a todos los ciudadanos andaluces un abanico de prestaciones sanitarias, al menos las que tienen carácter básico y común en todo el territorio nacional. Por tanto, dados los términos del derecho, se trata más de un mandato

dirigido a los poderes públicos para que aseguren la protección de la salud de los ciudadanos mediante el mantenimiento de un sistema público y universal que garantice un derecho concreto de los ciudadanos.

El siguiente número 2 del mismo precepto introduce una extensa relación de derechos específicos de los ciudadanos andaluces. Se trata de derechos concretos cuyos titulares, y hay aquí una novedad, son los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud en sus relaciones con este. Son los siguientes -una gran parte de ellos ya enunciados en el estatuto de las Illes Balears-, si bien el estatuto andaluz amplía la tabla con otros nuevos derechos, unos más precisos y otros más genéricos:

- a) A acceder a todas las prestaciones del sistema, lo que reafirma el carácter universal en la parte objetiva del sistema sanitario público andaluz.
- b) A la libre elección de médico y de centro sanitario.
- c) A la información sobre los servicios y prestaciones del sistema.
- d) A la información de los derechos que les asisten.
- e) A ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad.
- f) A ser adecuadamente informados antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico.
- g) Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad.
- h) Al consejo genético y la medicina predictiva.
- i) A la garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos.
- j) A disponer de una segunda opinión facultativa sobre sus procesos.
- k) Al acceso a cuidados paliativos.
- l) A la confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas.
- m) Al acceso a su historial clínico.
- n) A recibir asistencia geriátrica especializada.

Además de estos derechos de los pacientes, el estatuto andaluz establece, en el art. 22.3, unos derechos específicos de las personas con enfermedad mental, de las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y de las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo. Es el derecho, desde luego importante, si se cumple, a disponer de “actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes”.

Como ocurre en el resto de estatutos reformados, se difiere a la ley autonómica la fijación de los términos, condiciones y requisitos del ejercicio de todos estos derechos (art. 22.4 EAAnd). Incluso se puede afirmar que el estatuto andaluz es el que mejor perfila el alcance de estos derechos subjetivos públicos: son derechos que se atribuyen a los ciudadanos (andaluces), pero cuyo ejercicio se determina por ley, por lo que hasta que esta no entre en vigor y active el derecho, el derecho permanece en un estado de imposible exigibilidad directa y positiva ante los poderes públicos y, por ende, de vinculación singular.

Así viene a reconocerse de la lectura de los arts. 38 y 39 del mismo estatuto. El primero recoge el alcance positivo del derecho, al exponer las garantías normativas de los derechos, y el segundo, el alcance negativo, al referirse a las garantías jurisdiccionales de los mismos.

El art. 38 afirma solemnemente en su primer apartado que estos derechos vinculan a todos los poderes públicos andaluces y, dependiendo de la naturaleza de cada derecho, a los particulares, debiendo ser interpretados en el sentido más favorable a su plena efectividad. Pero es en el segundo apartado en donde se subraya el alcance diferido del derecho en todo lo que pueda suponer un contenido prestacional y positivo. Cualquier prestación que un ciudadano quiera sólo puede obtenerla si una ley autonómica lo ha establecido y cómo ella lo haya establecido. Por ello se dispone, con toda consciencia, que “el Parlamento aprobará las correspondientes leyes de desarrollo, que respetarán, en todo caso, el contenido de los mismos establecido por el Estatuto, y determinará las prestaciones y servicios vinculados, en su caso, al ejercicio de estos derechos”.

El art. 39, bajo la rúbrica de “protección jurisdiccional”, se ocupa del alcance negativo del derecho: el derecho existe, ha sido creado por el legislador estatal y atribuido a su titular (el paciente o usuario del sistema andaluz). Por eso, aunque no se haya aprobado una ley autonómica de desarrollo del derecho que determine las prestaciones y servicios públicos a que se tiene acceso, cualquier acto de los poderes públicos que vulneren uno de esos derechos –en particular, los administrativos– pueden ser objeto de recurso ante la jurisdicción correspondiente, de acuerdo con los procedimientos que establezcan las leyes procesales del Estado, y, en consecuencia, anulados.

A ambas garantías, legales y jurisdiccionales, se añade la garantía institucional de la defensa de los derechos por el Defensor del Pueblo Andaluz (art. 41 EAAnd). Este aparece en el art. 128 como el comisionado del Parlamento designado por éste por mayoría cualificada para la defensa de los derechos y libertades comprendidos en la Constitución y en el Estatuto, a cuyo efecto puede supervisar la actividad de las Administraciones públicas de Andalucía, dando cuenta al Parlamento.

Aun hay otro aspectos más de interés relacionado con el derecho o, mejor dicho, derechos a la protección de la salud. Correlativo con estos, el Estatuto andaluz es el primero de los seis reformados (el segundo es el de Castilla y León) que establece deberes de todas las personas, entre ellos el de “hacer un uso responsable y solidario de las prestaciones y servicios públicos y colaborar en su buen funcionamiento, manteniendo el debido respeto a las normas establecidas en cada caso, así como a los demás usuarios y al personal encargado de prestarlos”.

Como ocurre con los derechos, la ley autonómica debe desarrollar esta obligación, (art. 36.1 EAAnd), por lo que los deberes no son exigibles con la única habilitación del Estatuto y cualquier tentativa de hacerlo así directamente correría el riesgo de no llegar a buen puerto en términos jurídicos.

4. El Estatuto de Aragón (LO 5/2007, de 20 de abril).

En el caso aragonés volvemos al esquema dual de, por un lado, derechos y, por otro, principios rectores de las políticas públicas. La regulación de este

sistema que figura en el Título I, con iguales pretensiones dogmáticas que en otros estatutos, de derechos y principios es altamente deficitario en su regulación técnica. Ni se especifican cuáles son las razones que inspiran la diferencia entre ambas categorías, ni los efectos de una y otra, ni otras normas semejantes a las que figuran al respecto en los estatutos catalán y andaluz.

El art. 6 sí que aclara que los poderes públicos aragoneses quedan vinculados por estos derechos y libertades y deben velar por su protección y respeto, así como promover su pleno ejercicio. Los derechos y principios del Título I del Estatuto no suponen alteración del régimen de distribución de competencias, ni la creación de títulos competenciales nuevos o la modificación de los ya existentes. Añade, finalmente, que ninguna de sus disposiciones puede ser desarrollada, aplicada o interpretada de forma que reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y los tratados y convenios internacionales ratificados por España.

Entre los derechos figuran los derechos de las personas, los derechos y deberes en relación con la cultura, “el derecho a la salud”, del que nos ocuparemos seguidamente, el derecho de participación en los asuntos públicos, los derechos en relación con los servicios públicos, los derechos de los consumidores y usuarios, los derechos y deberes en relación con el medio ambiente y los derechos en relación con el agua.

Los principios rectores de las políticas públicas afectan a la educación, el patrimonio cultural, el bienestar y cohesión sociales, la protección personal y familiar, la promoción de la autonomía personal, el empleo y el trabajo, la vivienda, la ciencia, la comunicación social y la creación artística, el fomento de la integración social de las personas inmigrantes, la cultura de los valores democráticos y la información institucional.

El “derecho a la salud” figura dentro del capítulo de los derechos de los aragoneses y aragonesas. Aparece como un derecho subjetivo público y no como un principio rector de las políticas públicas.

Es criticable esta mención al derecho a la salud. La Constitución, los estatutos precedentes y la mayor parte de la legislación positiva dictada hasta el momento ha preferido hablar de un “derecho a la protección de la salud”, entendido como el derecho que garantiza y permite a su titular el acceso a las prestaciones que tiene preestablecidas la Administración sanitaria para la ciudadanía. Es decir, el derecho a la protección de la salud es un derecho a una prestación de los poderes públicos, de ahí que forme parte de los principios rectores de la política social y económica de la Constitución, y no un derecho subjetivo a un bien jurídico inherente a la persona, como es la salud, o como podría ser la vida, la dignidad o la libertad personal. Como podremos ver, esta misma idea del derecho a la salud aparece en el estatuto de Castilla y León, por lo que bien pudiera extenderse a los futuros proyectos de reforma estatutaria.

El art. 14 del EAAr contiene dos tipos de derechos, uno general y otros más concretos. El primero es el derecho de todas las personas a acceder a los servicios públicos de salud, en condiciones de igualdad, universalidad y calidad (art. 14.1). Obviamente, hay aquí dos novedades, la primera es el añadido del adjetivo “calidad” para referirse a este sistema sanitario público, que no se mencionaba en los otros cuatro estatutos precedentes. La segunda es la redundancia con la expresión universalidad, pues si se parte de que todas las personas tienen derecho de acceso a los servicios públicos de salud, ya no es necesario reiterar la nota de universalidad.

Los derechos más concretos son estos dos:

- Los derechos de los usuarios del sistema público de salud a la libre elección de médico y centro sanitario (art. 14.1)
- Los derechos de todas las personas a expresar su voluntad, incluso de forma anticipada, sobre las intervenciones y tratamientos médicos que desean recibir (art. 14.4).

Estos dos derechos relacionados sólo pueden ejercerse en los términos, la forma y con los efectos que prevean las leyes. Son, por tanto, derechos diferidos a lo que establezca la ley autonómica correspon-

diente, por lo que no pueden exigirse directamente ante los tribunales de justicia.

El contenido de los números 2 y 3 del art. 14 es más llamativo, si cabe. Aquí más que de derechos, hay que hablar de mandatos a los poderes públicos aragoneses. No son, en definitiva, derechos, aunque su ubicación sistemática sea esa, sino principios rectores de las políticas públicas colocados en el artículo 14.

Esos mandatos obligan a los poderes públicos, y, en especial, a la Administración sanitaria aragonesa, a garantizar la existencia de un sistema sanitario público desarrollado desde los principios ya citados de universalidad y calidad, y una asistencia sanitaria digna, con información suficiente al paciente sobre los derechos que le asisten como usuario (muchos de los cuales el Estatuto se ahorra en mencionar y los carga a la mano del legislador), y a velar especialmente por cumplimiento del consentimiento informado.

El estatuto no contiene ninguna mención a cuál son los efectos jurídicos que se derivan de estos derechos ni tampoco de los principios rectores de las políticas públicas, con los que en teoría se diferencian.

5. El Estatuto de Castilla y León (LO 14/2007, de 30 de noviembre).

Este estatuto sigue un esquema de derechos situado a medio camino entre el andaluz (el máximo) y el aragonés, pero más desarrollado. De entrada, su Título I o parte dogmática distingue derechos y deberes de los castellanos y leoneses y principios rectores de las políticas públicas de Castilla y León.

Prácticamente, las cláusulas generales son las mismas que en los otros estatutos: no alteración del régimen de distribución de competencias, no creación o modificación de títulos competenciales, imposibilidad de que la aplicación o interpretación de los derechos y principios reduzca o limite los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales.

El capítulo I se ocupa de los titulares de los derechos. Más adelante trataremos la cuestión.

El capítulo II relaciona la tabla de derechos de los castellanos y leoneses, que son derechos de participación en los asuntos públicos, a una buena administración, derechos sociales y derecho a la no discriminación por razón de género.

El capítulo III establece los deberes de los ciudadanos de Castilla y León, en parecidos términos a como lo había hecho el estatuto andaluz: contribuir al sostenimiento del gasto público de acuerdo con la capacidad económica que se tenga, conservar y proteger el medio ambiente y hacer un uso racional de los recursos naturales, colaborar en las situaciones de catástrofes y emergencias, respetar y cuidar el patrimonio cultural, hacer un uso responsable y solidario de los bienes y servicios públicos y cualesquiera otro que establezca una ley de Cortes.

Finalmente, el capítulo IV establece los principios rectores de las políticas públicas de los poderes públicos de Castilla y León con su carácter meramente orientador, y que alcanzan a 25 materias.

Cierra el esquema con las garantías normativas, judiciales e institucionales.

Las normativas son las de vinculación a todos los poderes públicos y, de acuerdo con la naturaleza de cada derecho, a los particulares; su exigencia en sede judicial bajo las condiciones legalmente establecidas; su interpretación y aplicación del modo más favorable para su plena capacidad; la regulación esencial por ley de las Cortes autonómicas; el carácter informador de los principios rectores de las políticas públicas en la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicas; y la exigibilidad ante la jurisdicción de acuerdo con lo que determinen las normas que los desarrollen.

Como garantía normativa aparece la institución del Procurador del Común, alto comisionado de las Cortes de Castilla y León, designado por éstas, que actúa con independencia para la protección y defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos y de los derechos y principios reconocidos en el Estatuto frente a la Administración de la Comunidad, la de sus entes locales y la de los diferentes organismos que de éstas dependan.

En este esquema descrito, el artículo 13 relaciona los derechos sociales. Entre ellos se lee el derecho a la salud (número 2). Sirve lo dicho con motivo del estatuto balear para hacer una mención a esta singular rúbrica del “derecho a la salud”.

En primer lugar está el derecho general de todas las personas a la protección integral de su salud y el mandato a los poderes públicos de velar para que este derecho sea efectivo.

Otro derecho general es el de acceso, en condiciones de igualdad, a los servicios sanitarios de la Comunidad en los términos que la ley determine. Asimismo, el derecho de información sobre los servicios que el sistema de salud le preste.

El estatuto mandata al legislador autonómico a que legalmente establezca los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario, y entre ellos los siguientes:

- a) A la intimidad y confidencialidad relativas a la propia salud, así como el acceso a su historia clínica.
- b) A la regulación de plazos para que les sea aplicado un tratamiento.
- c) Al respeto a sus preferencias en lo que concierne a médico y centro.
- d) A recabar una segunda opinión médica cuando así se solicite.
- e) A ser suficientemente informados antes de dar su consentimiento a los tratamientos médicos o a manifestar en su caso instrucciones previas sobre los mismos.
- f) A recibir tratamientos y cuidados paliativos adecuados.
- g) En el caso de las personas con enfermedad mental, enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, el derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes.

III. LOS TITULARES DE ESTOS DERECHOS.

A) Según afirman los seis nuevos estatutos de autonomía reformados, los titulares de los derechos que incorporan son, directa y exclusivamente, los ciudadanos y ciudadanas de la Comunidad Autónoma.

Por tales ciudadanos se entienden los españoles que tienen o han adquirido la vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de la comunidad de acuerdo con las leyes del Estado. Es esta una condición política (art. 7 del estatuto catalán y 7 del estatuto castellano-leonés) o, mejor dicho, jurídico-administrativa, y no civil.

B) Gozan, asimismo, como ciudadanos de la Comunidad de los derechos “políticos”, que son los de ser electores y elegibles en las elecciones legislativas autonómicas, presentar iniciativas legislativas o promover consultas populares o dirigir peticiones a las instituciones públicas, los españoles residentes en el extranjero que hayan tenido en la Comunidad la última vecindad administrativa, así como sus descendientes inscritos como españoles, si así lo solicitan, en la forma que determine la ley del Estado (art. 7.2 EAC y art. 7.2 EAEL)

C) Según el art. 15.3 del estatuto catalán, otras personas pueden ser titulares de estos derechos si así se los extiende y atribuye expresamente una ley autonómica.

El Estatuto de Castilla y León es más claro al respecto, al afirmar que “en el marco de la Constitución y de la legislación estatal aplicable, los derechos que el presente Estatuto reconoce se extenderán a los extranjeros con vecindad administrativa en la Comunidad en los términos que establezcan las leyes que los desarrollen”.

D) Por tanto, a falta de esa ley autonómica que extienda los derechos a terceros o de una previsión como la castellano-leonesa, son titulares de los derechos estatutarios únicamente los españoles vecinos de los municipios de la Comunidad. Los demás residentes, españoles o no, y las personas físicas que estén por la razón que sea en el territorio de la Comunidad no tienen aparentemente esos derechos.

Dicho lo anterior, esto es algo difícil de admitir con muchos de los derechos subjetivos que plasman los estatutos. Pero, sobre todo, es imposible de aceptar en el caso del derecho a la protección de la salud. ¿Cómo negar a un español no catalán o castellano-leonés su derecho de acceso en condiciones de igualdad a los servicios sanitarios públicos de la Comunidad, o su derecho a la intimidad y confidencialidad sobre su salud, o a ser suficientemente informado antes de dar su consentimiento a un tratamiento médico, o a recibir tratamientos y cuidados paliativos adecuados?

Desde luego, cualquier restricción en dicho sentido chocaría de entrada con el art.1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que proclama como “titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional”. Para el caso de los extranjeros no residentes en España, así como de los españoles fuera del territorio nacional, tienen garantizado tal derecho en la forma que lo establezcan las leyes y convenios internacionales (art. 1.3).

Más precisa es aún el art. 3 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Conforme a él, son titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria.

- a) Todos los españoles y los extranjeros en el territorio nacional en los términos previstos en el art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000.
- b) Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea que tienen los derechos que resulten del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación.
- c) Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea que tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos.

Por lo tanto, de entrada, todo español que acceda en un momento puntual a un servicio sanitario público tiene derecho de acceso en condiciones de igualdad y universalidad como si fuera un ciudadano de la

comunidad autónoma. El sistema sanitario público es, desde hace años, un sistema nacional, conformado por el Estado y las diecisiete comunidades autónomas, que asegura unas prestaciones mínimas y básicas por igual a todos los españoles y en igualdad de derechos y deberes. Por tanto, el sistema sanitario público de una Comunidad Autónoma no puede aceptar discriminaciones de trato sanitario por razón del origen, vecindad o nacionalidad. Hacerlo conculcaría directamente el contenido básico del principio de igualdad ante la Ley que proclama el artículo 14 de la Constitución.

En segundo lugar, los derechos de los españoles son extensibles en las mismas condiciones de igualdad a los ciudadanos de la Unión Europea y de Suiza por efecto de los Tratados que constituyen la Comunidad Europea y la Unión Europea y de los acuerdos alcanzados con el país helvético (y que potencia el futuro Tratado de la Unión Europea). Estos ciudadanos gozan de unos derechos prácticamente iguales en territorio español que los de los españoles, lo mismo que los españoles gozan de esos derechos en los Estados de la Unión Europea. Cualquier discriminación hacia estos ciudadanos europeos por no ser ciudadanos de la comunidad autónoma provocaría un conflicto jurídico con la Unión Europea difícil de justificar.

En tercer término, los demás extranjeros que no tengan ciudadanía europea tienen derechos reconocidos por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España, que los estatutos no pueden desconocer, al ser una materia reservada con carácter exclusivo al Estado. El art. 12 de esta Ley iguala el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente y de los menores de dieciocho años que se encuentren en España, a las mismas condiciones que los españoles, por lo que aquí no cabe discriminación alguna. El art. 12.2 otorga a los extranjeros que se encuentren en España el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contratación de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea la causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica, e incluso algunas Comunidades Autónomas, como la navarra

(art. 3.1 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, en su modificación dada por la Ley Foral 2/2000, de 25 de mayo), han extendido la universalización del sistema sanitario público a cualquier persona que acuda a ella, al margen de su nacionalidad y situación legal o administrativa de extranjería. El art. 12.4 de la Ley Orgánica citada reconoce, asimismo, a las extranjeras embarazadas que se encuentren en España el derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y posparto, por lo que no caben aquí tampoco discriminaciones.

Así que lo único que hacen los estatutos es relacionar unos derechos genéricos y atribuirlos particularmente a los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, sin que ello suponga añadir ni *de facto* ni de derecho un *plus* a estos en perjuicio de los demás españoles, los ciudadanos de la Unión Europea u otros extranjeros. Los únicos derechos de los que cabe extraer alguna diferencia entre titulares son los derechos de participación en la vida política autonómica, pero eso es algo que luego precisarán las leyes autonómicas con más detalle. En el ámbito de las elecciones municipales, el Tratado de la Unión Europea de 1992 permite el sufragio activo y pasivo de los ciudadanos de la Unión Europea.

En definitiva, no puede afirmarse categóricamente que todos los derechos que establecen los estatutos sean, por tanto, exclusivos de los ciudadanos de las Comunidades Autónomas. También serán derechos pertenecientes a todos quienes los tengan atribuidos por los tratados, leyes generales y leyes específicas que hayan dictado o dicten tanto el Estado como, llegado el momento, la Comunidad Autónoma.

IV. EL ALCANCE DE ESTOS DERECHOS. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

1. Alcance de estos derechos.

A lo largo de la lectura de los cinco estatutos que reconocen el derecho a la protección de la salud y de los seis estatutos que establecen derechos, deberes y principios rectores de las políticas públicas hemos podido ver su alcance o virtualidad jurídica.

Por lo que se refiere a los derechos subjetivos, en todos los estatutos lo común es la llamada a una ley autonómica posterior para que los desarrolle y otorgue eficacia directa e inmediata. Entre tanto no se produzca la aprobación de esa o esas leyes autonómicas de desarrollo, los derechos subjetivos públicos estatuidos a favor de los ciudadanos no son directamente exigibles ante los poderes públicos ni en sede judicial, por el mero hecho de haber sido concebidos, pero no de haber nacido a la vida jurídica.

Son derechos *nascituri*, si se permite la expresión, que necesitan de la aprobación de una ley autonómica para adquirir vida y virtualidad propia.

Es verdad que vinculan a los poderes públicos y a los particulares y que son exigibles en la sede judicial, como afirma el art. 17 del Estatuto de Castilla y León, pero “bajo las condiciones legalmente establecidas” y una vez que la regulación esencial (de su contenido y ejercicio), y, como añade el art. 37.3 del Estatuto catalán “el desarrollo directo”, hayan sido realizados por la ley autonómica.

Si la existencia de la ley autonómica es requisito *sine qua non* para que un derecho estatutario alcance su eficacia, con mayor razón habrá de requerirse la existencia de una ley previa para la exigencia de un deber.

Y en cuanto a los principios rectores de las políticas públicas, todos los estatutos se encargan de resaltar de forma diáfana su naturaleza orientativa e informadora de la legislación positiva, de la práctica judicial y de la actuación de los poderes públicos (por supuesto, la administrativa), así como de su exigibilidad ante la jurisdicción subordinada a lo que determinen las leyes y demás normas que los desarrollen.

Emulando las SSTC 24/2007 y 249/2007, de 13 de diciembre, estos principios rectores se caracterizan porque, aunque informan “la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, tienen, de acuerdo con su propio enunciado, una naturaleza muy diversa y, en todo caso, “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Estos principios carecen, por tanto, de las notas de aplicabilidad y justiciabilidad inmediatas que caracte-

rizan a los derechos constitucionales, aunque tienen, sin duda, el valor constitucional expresado respecto de todos los poderes públicos, también en este caso sin distinción, orientando sus respectivas actuaciones.

2. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Este alcance de los derechos estatutarios condicionado y sometido a lo que diga la ley autonómica ha sido puesto de manifiesto sin tapujos por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 247 y 249/2007, de 13 de diciembre, en relación con la reforma del Estatuto de la Comunidad Valenciana, cuyo art. 20 (de la LO 1/2006, de 10 de abril) dispone:

“Se garantiza el derecho de los valencianos y valencianas a disponer del abastecimiento suficiente de agua de calidad. Igualmente, se reconoce el derecho de redistribución de los sobrantes de aguas de cuencas excedentarias atendiendo a criterios de sostenibilidad de acuerdo con la Constitución y la legislación estatal.

Los ciudadanos y ciudadanas valencianos tienen derecho a gozar de una cantidad de agua de calidad, suficiente y segura, para atender a sus necesidades de consumo humano y para poder desarrollar sus actividades económicas y sociales de acuerdo con la Ley”.

El Tribunal Constitucional sienta al respecto varias ideas claves, que resumimos a continuación:

1. Los Estatutos de Autonomía pueden incluir verdaderos derechos públicos subjetivos dotados de eficacia jurídica directa en los ámbitos concretos en los que la propia Constitución abre tal posibilidad en algunos de sus preceptos.

2. También pueden los Estatutos de Autonomía configurar sus propias políticas, determinando con ello la existencia de verdaderos derechos públicos subjetivos de los ciudadanos.

Partiendo de este dato, nada impide que el Estatuto de Autonomía, en cuanto norma institucional básica de la Comunidad Autónoma, al atribuir las competencias que han de ejercer los poderes públicos autonómicos, les impongan, de modo directo, criterios o directrices para su ejercicio o que lo hagan, de modo indirecto, mediante la formalización de enunciados o declaraciones de derechos a favor de los

particulares. Se trata, en ambos casos, de mandatos al legislador y restantes poderes públicos autonómicos, imponiéndoles prescripciones que son vinculantes para los mismos con independencia de la veste de que se revistan.

3. En todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas

4. Por tanto, en el ámbito de lo dispuesto por el art. 147.2 d) CE, los Estatutos de Autonomía no pueden establecer por sí mismos derechos subjetivos en sentido estricto, sino directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos. Por ello, cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos, tales prescripciones estatutarias han de entenderse, en puridad, como mandatos a los poderes públicos autonómicos, que, aunque les vinculen, sólo pueden tener la eficacia antes señalada.

En conclusión, los Estatutos de Autonomía, que en el ámbito institucional del contenido estatutario pueden establecer derechos subjetivos por sí mismos, en el ámbito de atribución competencial requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cualquiera que sea el modo literal en que se enuncien, han de entenderse, según antes se acaba de decir, como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya.

Por último, hay que señalar que teniendo los derechos constitucionales la condición de tales como consecuencia de su consagración en la Constitución, es claro que los mismos no pueden ser objeto de re-

gulación por los Estatutos de Autonomía. Sin embargo, si el legislador estatutario, simplemente, reprodujera los derechos constitucionales (aunque como ha señalado este Tribunal en reiteradas ocasiones, no es técnicamente correcto transcribir en las leyes los preceptos constitucionales: STC 76/1983, de 5 de agosto, FJ 23; en igual sentido, STC 118/1996, de 27 de junio, FJ 12, entre otras) lo relevante desde la perspectiva de su constitucionalidad será el alcance de dicha reproducción. En tal sentido, si el legislador estatutario va más allá de la mera reproducción e incide en los derechos fundamentales, tales previsiones, que tendrán la eficacia señalada en el párrafo c) anterior, sólo serán legítimas si, además, guardan relación con alguna de las competencias asumidas por la Comunidad Autónoma, incurriendo en inconstitucionalidad en caso contrario.

5. Dicho lo anterior, el derecho estatutario enunciado presenta como rasgo distintivo el de no ser ejercitable de modo directo e inmediato en vía jurisdiccional, pues sólo podrá serlo cuando los poderes autonómicos lo instrumenten y, aún ello, de acuerdo con la Constitución, “la legislación estatal” o “la ley”, estatal o autonómica, según los casos. Es decir, el art. 17.1 EAV, aunque formalizado en su dicción como derecho, se sitúa en la órbita de las directrices, objetivos básicos o mandatos dirigidos a los “poderes públicos valencianos”.

V. REFLEXIONES FINALES.

1. Los estatutos reformados han regulado un denominado “derecho en el ámbito de la salud” o “derecho a la protección de la salud”. Algunos incluso han caído en reducir la denominación científicamente aceptada a un incorrecto derecho a la salud.

2. Este derecho presenta un contenido plural y así reconocen:

a) El derecho de todas las personas a los servicios sanitarios públicos en condiciones de universalidad (el derecho de todos a todas las prestaciones del sistema), igualdad, gratuidad y calidad.

b) El derecho de a los usuarios de la sanidad pública a:

- La libre elección de médico y de centro sanitario.
 - La garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos.
 - El derecho a una segunda opinión facultativa sobre sus procesos cuando así la recaben.
 - El derecho de las personas con enfermedad mental, que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes
- c) En cualquiera que sea la modalidad sanitaria que reciban, pública o privada, a:
- El derecho a todas las personas a ser informadas sobre los servicios y prestaciones a los que pueden acceder y los requisitos necesarios para su uso.
 - El derecho a conocer y ser informadas de los derechos que les asistan.
 - El derecho a ser informadas de forma suficiente sobre sus procesos de enfermedad, los tratamientos médicos y sus riesgos, antes de que les sean aplicados.
 - El derecho a dar el consentimiento informado para cualquier intervención.
 - El derecho a acceder a su historia clínica propia.
 - El derecho a la intimidad y la confidencialidad de los datos relativos a la salud propia y sus características genéticas.
 - El derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a vivir con dignidad el proceso de su muerte.
 - Y ante los poderes públicos, el derecho a declarar su voluntad vital de forma anticipada para dejar constancia de

las instrucciones sobre las intervenciones y los tratamientos médicos que establecen las leyes, especialmente por el personal sanitario cuando no estén en condiciones de expresar parcialmente su voluntad.

3. A pesar de las afirmaciones literales de los estatutos de que los titulares de estos derechos a la protección de la salud son los ciudadanos de la Comunidad Autónoma, esto es, quienes tengan la vecindad administrativa en un término municipal de la misma, los tratados, leyes estatales y leyes autonómicas los extienden a la práctica totalidad de las personas que se encuentran en el territorio de la Comunidad, en particular frente al sistema sanitario público autonómico.

4. Aun cuando los estatutos afirmen que estos derechos vinculan a todos los poderes públicos de la Comunidad Autónoma y, de acuerdo con su naturaleza, a los particulares, lo cierto es que en tanto una ley autonómica no proceda a su regulación esencial (de su contenido y modo de ejercicio) y al desarrollo directo de los mismos, no son exigibles en sede judicial. Es la ley autonómica la que precisa el derecho y le otorga toda virtualidad jurídica y toda exigibilidad.

5. No obstante, los poderes públicos autonómicos vienen obligados a dar el máximo respeto y aplicación a estos derechos en tanto no se apruebe la ley autonómica de desarrollo. Se comportan, así, como un mandato al legislador y a los operadores jurídicos para que los derechos sean respetados, interpretados y aplicados en el sentido más favorable para su plena efectividad.

6. Como ha afirmado el Tribunal Constitucional, las sucesivas remisiones de estos derechos a “los términos y condiciones que establezcan las leyes” y fórmulas similares, niegan la naturaleza real de derechos subjetivos públicos exigibles directamente ante las Administraciones Públicas y, en última instancia, los órganos judiciales competentes, y los convierte en mandatos, orientaciones, directrices u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya.

7. Si realmente se quiere atribuir estos derechos a los ciudadanos de una forma inmediata, directa y que les permita disfrutarlos y exigirlos, se hace necesario que sea la Administración mediante una norma reglamentaria o, mejor aún, el legislador autonómico mediante una ley regulen con precisión, amplitud y generosidad su contenido y desarrollen las condiciones esenciales de su modo de ejercicio, convirtiéndolos en verdaderos derechos de exigencia directa ante la Administración y los jueces, y no, como aparecen, en meros mandatos al legislador.

8. Es, por esto último, por lo que no cabe sino animar a los legisladores autonómicos a que sean ellos quienes establezcan leyes integrales de derechos reales, efectivos y exigibles, y de deberes de los usuarios de los sistemas sanitarios públicos y de los centros concertados sujetos a la responsabilidad pública, en el marco del sistema sanitario nacional básico. La nueva Administración sanitaria no sólo debe mantener sus principios característicos de universalidad e igualdad, sino que debe caminar también hacia la calidad en la prestación de los servicios públicos, pudiendo emplear para ello carteras de servicios específicos con sus plazos y responsabilidades, la individualización en el trato al paciente (donde la enfer-

mería podría jugar un papel esencial), la investigación aplicada y otros factores que asienten la nueva sanidad pública del siglo XXI. Para ello, serán, sin duda, necesarias leyes más concretas y más precisas que las declaraciones o directrices tan genéricas con las que se han perfilado los derechos universales en los nuevos estatutos de autonomía, cuya aportación al panorama legislativo sólo se puede calificar, a mi juicio, de un tanto escasa, vaga y desigual. Volvemos, de nuevo, a que es la ley ordinaria quien debe regular los derechos y deberes ligados a la protección de la salud y hacerlo de una forma alejada de lo ampuloso y genérico. Es a esta concreta fuente del Derecho a la que compete identificar los titulares de los derechos, definir el contenido de los derechos y de los deberes, establecer sus circunstancias concretas de ejercicio y su alcance y efectos (en concreto, plazos), sus garantías efectivas (en última instancia, la judicial), y las responsabilidades derivadas de la transgresión de tales derechos, y ante quién y cómo exigirlos de forma efectiva. Todo ello regulado de forma bien definida y cerrada, de tal modo que la Administración sanitaria quede obligada de forma férrea y sin escapatoria por el derecho subjetivo (es decir, por el poder real) del usuario del servicio.

SERVICIOS SOCIALES, SANITARIOS, ATENCIÓN A LA DEPENDENCIA Y ECONOMÍA SOCIAL. *

José María Pérez Uralde
Vicepresidente del CIRIEC España
Director de la Fundación Iberoamericana de Economía Social-FUINDIBES

Sumario: I. Servicios Sociales. II. Economía Social. III. Servicios Sanitarios o de Salud. IV. Servicios de Dependencia. V. Economía Social y prestación de servicios sociales: salud y dependencia. Breves conclusiones.

I. SERVICIOS SOCIALES

El tema objeto de esta ponencia está íntimamente vinculado a un concepto, el de “*servicios socia/es*” que es preciso encuadrar en un contexto que nos sitúe a todos en unas mismas coordenadas y un mismo escenario.

Los economistas (esos expertos a los que siempre creemos, sobre todo cuando apenas nos aclaran las cosas, y que por lo general se equivocan tan a menudo en sus predicciones que cuando no lo hacen resultan sospechosos), sitúan el tema de los servicios sociales en el marco del concepto del “*Estado del Bienestar*”.

Los Estados del bienestar se configuraron y consolidaron a partir del final de la 2ª Guerra Mundial, sobre todo en Europa y en los países democráticos. Entre 1.945 y 1.975 el Estado asumió un papel protagonista en los procesos de desarrollo económico, conjugando el crecimiento con la extensión del bie-

nestar social a través de la acción de los poderes públicos como motor de la redistribución básica del desarrollo. La actividad reguladora y de control de los poderes públicos, en el marco de un modelo de economía mixta cuyos pilares básicos eran el sector público y el privado capitalista, demostró relevante eficacia para corregir los fallos del mercado, garantizar situaciones de pleno empleo, asentar una cohesión social determinante y asegurar a la generalidad de los ciudadanos el acceso a los bienes sociales preferentes como la sanidad, la enseñanza, cobertura de prestaciones por desempleo, acceso a la vivienda, subsidios y pensiones, etc.

Refiriéndonos al espacio socio-político de la Unión Europea, esta situación ha ido variando sustancialmente en los últimos 30 años. Algunas de esas políticas sociales destinadas a asegurar la prestación y cobertura de esas necesidades básicas, se han visto alteradas o minimizadas. La posición central del Estado en estas economías mixtas se ha visto paulatinamente relegada y, muchas veces, sustituida por el sector privado capitalista o, simplemente, ha ido desapareciendo del escenario. El sistema de economía mixta se ha desequilibrado, deformando el tradicional

* Ponencia presentada en el XVII Congreso “Derecho y Salud”, celebrado en Pamplona en noviembre de 2008

Estado del Bienestar. Las tendencias de pensamiento asentadas en los principios neo-liberales de la mínima intervención pública, la desregulación de los mercados y el fundamentalismo sobre la capacidad de estos para autorregularse con sus propios mecanismos, al tiempo que han triunfado en su implantación han conducido al desastre que hoy apreciamos.

En estos años atrás las economías de mercado han ido modificando su propio papel, con una menor presencia estatal, con unos problemas económicos nuevos y con la aparición de nuevas necesidades sociales. Como señala el profesor José Luís Monzón *7unto a desafíos permanentes tan relevantes como la sanidad, la educación, defensa de rentas agrarias, calidad de vida de la población jubilada y otros, emergen con fuerza nuevos problemas que amenazan seriamente el modelo social europeo que pretende desarrollarse a partir de las bases construidas por los Estados del bienestar el paro masivo de larga duración y la proliferación de numerosos colectivos en riesgo de exclusión junto a las crecientes dificultades para asegurar la sostenibilidad del crecimiento económico y la protección del medio ambiente, constituyen auténticos proyectiles dirigidos contra la línea de flotación de la sociedad del bienestar y la Europa de los ciudadanos que quiere construirse*“.

Hemos de añadir nosotros que precisamente la exacerbación de esta deriva económica de más sector privado capitalista y menos sector público ha facilitado, sin duda, la situación que ahora padecemos y que ha supuesto la paradójica intervención masiva del Estado hasta puntos próximos a la nacionalización de empresas bancarias, financieras y de seguros.

Esta evolución de los últimos años ha tenido en la Unión Europea su reflejo, precisamente en los llamados servicios de interés general. El artículo 16 del Tratado de la Unión, introducido por el tratado de Amsterdam, reconoce el lugar que ocupan los llamados servicios de interés económico general en el conjunto de valores comunes de la Unión y el papel que juegan en la promoción de la cohesión social y territorial.

Por su parte, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en su artículo 36, declara que la Unión reconoce y respeta el acceso a los servi-

cios de interés económico general, tal y como está previsto por las legislaciones y prácticas nacionales, de conformidad con el tratado que instituyó la Comunidad Europea, con la finalidad de promover la cohesión social y territorial de la Unión.

Pero en el Tratado de la Unión no existe ninguna definición de lo que son los servicios de interés general. Algo ha dicho la Corte de Justicia europea y también la Comisión. Dichas definiciones hablan de los servicios económicos de interés general como servicios públicos vinculados al interés general y se mencionan en concreto el transporte, la energía, las comunicaciones y los servicios postales.

El artículo 86.2 del Tratado de la Unión determina los requisitos jurídicos relativos a las empresas que han de gestionar estos servicios de interés público, estableciendo condiciones muy estrictas para su funcionamiento.

Europa” señaló que, aparte de los llamados servicios de interés económico general, existen otros tipos de servicios de interés general ejercidos directa o indirectamente por las autoridades públicas o por los organismos cuyas funciones son esencialmente sociales, que no realizan beneficios y que no tienen como objetivo practicar una actividad industrial o comercial. Serían los llamados “servicios de interés social—general” que realiza la mayoría de las veces la Economía Social.

Tradicionalmente estos servicios estaban siendo excluidos de las reglas comunitarias sobre competencia, que se aplican en los casos en que las empresas desarrollan lo que se ha dado en llamar “*actividades económicas*”. En muchos países han sido y son las empresas de Economía social las que tienen la responsabilidad práctica de prestar estos servicios que también son denominados “*semi-públicos*”.

Algunos de estos servicios, los más comunes, son:

- En el marco de la dependencia: la atención a los ancianos en Residencias: Ayuda a domicilio. Centros para discapacitados.
- Agencias para protección a la juventud.
- Centros de reinserción social.

- Guarderías para la infancia.
- Servicios médicos y de salud,

La prestación de estos servicios sociales, insisto en que normalmente prestados por la Economía Social, ha sido considerada como esencial dentro de los planes y las políticas de protección social de los Estados miembros de la Unión y un factor primordial en la consecución de una mayor cohesión social.

Sin embargo, en tiempos más recientes las cosas en este punto han ido adquiriendo otro sesgo. Se ha notado un progresivo cambio en este modo de entender la prestación de éstos servicios sociales por parte de los rectores de la Unión. Un cambio quizá para mal, en el sentido de ir convirtiendo los servicios sociales básicos en actividades económicas puras y, con ello, con un sometimiento estricto a las leyes de la competencia.

La Comunicación de la Comisión Europea de 20 de noviembre de 2007 sobre *“Los servicios de interés general, incluidos los servicios sociales de interés general”* además de otras consideraciones, se refiere de modo particular a los servicios sociales. En ese sentido, se señala que la propia Comisión inició en abril de 2006 una consulta amplia con los Estados miembros, los proveedores de servicios y los usuarios, para comprender mejor la naturaleza de estos servicios en toda la U.E. Y aunque las funciones y la organización de los servicios sociales varían mucho en el conjunto de los Estados, la Comisión señala los objetivos que cumplen:

- Son servicios orientados a las personas, diseñados para responder a necesidades humanas vitales, en especial las necesidades de los usuarios en situación vulnerable.
- Ofrecen protección contra riesgos generales y específicos de la vida y ayudan frente a las dificultades ó crisis personales.
- Asimismo, se prestan a familias en un contexto de modelos familiares cambiantes, apoyan su papel en el cuidado de los miembros de la familia de todas las edades, así como a las personas con discapacidad, y compensan posibles fallos en las familias.

- Son instrumentos clave para la salvaguardia de los derechos humanos fundamentales y de la dignidad humana.

- Desempeñan un papel de prevención y cohesión social, que va destinado a la población en su conjunto, independientemente de sus medios económicos.

- Contribuyen a la no discriminación, la igualdad entre hombres y mujeres, la protección a la salud humana, la mejora de las condiciones de vida y la calidad de vida y a garantizar la igualdad de oportunidades para todos, mejorando así la capacidad de los individuos para una plena participación en la sociedad.

La citada consulta también determinó que estos objetivos se reflejan en la forma de organización, prestación y financiación de los servicios sociales. Así:

Para poder abordar las variadas necesidades de la gente como individuos; los servicios sociales deben ser de amplia cobertura y personalizados, concebidos y prestados de manera integrada; con frecuencia entrañan una relación personal entre el beneficiario y el proveedor de servicios.

La definición y prestación de un servicio debe tener en cuenta la diversidad de usuarios a los que va dirigido.

En respuesta a las necesidades de los usuarios vulnerables, los servicios sociales se caracterizan generalmente por una relación asimétrica entre proveedores y beneficiarios, que es diferente de una relación comercial proveedor-consumidor.

Como estos servicios están enraizados en tradiciones culturales (locales), se eligen soluciones adaptadas que se atengan a las particularidades de la situación local, garanticen la proximidad entre el proveedor de servicios y el usuario y la igualdad de acceso en todo el territorio.

Los proveedores de servicios con frecuencia necesitan una amplia autonomía para abordar la variedad y la evolución de las necesidades sociales.

Estos servicios se rigen por el principio de solidaridad y dependen en gran medida de la finan-

ciación pública, para garantizar la igualdad de acceso, independiente del patrimonio económico o de los ingresos.

En la prestación de los servicios sociales frecuentemente desempeñan un papel importante proveedores sin fin lucrativo y trabajadores voluntarios, que con ello expresan su espíritu de ciudadanía y contribuyen a la inclusión social, la cohesión social de las comunidades locales y la solidaridad entre generaciones.

A su vez, se destacan los procesos de modernización que han abordado estos servicios sociales para responder mejor a los nuevos desafíos. También las dificultades financieras a las que hacen frente. Ello ha producido cambios en la manera de organización, prestación y financiación de los servicios.

Consecuencia de ello ha sido la aparición de nuevos ámbitos de acción (atención a la discapacidad, envejecimiento, exclusión social, unidades familiares...). También el recurso cada vez más inevitable de la externalización de estos servicios que antes prestaban directamente los poderes públicos o las familias y una descentralización cada vez mayor de las competencias a nivel local.

Conviene en este punto referirnos otra vez a la distinción que las autoridades de la Unión y la jurisprudencia comunitaria realizan en el marco de los servicios de interés general. Dicha distinción diferencia entre servicios económicos de interés general y servicios no económicos.

Los primeros se someten a las normas del Tratado de la Unión sobre mercado interior y competencia, puesto que sus actividades son consideradas de carácter económico. Son los ejemplos más claros de esto las industrias de red, como las telecomunicaciones, la electricidad, el gas, el transporte y los servicios postales.

Por su parte, los servicios no económicos son los tradicionales propios de los Estados; como la policía, la justicia y los regímenes obligatorios de seguridad social. Estos no se someten a leyes concretas de la Unión, ni están cubiertos por las normas del Estado sobre mercado interior y competencia.

Para que un servicio determinado sea considerado, dice la Comisión, como actividad económica en virtud de las normas del mercado interior (libre circulación de servicios y libertad de establecimiento) la característica esencial de un servicio es que tiene que prestarse a cambio de remuneración, aunque no necesariamente tienen que pagar el servicio las personas que lo utilizan. Tampoco depende de la forma jurídica de quien lo presta o de la naturaleza del servicio, sino más bien de la forma en que se presta, organiza y financia una determinada actividad.

Para la Comisión Europea, y teniendo todo esto en cuenta, los servicios sociales pueden ser de naturaleza económica ó no económica, dependiendo de la actividad considerada. La Comunicación de 2.006 concretó dos grandes tipos de servicios sociales:

1.- Régimen de seguridad social obligatoria y complementaria (mutuas u organizaciones profesionales) que cubren los principales riesgos en el transcurso de la vida, como la salud, vejez, accidentes laborales, desempleo, jubilación y la incapacidad.

2.- Servicios proporcionados directamente a la persona, como la asistencia social, empleo y formación, vivienda social o asistencia sanitaria de larga duración. Normalmente estos servicios se organizan a nivel local y se financian fundamentalmente con fondos públicos.

La importancia de esta distribución estriba en que si el servicio es considerado económico se somete sin exclusión al régimen normativo sobre mercado interior y sobre competencia. En algunos casos esto puede afectar negativamente a la prestación del servicio, y sobre todo, al cumplimiento de los objetivos y misiones que le son propios.

De este criterio se aparta de modo excepcional lo relativo a los servicios sanitarios por virtud del artículo 152 del Tratado que respeta las responsabilidades y criterios que cada Estado tenga.

Por lo tanto, en el ámbito de la Unión Europea se configuran una serie de principios rectores que inciden en lo que se ha dado en llamar la Europa Social. Se reconoce la existencia de una serie de necesidades sociales en amplias o muy definidas capas o sectores de la población. Necesidades que tienen que ser aten-

didadas. Dicha atención corresponde garantizarla a los poderes públicos.

Sin embargo, como decíamos al principio, esas necesidades que han de cubrirse mediante servicios sociales, se han visto aumentadas y se han vuelto más complejas. Al tiempo, el Estado del Bienestar se ha ido desmantelando en aras de una sociedad con más sector de mercado.

Es precisamente en estas circunstancias en las que la Economía social adquiere relevancia.

II. ECONOMÍA SOCIAL

El concepto de Economía Social, que se identifica también con denominaciones como: Tercer Sector, Economía Solidaria, y otras, ha venido configurándose en los últimos años con cierta precisión. En Europa la Economía Social como delimitación conceptual ha convergido a través de tres determinaciones:

- El Manual de la Comisión Europea sobre Cuentas Satélite de las Empresas de Economía Social, elaborado por los profesores españoles: José Barea y José Luís Monzón.
- El Informe sobre la Economía Social en la Unión Europea del Comité Económico y Social Europeo realizado por los profesores José Luís Monzón y Rafael Chaves.
- La delimitación conceptual realizada por el Comité Europeo Permanente de Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones, denominado Economía Europea Social (E.E.S.).

La convergencia de estas tres vías en la identificación conceptual de la Economía Social, ha sido un éxito que culmina un proceso que ha durado más de 20 años en Europa.

Actualmente la Economía Social se concibe como un polo de utilidad social situado entre el sector público y el sector capitalista y que se constituye por una gran pluralidad de actores.

Estos actores se desenvuelven en todos los sectores de la actividad económica y adoptan distintas formas jurídicas:

- * Cooperativas
- * Sociedades Laborales (en España).
- * Mutualidades
- * Asociaciones
- * Fundaciones
- * Entidades mercantiles constituidas por la Economía Social

Como señala el profesor Monzón; *“La diversidad de ámbitos de intervención, de recursos utilizados (monetarios y no monetarios) y de actores en el seno de las entidades de Economía Social (socios, asalariados, voluntariado, empresas e incluso entidades públicas) introduce diferentes dinámicas de comportamiento y de relación con el entorno. Pero, como señala el Informe sobre la Economía Social en la Unión Europea, esta Economía Social plural, que se afirma y consolida a su vez en el seno de una sociedad plural, no significa un “totum revolutum” carente de identidad o de valor interpretativo. Al contrario, el núcleo identificativo común de la Economía Social se afirma a partir de un amplio y diverso conjunto de entidades macroeconómicas de carácter libre, voluntario, participativo y habitualmente democrático, creadas desde la sociedad civil para satisfacer y resolver las necesidades de los individuos, hogares o familias, o para dar cobertura a sus empresas y organizaciones, antes que para retribuir o dar cobertura a inversores o empresas capitalistas. Este variado aspecto de organizaciones son empresas que compiten eficientemente en el mercado o entidades que prestan servicios a colectivos en riesgo de exclusión social utilizando recursos (monetarios y no monetarios) de muy diverso origen. En todos los casos, la Economía Social sitúa en el centro de sus preocupaciones a las personas, a los seres humanos, que constituyen una razón de ser, la finalidad de sus actividades. La Economía Social es la economía de los ciudadanos, convertidos en protagonistas y responsables de sus propios destinos “.*

Me he permitido esta amplia cita de autoridad porque resume perfectamente los rasgos más destacados de lo que consideramos hoy Economía Social.

La Economía Social como “*sistema*” se rige por un conjunto de principios básicos que la definen y diferencian frente a otros operadores económicos y sociales. Tiene objetivos comunes que trascienden a su condición de empresas o de entidades sociales y se batan el cobre día a día por preservarlos en un universo contrario a los mismos y tendente a desplazarlos a la marginalidad. La prevalencia de la persona frente al capital, el fomento de la democracia económica y política, y la preocupación por el entorno como base del progreso, son rasgos afines a todos sus integrantes. No es un mundo perfecto, pero es un mundo mejor que otros.

Podemos decir que la Economía Social se divide en dos grupos igualmente destacables que se complementan pero que son autónomos. Por un lado, el llamado sector de mercado de la Economía Social y, por otro, la que no actúa preferentemente en el mercado. Como concepto unitario el de Economía Social comenzó a consolidarse hace unos 30 años, cuando se constituyó en Francia el Comité Nacional de Enlace de las Actividades Mutualistas, Cooperativas y Asociativas, aprobándose la denominada Carta de la Economía Social del año 1982. Dicha Carta concibe la Economía Social entorno a cuatro familias principales: las cooperativas, las mutualidades, las asociaciones y las fundaciones. Más recientemente la CEP-CMAF(hoy llamada Economía Social Europa), plataforma europea representativa de estas cuatro familias, ha planteado la Carta de Principios de la Economía Social del siguiente modo:

- Primacía de la persona y del objeto social sobre el capital.
- Adhesión voluntaria y abierta
- Control democrático por sus miembros (excepto para las fundaciones que no tienen socios).
- Conjunción de los intereses de los miembros usuarios y del interés general.
- Defensa y aplicación de los principios de solidaridad y responsabilidad.
- Autonomía de gestión e independencia respecto de los poderes públicos.

- Destino de la mayoría de los excedentes a la consecución de objetivos a favor del desarrollo sostenible, del interés de los servicios a los miembros y del interés general.

Utilizando la terminología de Gui (1999), puede concluirse que una característica común a todas las organizaciones de Economía Social consiste en que, en ningún caso los socios capitalistas o inversores, si es que existen, constituyen mayoritariamente ni la categoría dominante ni la categoría beneficiaria. Según señala Defourny (1989), las definiciones sobre Economía Social basadas en lo anterior contienen expresas referencias a valores tales como la democracia, el interés social y la solidaridad que se plasman en unas reglas de funcionamiento contradictorias con la lógica del sector dominante en las economías de mercado, esto es, con el sector privado capitalista. Se trata en suma de una definición que otorga a la Economía Social una dimensión sociopolítica, vinculada a un proyecto de transformación social, en la que las entidades que la conforman, no sólo desarrollan una actividad, sino que expresan también cierta capacidad normativa de la sociedad y se configuran como un instrumento para la realización de dicho proyecto.

Es muy importante destacar la doble visión de la Economía Social como agente económico y social ya que ello nos sitúa ante la definición concreta del fenómeno: la primera, que una de las más relevantes características de la mayoría de las entidades que forman parte de la Economía Social es que se crean para satisfacer y resolver necesidades de personas, hogares o familias pertenecientes a muy diversos colectivos sociales, que no encuentran solución adecuada en las instituciones clásicas de los sistemas de economía mixta (sector público o privado capitalista) y a quienes las transformaciones producidas en dichos sistemas han situado en condiciones subalternas de clara desventaja. La segunda se refiere al carácter plural e integrador de la Economía Social. Todo tipo de necesidades constituyen su ámbito de intervención. Necesidades que pueden resolverse a través del mercado, en el que casi todas las cooperativas, mutuales y otros tipos de empresa asociativa, obtienen la mayoría de sus recursos, o fuera del mercado, mediante la actuación de casi todas las asociaciones y fundaciones que consiguen sus recursos mayoritarios

gracias a donaciones, cuotas de socios, subvenciones, etc... Pero sea de una forma o de otra se trata de entidades de naturaleza privada, constituidas para satisfacer necesidades sociales y no para retribuir a inversores capitalistas.

Como señalan Monzón y Defourny la Economía Social no se sitúa entre el mercado y el Estado, sino entre el sector capitalista y el sector público. En el marco de las sociedades avanzadas de nuestros días la Economía Social se concibe como un polo de utilidad social compuesto por un amplio conjunto de organizaciones privadas creadas para resolver necesidades sociales, bien actuando empresarialmente en el mercado, bien haciéndolo fuera del mercado o bien simultaneando ambos, pero sin que tenga como objetivo retribuir a inversores capitalistas. Lo que no quiere decir que se rechace el beneficio económico y el éxito empresarial.

Lo reseñable del concepto de Economía Social es que no se configura como un sector residual, sino como un elemento institucional del sistema junto al capitalista privado tradicional y al sector público. Es un concepto plural de la economía y de la sociedad. En ese punto se concibe como uno de los sectores del sistema que resulta esencial para resolver los problemas más serios y acuciantes de la sociedad. Es una pieza clave en el interior de este sistema tan injusto que sirve precisamente para consolidar el estado del bienestar y disminuir problemas como la exclusión social, el paro masivo, los desequilibrios territoriales, la autonomía local, la redistribución de la riqueza y la renta y tantos otros que hoy asedian a las sociedades globalizadas. Así opinan los más sobresalientes estudiosos de la materia, como los profesores Barea, Monzón, Chaves, Juliá, Defourny y otros.

La Economía Social no tiene que ver con la caridad o la solidaridad unidireccional. Consiste en algo muy distinto, basado en gran medida en iniciativas empresariales de solidaridad recíproca entre sus promotores, de ayuda mutua, sustentada en un sistema de valores contrario a lógica capitalista y en la que la democracia y la participación en la toma de decisiones es un signo distintivo y, sobre todo, en la que prima, insistimos, la persona frente al capital en la distribución de excedentes.

La distinción que suele hacerse de la Economía Social al definirla como “*sin ánimo de lucro*” debe matizarse. La actividad que compite en el mercado tiene una clara componente lucrativa, en el sentido de buscar beneficios económicos con la actividad empresarial. La cuestión se centra en el modo de reparto de ese excedente y en la proporción en la obtención de recursos desde el mercado. En las empresas de la Economía Social, salvo excepciones, no hay repartos de dividendos al capital, sino a los propios dueños que son los trabajadores. También a la reinversión en el proyecto empresarial y a la dotación de ciertas reservas legales por lo general obligatorias.

Ello facilita el cumplimiento de sus objetivos sociales, las aleja de la necesidad imperiosa de maximizar los beneficios y no se establecen estructuras capitalistas tendentes a concentrar el poder en manos de los principales accionistas. Hay una gran diferencia entre tener que rendir cuentas a un inversor ávido de resultados a corto plazo que tomar decisiones pensando en el mantenimiento del proyecto y los puestos de trabajo. Cuando el trabajador es un factor más de producción, la medida más imaginativa que suele salir de los gestores capitalistas cuando pintan bastos es prescindir del empleo, de echar a la calle a los trabajadores para reducir costes. Otra muy frecuente es la de tomar los trastos, desmontar la empresa y marchar a otro lugar más propicio para los resultados estrictamente económicos. La Economía Social no hace eso.

En la Economía Social de no mercado la ausencia de ánimo de lucro es más clara. Son entidades no lucrativas estricto sensu. Prestan servicios concretos a quien los necesita, comunidad, familia, hogares, de un modo no empresarial a través de subvenciones o cuotas de socios. No hay excedentes repartibles, no hay beneficios. Son los definidos tradicionalmente como servicios sociales prestados por entidades privadas, en donde los ingresos obtenidos en el mercado, si los hay, no llegan al 50%.

III. SERVICIOS SANITARIOS O DE SALUD

Como ya se ha dicho, la Comisión Europea considera los servicios básicos de salud como servicios sociales a cargo de los poderes públicos.

Sin embargo, se da la contradicción por la que tales servicios están siendo considerados como actividad económica. Intentaremos aproximarnos a estas cuestiones, pues ello incide en el modo de organizar, financiar y prestar tales servicios.

Para afrontar estas cuestiones vamos a referirnos a los pronunciamientos introducidos por los Estados Miembros de la Organización Mundial de la Salud (O.M.S.) de Europa; entre ellos España, representada por el Secretario de Estado de Sanidad, a través de la llamada Carta de Tallín.

Bajo el lema: “*Sistemas sanitarios: salud y riqueza*” se celebró en la capital de Estonia, los días 25 al 27 de junio de este año 2.008, la reunión de la Región Europea de la OMS. Los principios recogidos en la citada Carta relativos a los servicios sanitarios y que suponen compromisos adquiridos por los Estados firmantes, entre ellos España, incluyen cierta dicotomía que puede aparecer como contradictoria.

Por un lado se habla, y esto no es sólo en el marco de esta Declaración, de que la sanidad y los sistemas de salud son una actividad económica que supone un motor de desarrollo económico y que juega también con parámetros de competitividad, productividad y rentabilidad económica. El lema mismo de la reunión de Tallín “*Salud y Riqueza*” nos sitúa en ese escenario. Se insiste en que la salud y la sanidad es un sector que influye, y mucho, en el desarrollo económico. Aspectos como la innovación, la tecnología o el empleo son variables destacadas de esa contribución al crecimiento económico. Por ello, también se concibe al sistema de salud como una inversión económica que ha de dar resultados en términos de eficiencia y rentabilidad. Esto en sí puede ser positivo si se mantiene como un criterio de inversión pública y social y no sólo como un gasto, pero implica connotaciones mercantilistas confrontadas con algunos planteamientos institucionales con respecto a la sanidad como servicio público.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en sus artículos 22 y 25, señala el derecho a la salud, el bienestar, la protección social, la asistencia médica y los servicios sociales. También a los seguros en caso de enfermedad, invalidez y vejez. Al de-

recho a que maternidad y la infancia sean atendidos de modo especial.

Por su parte, y por poner otro ejemplo, la carta de los Derechos europeos en su Capítulo IV, bajo el rótulo de Solidaridad se incluyen, entre otros, los derechos a la seguridad social, protección a la salud y el acceso a los servicios sociales. Además, en todos los pronunciamientos internacionales en los que ha participado la Unión Europea se reconocen los derechos de los pacientes, el derecho a la seguridad en la salud, derecho a estándares de calidad en la salud, y se está hablando en Europa de los PUC (Pacientes Usuarios Ciudadanos)...

La Constitución Española en su artículo 41 establece que son los poderes públicos los que mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos. El artículo 43 reconoce el derecho a la protección a la salud y reitera la competencia de los poderes públicos para organizar y tutelar la salud pública y fomentar la educación sanitaria.

La Carta de Tallín sitúa por encima de otros objetivos y compromisos, incluso del tema de la financiación, los de la participación, solidaridad y equidad como ejes de los sistemas de salud. Pero pensamos que los sistemas que pretenden estos objetivos como premisas básicas deben tener en cuenta el concepto amplio de salud que maneja la Organización Mundial de la Salud (OMS), en cuanto que salud puede definirse como el estado físico, mental y social de bienestar general y no sólo como la ausencia de enfermedad. Un concepto tan amplio sin duda debe influir en las perspectivas con que debe abordarse el hacer efectivos todos los derechos reconocidos en la materia.

Desde luego, a nivel global es indudable, y desolador, que en este campo de la salud está casi todo por hacer en grandes zonas del mundo. Pero el ámbito de este trabajo no puede abarcar tan relevante aspecto. Nos quedamos en Europa, donde también hay cosas que hacer partiendo de la situación de privilegio que se ha alcanzado.

Podemos resumir el ideal realizable de un sistema de salud a través de los pronunciamientos realizados por los gobiernos, las instituciones internacionales

les, organismos públicos y privados, las propuestas surgidas de los usuarios y los profesionales de la salud y demás agentes vinculados. Sin ánimo de exhaustividad refiramos algunos:

- Los servicios de salud deben ser eficaces. La eficiencia ha de medirse tanto en términos estrictamente económicos, como de calidad en la prestación y distribución social del servicio, como en términos de equidad.
- Se trata de mejorar la salud de los ciudadanos para contribuir al bienestar social a través de su impacto en el desarrollo económico, la competitividad y la productividad.
- Los sistemas de salud y el sector sanitario en general constituyen ejes importantes de las economías nacionales en términos de empleo e innovación.
- Los sistemas de salud deben atender la diversidad social, cultural y económica.
- Los valores básicos del sistema de salud son: la solidaridad, la equidad y la participación de todos los implicados.
- Son necesarias inversiones en sistemas sanitarios y fomentar la inversión intersectorial que influya en la salud.
- Ha de promoverse la transparencia y la responsabilidad en la gestión y funcionamiento de los sistemas de salud.
- Los sistemas sanitarios deben responder más a las necesidades de la población.
- Hay que implicar a los diferentes interlocutores en el desarrollo de las políticas sobre la salud y en su implantación.
- Es necesario asegurar que los sistemas sanitarios estén preparados para afrontar cualquier crisis.
- Ha de mejorarse la financiación para aumentar la capacidad del sistema de salud, teniendo en cuenta aspectos como la inversión, la fuerza de trabajo, la ética, la investigación y la tecnología.
- Han de consolidarse los sistemas de salud a través de redes o grupos.
- En el funcionamiento de los sistemas de salud no sólo ha de intervenir el estado o el sector público.
- Los usuarios de los sistemas de salud habrán de participar en la gestión de los mismos y deben arbitrase mecanismos más claros y efectivos de comunicación entre usuarios y prestatarios del servicio.
- La cobertura de los servicios sanitarios debe ser universal.
- Es prioritario garantizar la atención equitativa e igualitaria sobre todo en la atención primaria.
- Hay que favorecer mayores niveles de educación social en materia de salud.
- Debe conseguirse una mayor corrección en el uso de los recursos sanitarios, tanto en los recursos humanos, como físicos y laborales.
- Los usuarios de servicios sanitarios han de ser considerados siempre como pacientes, no como unidades.
- Debe tenderse hacia la extensión de las coberturas médicas de los servicios de salud, también mediante la intervención de agentes privados, aunque la salud nunca debe considerarse como una cuestión estrictamente privada.
- Los sistemas de salud y la seguridad social desempeñan un papel clave en la estimulación del desarrollo social y económico al fomentar el crecimiento y la cohesión social.

Como veremos al final, que les anuncio próximo, todos estos elementos que configuran una forma de ver los sistemas de salud en Europa, y para todo el mundo, son totalmente coincidentes o complementarios con los principios de funcionamiento de la Economía Social. No así con los fundamentos y prácticas del empresariado capitalista.

IV. SERVICIOS DE DEPENDENCIA.

En los países desarrollados, y concretamente en Europa, se están adoptando decisiones frente a las nuevas situaciones sociales por las que atraviesan amplios o destacados sectores de la ciudadanía. Uno de ellos es el de la atención a las personas dependientes. En España se aprobó la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia. Con ello se viene a cubrir legalmente la atención de lo que la propia Exposición de Motivos de la Ley considera como uno de los principales retos de la política social en los países desarrollados. Textualmente dice: *“El reto de atender las necesidades de aquellas personas que, por encontrarse en situación de especial vulnerabilidad, requieren apoyos para desarrollar las actividades esenciales de la vida diaria, alcanzar una mayor autonomía personal y poder ejercer plenamente sus derechos de ciudadanía.”*

La UE, como recuerda el texto legal al que nos venimos refiriendo, determinó los tres criterios que debían regir las políticas de dependencia de los Estados miembros: universalidad, alta calidad y sostenibilidad. Si nos fijamos bien son criterios comunes a la prestación de los servicios de salud, pero no siempre son los mismo o requieren las mismas respuestas.

Fundamentalmente al hablar de dependencia se está hablando de la atención directa a la población envejecida y con carencia de autonomía personal que en los últimos tiempos ha aumentado a ritmos de duplicación de 30 años para acá. Un envejecimiento que *“envejece”* cada vez más como consecuencia de la ampliación de la esperanza de vida.

Además de la vejez, se producen estados de dependencia por razones de enfermedad, discapacidad y limitaciones congénitas o adquiridas como consecuencia de la siniestralidad laboral o vial.

Las actuaciones de atención a estas personas se han venido realizando por las propias familias y por entidades sin ánimo de lucro más o menos profesionalizadas. Sin embargo, como hemos señalado, la Constitución española y las decisiones de la UE, atribuyen a los poderes públicos el garantizar estos servicios sociales. En el caso español a través funda-

mentalmente de las Comunidades Autónomas y los ayuntamientos. El hecho de contar con una Ley específica, además de las normas sectoriales o autonómicas existentes, sitúa la cuestión de un modo más definido y permite articular acciones concretas.

En su Exposición de Motivos la Ley 39/2006, señala que *“Es un hecho indudable que las entidades del tercer sector de acción social vienen participando desde hace años en la atención a las personas en situación de dependencia y apoyando el esfuerzo de las familias y de las corporaciones locales en este ámbito. Estas entidades constituyen una importante malla social que previene los riesgos de exclusión de las personas afectadas.”*

La Economía Social, o tercer sector de acción social como parte de ella, por tanto, es un protagonista ineludible en la prestación de estos servicios sociales y en cualquier planificación pública que sobre ellos se construya.

Del texto de la Ley queremos extraer algunas otras cosas de interés de modo sumarial:

- El sistema para la atención y protección de la dependencia configura un derecho subjetivo que se fundamenta en los principios de universalidad, equidad y accesibilidad, desarrollando un modelo de atención integral al ciudadano.
- La Administración debe garantizar la prestación de este servicio fundamentalmente a través de dotaciones financieras. Las prestaciones para la atención de los servicios de dependencia serán fundamentalmente económicas.
- El sistema atenderá de forma equitativa a todos los ciudadanos en situación de dependencia. Los beneficiarios contribuirán económicamente a la financiación de los servicios de forma progresiva en función de su capacidad económica.
- La atención a las personas en situación de dependencia será prestada de forma integral e integrada.

- La personalización de la atención como principio del sistema.
- La permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrolle su vida es otro principio básico del servicio.
- También, en la medida de lo posible, deberá fomentarse la participación de los afectados o sus representantes en la prestación de los servicios.
- La participación de la iniciativa privada y de las entidades del tercer sector en la prestación de estos servicios sociales a la dependencia es necesaria.
- El Sistema por la Autonomía y Atención a la Dependencia se configura como una red de utilización pública que integra, de forma coordinada, centros y servicios, públicos y privados.

En fin, son destacables muchas más cosas, pero al interés de esta intervención basta con lo señalado. Según lo anterior la presencia de la Economía Social en la prestación de estos servicios es ineludible, útil y necesaria. Puede decirse que sin su intervención tales servicios sociales no podrían ofrecerse con los requisitos y con base en los principios con los que se conciben. Como veremos a continuación, tanto en la salud como en la dependencia la Economía Social está en primera línea de actuación.

V. ECONOMÍA SOCIAL Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOCIALES: SALUD Y DEPENDENCIA. BREVES CONCLUSIONES.

Los profesores Monzón y Chaves señalan como funciones económicas de la Economía Social las siguientes:

- a) Distribución más igualitaria de la renta y la riqueza: gracias a sus reglas de distribución de beneficios primando el uso de los servicios propios y del factor trabajo.
- b) Desarrollo económico endógeno, pues resulta indudable que el cooperativismo y la Economía Social en general se vinculan di-

rectamente con el territorio donde operan, cosa que no ocurre necesaria y primordialmente en la empresa capitalista. Al ser las empresas y entidades de la Economía Social de personas y no de capitales, estas normalmente permanecen en donde se han creado y donde prestan siempre sus servicios. Ello favorece también que las riendas del proceso económico estén en manos de la sociedad civil del lugar.

- c) Corrige los desequilibrios del mercado de trabajo, tres en concreto: el paro, la inestabilidad en el empleo y la exclusión sociolaboral de parados de características especiales.

Por tanto, desde un punto de vista estructural la Economía Social contribuye plenamente al desarrollo económico y se incluye por derecho propio en el ámbito de los conceptos de servicios de interés económico al tiempo que de interés social. La profesora de la Universidad de Valencia, Antonia Sajardo, ha señalado que la Economía Social es un buen instrumento para alcanzar objetivos sociales, debido sobre todo a la interpretación solidaria de la economía que forma parte de su razón de ser. Según esta profesora, en España, en los últimos 20 años se ha producido un cambio en el reparto de papeles entre el Estado y el mercado. Se ha pasado de un sistema garantista autoritario a una desregulación concertada. Las políticas de servicios sociales se han ido configurando bajo un nuevo concepto en el que el Estado abandona la actuación directa, dejando en manos de la sociedad civil la acción, reduciendo su intervención casi exclusivamente a la financiación y la creación de infraestructuras.

En lo que se refiere a la salud el efecto es menos visible en cuanto que requiere de una planificación pública más específica y la atención de los servicios es mayoritariamente estatal. En el caso de los servicios de dependencia la realidad es flagrante.

V.I. Economía Social y Sistema de Salud

En el sentido de todo lo dicho hasta ahora, la gratuidad de las prestaciones sanitarias no significa que tengan que ser directamente realizadas por los servicios sanitarios públicos. Esta es una de las posi-

bilidades pero no la única. Los poderes públicos pueden contratar los servicios sanitarios con el sector privado para que este realice las prestaciones a los ciudadanos de forma gratuita. La tendencia planteada desde diversos pronunciamientos institucionales y políticos para introducir una cierta competencia (criterios de mercado) en las prestaciones sanitarias podría aumentar en algunos casos (en otros muchos no) la calidad de los servicios prestados así como abaratar costes mediante la utilización eficiente de los recursos. Esta competencia se conseguiría permitiendo a los pacientes elegir entre varias alternativas de servicio. Sería una competencia frente a la demanda del usuario.

Ahora bien, las prestaciones sanitarias realizadas por empresas privadas de carácter capitalistas (hospitales privados, clínicas, consultorios, etc...) pueden plantear problemas de confianza, o desconfianza como se prefiera.

Por un lado, existen fuertes asimetrías informativas. El paciente no tiene datos y necesariamente debe delegar importantísimas, a veces vitales, decisiones que le afectan en el centro hospitalario. Es decir, se crea una especie de relación de “*agencia*” entre enfermo y médico o entre enfermo y hospital. Es el médico o el hospital el que toma las decisiones en nombre del enfermo (esto es lo que ocurre en la práctica: el enfermo “*delega*” su decisión en la dirección hospitalaria del mismo modo que el cliente del taxi delega en el chofer la elección del itinerario cuando llega a una ciudad que no conoce. Es lo que se llama una “*relación de agencia*”). Si el objetivo empresarial del Centro de Salud privado es el beneficio, el reparto de dividendos a sus accionistas, ¿cómo sabe el paciente que la decisión clínica adoptada es la óptima para sus intereses y no la óptima para los intereses empresariales? Hay muchas decisiones alternativas que pueden ser buenas para el cliente, pero unas son mejores que otras. Probablemente el hospital elija aquella que, siendo buena para el cliente, sea la mejor para el hospital y no para el cliente.

Por otra parte, la calidad del “*producto*” ofrecido por el centro sanitario (salud y bienestar) no tiene porqué ser fácilmente apreciable en los mercados como en el caso de otros bienes y servicios más con-

vencionales. Es decir, no es evidente que el mercado “*premie*” al hospital que mejor cuida de la salud de sus clientes.

Todos los problemas de intereses contrapuestos (lo que los economistas llaman las diferentes “*curvas de utilidad*” para los enfermos y para los centros hospitalarios) pueden reducirse de manera importante cuando los centros de salud privados están dirigidos por los protagonistas de los actos sanitarios: enfermos y equipos médicos. Dicho más claramente: cuando existen centros sanitarios con fórmulas organizativas propias de la Economía Social.

Estamos hablando de hospitales y centros de salud privados bajo fórmulas cooperativas o asociativas, en donde los socios son los consumidores de los servicios y los trabajadores de los centros. Es el caso de las cooperativas mixtas de usuarios-trabajadores. Por las razones que hemos visto, y por los dictados del sentido común, en estos centros el objetivo es prestar servicios con la máxima calidad al mínimo coste (eficiencia empresarial) pero sin renunciar nunca a la transparencia y a la participación de todos los implicados. En estos casos la desconfianza del paciente-usuario en los procesos de decisiones clínicas desaparece o se reduce de forma importante. Es decir, la competencia entre centros públicos y privados de Economía Social en la prestación de servicios sanitarios permite abaratar costes, aumentar la libertad de elección, la confianza de los usuarios y no poner en peligro o en cuestión la calidad en la prestación de los servicios.

Si a estas relevantes cuestiones sumamos las características ya mencionadas que deben tener los servicios de salud en su relación con los usuarios, sacamos la muy sólida conclusión de que la introducción en los sistemas de salud de una red asistencial formada por centros de la Economía Social junto a la red pública, ambas con financiación pública, aumentaría la calidad del sistema de salud y, en general, de bienestar social.

Además, el progreso científico y técnico ha hecho que exista una amplia gama de servicios de salud que no pueden ser financiados por los poderes públicos ya que el gasto sanitario sería prácticamente ilimitado (prestaciones sanitario-estéticas, dentales,

oftalmológicas, diversificación de materiales para implantes de todo tipo...). Muchas de esas prestaciones no es evidente que sean bienes de primera necesidad o prioritarios en los sistemas de salud. Dicho de otro modo, la oferta pública de prestaciones sanitarias gratuitas es rígida frente a una demanda cada vez más flexible y diversificada. La Economía Social puede cubrir ambos espacios con los mismos estándares de calidad y con más altos niveles de confianza de los usuarios. Las particularidades de los centros de salud de la Economía Social suponen un valor añadido nada desdeñable en un espacio de competencia con la empresa capitalista.

V.II. Economía Social y Dependencia.

La Economía Social tiene una muy amplia experiencia en la prestación de servicios en materia de dependencia. Las empresas de propiedad capitalista también han participado de este espacio cuando han visto posibilidades de negocio. Pero sin pretender ningún tipo de descalificación apriorística, es más frecuente conocer casos de deficiencias en éstas que en las de Economía Social. Las empresas privadas que ofertan servicios de este tipo y que buscan beneficios por lo general no son asequibles para la mayoría de los ciudadanos.

Los principios que informan a las entidades y empresas de la Economía Social (solidaridad, participación, preocupación por las personas...) facilitan su idoneidad para ofrecer estas prestaciones conforme a los criterios asumidos por la Ley y por las decisiones de los organismos competentes. Los servicios de atención a la dependencia que habrán de financiarse o cofinanciarse por los poderes públicos, son esencialmente los que han venido prestado las entidades de la Economía Social. Estos servicios básicos son:

Servicios de prevención de la dependencia y los de promoción de la autonomía personal.

- a) Servicio de Teleasistencia.
- b) Servicio de ayuda a domicilio.
- c) Atención a las necesidades del hogar.
- d) Cuidados personales.
- e) Servicios de Centros de Día y de Noche.
- f) Servicio de atención residencial.

Sobre estos servicios básicos se proyectan muchos otros derivados o complementarios que habrá que proporcionar con métodos profesionales, de calidad, pero esencialmente humanísticos.

Lo que se prevé para este tipo de servicios tanto en la UE como en la concreta legislación española coincide en el resultado con el profesor Millán Calenti, de la Universidad de Santiago de Compostela, cuando señala que en el mercado y en la sociedad hay un espacio vacío porque el sector público no llega y al sector privado no le interesa estar y añade que *“Precisamente, en ese hueco que queda sin cubrir emerge cada vez más la gran necesidad social, política y económica de atender el entorno de la salud y los servicios sociales de un importante número de ciudadanos. No es fácil llegar, en un mundo globalizado, a los lugares en los que hay que en fregar algo a cambio de nada.”*

La Economía Social trabaja en esos espacios en los que no hay compensaciones, pero también es un magnífico agente colaborador con el sector público para resolver problemas sociales y ha demostrado ser también un excelente ejemplo de eficiencia empresarial y un prestador de servicios de calidad.

LA RESPONSABILIDAD SANITARIA: MOMENTO ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA CIVIL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA *

Ilmo. Sr. D. Francisco Javier Pueyo Calleja
Magistrado Especialista de la Sala de lo Contencioso-Administrativo
Tribunal Superior de Justicia de Navarra.

I. PLANTEAMIENTO

El encargo que se me ha atribuido en este Congreso es el acercarles el momento actual de la jurisprudencia civil y contencioso-administrativo en el tema de la responsabilidad sanitaria.

No se trata en esta exposición en consecuencia de hacer un estudio exhaustivo y completo de la responsabilidad sanitaria en el ámbito civil y contencioso, tarea por otra parte de imposible cumplimiento material dada la extensión de esta exposición.

Procederé en consecuencia a tratar aquellos aspectos que en el ámbito de la responsabilidad sanitaria tienen mayor relevancia en ambos ordenes jurisdiccionales de manera conjunta (con especial incidencia en al ámbito contencioso por su mayor importancia cuantitativa y cualitativa en la actualidad).

Pretende ser, en suma, esta exposición, una breve guía de la jurisprudencia recaída en el ámbito de la responsabilidad sanitaria en sus aspectos más relevantes.

II.-CONSIDERACIONES PREVIAS EN TORNO A LA CONFIGURACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y PATRIMONIAL-ADMINISTRATIVA.

La responsabilidad sanitaria en sus vertientes civil y administrativa tiene distinta configuración.

1 .-Así los requisitos de la responsabilidad sanitaria civil extracontractual son fundamentalmente:

- a) Una acción (u omisión) culposa.
- b) Un daño (patrimonial o moral).
- c) Una relación de causalidad entre la acción y el daño.

La responsabilidad sanitaria civil contractual exige en apretada síntesis:

- a) Incumplimiento de las obligaciones (por dolo, negligencia o morosidad -retraso culpable-) o contravención de las mismas.
- b) Daño.
- c) Relación de causalidad

Como vemos la responsabilidad sanitaria civil es, en general, una responsabilidad por culpa.

* Ponencia presentada en el XVII Congreso "Derecho y Salud", celebrado en Pamplona en noviembre de 2008

2.- La responsabilidad sanitaria de la Administración tiene otros requisitos. Así para apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración se exige por la Jurisprudencia Contenciosa:

A) Una lesión antijurídica sufrida por un particular en cualquiera de sus bienes o derechos, lo que comporta a su vez:

- Que el daño sea antijurídico o lo que es lo mismo, que la persona que lo sufre no debe estar obligada jurídicamente a soportarlo; esto es que el daño sea antijurídico implica y significa que el riesgo inherente a la utilización del servicio público haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social.¹
- Que el daño sea efectivo, excluyéndose los daños eventuales o simplemente posibles, esto es la realidad objetiva del daño sufrido
- Que el daño sea evaluable económicamente y
- Que el daño sea individualizado en relación con una persona o grupo de personas, esto es que ha de tratarse de un daños concreto residenciable directamente en el patrimonio del reclamante y que exceda a demás de lo que puedan considerarse cargas comunes de la vida social.

B) Que la lesión sea imputable a la Administración como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

C) Que exista una relación de causalidad entre la lesión sufrida por el particular y el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y no se trate de un caso de fuerza mayor ni concurren otras

causas de exoneración de la responsabilidad de la Administración (culpa exclusiva de la víctima, intervención exclusiva y excluyente de tercero...).

Como vemos la responsabilidad de la Administración es una responsabilidad objetiva o por el resultado.

Siempre será competente la Jurisdicción contenciosa administrativa también cuando se ejercite acción contra aseguradora.

Por lo tanto debe tenerse en cuenta tal circunstancia a lo largo de esta exposición, si bien no obstante como veremos a continuación, en la práctica jurisprudencial a través de distintas técnicas y conceptos, el régimen de responsabilidad en el ámbito sanitario se ha aproximado en los dos ámbitos.

Nos acercaremos a la responsabilidad sanitaria en los ordenes civil y contencioso a través de los distintos títulos de imputación haciendo referencia en ellos a distintos aspectos problemáticos y su respuesta jurisprudencial.

III.- LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN EL AMBITO ADMINISTRATIVO

Haremos referencia sucinta a algunas cuestiones que resultan polémicas en los tribunales:

1.-Criterios correctores de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario. El criterio de la Lex artis. El Criterio de la Lex scientiae.

La consecuencia básica de la configuración de la responsabilidad patrimonial como objetiva (a diferencia de la tradicional responsabilidad por culpa propia del ámbito civil del derecho) es que no es necesario demostrar que se ha actuado con dolo o culpa, ni que el servicio ha funcionado de manera anormal, bastando con acreditar la existencia del daño y la oportuna relación de causalidad.

No obstante si bien la responsabilidad patrimonial es una responsabilidad objetiva o por el resultado, en materia sanitaria se hace necesario establecer algunos límites a la consideración puramente objetivista del nexo de causalidad pues dicha consideración

¹ La Jurisprudencia del TS en STS de 5 de junio de 1.997 y 28-1-1999 entre otras afirma que "puede, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable .STS 22-11-1991, STS 12-1-2005 etc...."

puramente objetivista aplicada a la materia sanitaria ocasionaría un resultado desproporcionado e incompatible con los modernos criterios de responsabilidad patrimonial.

La evidente inidoneidad del sistema objetivo de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria llevado a sus últimas consecuencias, ha determinado que, vía interpretativa y legal, se hayan introducido factores correctores que nos llevan a un sistema próximo en sus resultados (que no en su fundamento y naturaleza) al de responsabilidad por funcionamiento anormal (por culpa) al menos en el ámbito de la medicina curativa.

Tal inidoneidad se ha fundado en que la asistencia sanitaria parte de una situación de riesgo-patología no creada por la Administración, sino derivada de la propia naturaleza humana y cuyo curso evolutivo está condicionado por esa misma naturaleza.

Ello determina la aparición de criterios correctores:

1".- El criterio de la *lex artis ad hoc*.

- a) Se entiende la “*lex artis ad hoc*” como aquel criterio valorativo de la corrección del acto médico ejecutado por el profesional de la Medicina que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital para el paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos para calificar dicho acto conforme o no a la técnica normal requerida. (STS núm. 167/2006 (Sala delo Civil, Sección 15, de 15 febrero.
- b) Se basa este criterio en el principio sustentado por la jurisprudencia de que la obligación (en la medicina curativa) es de medios y no de resultados, es decir, obligación de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo.
- c) Se extiende a todo el iter médico: diagnóstico, información, tratamiento, intervención, vigilancia, control de la evolución post acto

- d) En resumen la infracción de las reglas de la *lex artis* se determinará en atención a lo que habría sido la conducta y actuación profesional sanitario medio en condiciones semejantes a aquellas en que debió desenvolverse a aquel a quien se refiere la reclamación. Es pues un criterio de normalidad en la prestación sanitaria.
- e) En el ámbito contencioso-administrativo se sitúa este criterio no en el ámbito de la culpabilidad (pues recordemos que la responsabilidad sigue siendo objetiva) sino en la antijuridicidad del daño.
 - La antijuridicidad del daño debe entenderse como aquel daño que el interesado no tiene el deber de soportar, un daño que en este campo circunscribimos a aquellos daños en los que se ha prestado una asistencia sanitaria defectuosa por no ajustarse a la *lex artis* ad hoc.
 - Así la antijuridicidad del daño desplaza el título de imputación hacia el mismo funcionamiento de la Administración. (STS 24-9-2004, 19-10-2004, 3-3-2008; STJ Madrid 8-4-2008...)
- f) No obstante lo anterior debe matizarse que en primer lugar puede haber infracción de la *lex artis*, pero ello no excluye el acreditar también la relación de causalidad, es decir si esa infracción ha tenido relevancia en el resultado lesivo causa-efecto, o si existen causas de exoneración de la responsabilidad.
- g) En este campo de apreciación de la *lex artis* cobran especial importancia los protocolos médicos (“*lex artis* codificada”) estimados como adecuados desde el punto de vista de la *lex artis*.
 - Así estos protocolos se erigen en elemento de referencia importante en el ámbito del enjuiciamiento de la correcta praxis médica.
 - Ahora bien estos protocolos son orientativos para el Juez y no le vinculan en la

apreciación de la prueba conjunta practicada en el proceso (aun reconociendo su enorme valor orientativo y ser una prueba de primer orden) que puede llevarle a la conclusión de una actuación distinta a la establecida en el protocolo (STSS Civil 23-3-2001, 31-3-2004... STJ Navarra 6-9-2002, STJ País Vasco 5-3-2004, STJ Cataluña 14-4-2004, SAN 19-5-2004

2°. *El criterio de la Lex scientiae.*

Este criterio se aproxima en su concepto contencioso-administrativo al “estado de la ciencia o del saber técnico” que prevé el artículo 141.1 LRJyPAC., los denominados “riesgos del progreso de la ciencia y técnica”.

a) En virtud de este criterio la actuación médica debe ajustarse a los conocimientos científicos conocidos en el momento en que la misma se desarrolla. La actuación conforme a ese criterio exonera a la Administración de responsabilidad.

b) La jurisprudencia ha precisado más de una vez que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas no es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión (Sentencias de 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo, 24 de mayo y 30 de octubre de 1999).

c) La antijuridicidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquél, según dispone el art. 141.1 de la Ley 30/1992, reformada por Ley 4/1999. El ordenamiento jurídico viene así a considerar como una causa de justificación los riesgos del progreso. (Sentencias de la Sala Tercera de 25 de noviembre de 2000, 10 de febrero, 19 de abril, 11 de mayo, 19, 21 de junio y 1 de diciembre de 2001 -recurso de casación 6553/97-), criterio no aplicable a los medicamentos defectuosos.

d) En este punto debemos señalar algunas precisiones:

a) La carga de la prueba del estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica.

En la sentencia de la Sala Tercera TS 3 1-5-1999 se afirma que corresponde en todo caso a la Administración acreditar que, según el estado del saber, no era posible prever o evitar el daño.

El perjudicado ha de soportar la carga de probar el perjuicio y la relación de causalidad entre éste y la actuación de la Administración, pero no obstante la jurisprudencia de la Sala Tercera no ha fijado un criterio definitivo (aunque sigue la tendencia antes señalada) en relación con el deber de probar el estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica, aunque en todo caso, serían de aplicación los criterios que ahora se recogen en el artículo 217 LEC.

No se trata de la prueba de un hecho negativo, cual sería la inexistencia de conocimientos en la ciencia y la técnica, pues resulta imposible probar un hecho de tal naturaleza, sino meramente de expresar y demostrar el estado de los conocimientos disponibles, y desde esta perspectiva parece que el *onus probandi* recae sobre la Administración.

b) El estado de los conocimientos científicos se refiere al nivel más avanzado de las investigaciones y comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

c) Pero el estado de la ciencia no debe identificarse con el estado de la legislación (es pues irrelevante el momento del reconocimiento vía legal de aquel estado de la ciencia materialmente previo). Hay que citar la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19-10-2000, y otras más, que citando a su vez otras sentencias como la de fecha 31-5-1999 señalan que “estado de los conocimientos o de la técnica existentes no es estado de la legislación pues es sabido que ésta va siempre detrás de los hechos hasta el punto de que no es infrecuente que se modifi que un texto legal para adaptarlo al progreso científico”.

2.- El nexo causal

Es este el elemento o factor clave para declarar o no una responsabilidad extracontractual por el resultado.

a) En el régimen de responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria, el juzgador no tiene que inquirir si hubo negligencia del personal a su servicio pero en todo caso que habrá de llegar a la convicción de si hay relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el resultado por más que para esa conclusión pueda tener relevancia si se incurrió o no en algún error y si la práctica se ajustó a la *lex artis*.

b) Tal régimen jurídico ha propiciado la errónea opinión de que cualquier daño o perjuicio derivado de la asistencia sanitaria pública está cubierto por un seguro, que garantiza, en cualquier caso, su adecuada reparación, con olvido de que la jurisprudencia ha repetido incansablemente que el instituto de la responsabilidad patrimonial no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (Sentencias de 7 de febrero de 1998, 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002).

c) Requiere, pues, la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria un cuidadoso análisis de los hechos a fin de poder establecer la relación de causalidad entre la actuación del personal a su servicio y el resultado producido, lo que no resulta fácil tratándose de la salud, en cuya estabilidad, restablecimiento o pérdida confluyen tantos y tan variados factores.

- En este punto se muestra relevante la prueba singularmente pericial (lo que exige a las partes extremar la precisión a la hora de proponer la prueba y los extremos a acreditar en la pericia)
- Pero a pesar de que en los litigios sobre responsabilidad patrimonial con ocasión de la asistencia sanitaria es fundamental la prueba pericial (pruebas periciales, informes médicos, conclusiones de congresos u opiniones de expertos), y aunque difícilmente es posible llegar a una certera conclusión acerca de la relación de causalidad sin contar con esos

pareceres, subsiste la tarea, estrictamente jurisdiccional, de definir si concurre o no el imprescindible nexo causal bajo cualquier de esas formas, valorando las opiniones de los expertos.

d) Está completamente superada la tesis de que la relación de causalidad debe ser directa, inmediata y exclusiva, habiendo declarado la jurisprudencia que la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas o concurrentes, que, de existir, moderan proporcionalmente la responsabilidad a cargo de la Administración (Sentencias de 25 de enero, 26 de abril y 16 de diciembre de 1997, 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 13 de marzo de 1999, 26 de febrero y 15 de abril de 2000 y 21 de julio de 2001).

3.-Plazo para ejercitar la acción frente a la Administración.

El precepto, contenido en el art. 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, acerca del plazo de prescripción de un año para ejercitar la acción de responsabilidad patrimonial de la Administraciones Públicas no deja de suscitar problemas cuando se trata de daños o perjuicio derivados de la asistencia sanitaria, tanto respecto del día inicial del cómputo cuanto de su interrupción.

- a) La doctrina jurisprudencial es unánime al entender que el cómputo del año no se inicia sino cuando se han establecido o consolidado los daños y cuando se conocen definitivamente los efectos del quebranto, pero nunca en el momento del diagnóstico (Sentencias de 7 de febrero y 11 de noviembre de 1997, 5 y 31 de octubre de 2000, 11 de mayo de 2001, 19 de junio de 2001, 17 de octubre de 2001 y

25 de enero de 2002), lo que tiene una gran trascendencia en el caso de secuelas de carácter permanente, pues dicha doctrina declara que el cómputo del año debe hacerse a partir de la determinación del alcance de las secuelas, lo que, clínicamente, resulta extremadamente difícil de fijar.

- b) La doctrina jurisprudencial, incluso en la vigencia del anterior redacción, art. 146.2 de la Ley 30/1992, es la tradicional de la interrupción del plazo de prescripción hasta tanto finaliza el proceso penal sobre los mismos hechos, dado el carácter prejudicial de la Jurisdicción del orden penal.

4.- El perjuicio moral y su plena indemnidad

El *pretium doloris* es un componente permanente de las indemnizaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Y en este punto señalamos:

a) La Sala Tercera del Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina que ya se recogiera en la Sentencia de 24-1-1997, declaró en su Sentencia de 20-1-1998 que “ para acreditar el daño moral basta con la prueba de los hechos básicos en que se concreta la pérdida de salud o el daño fisiológico”, al mismo tiempo que expresó que el perjuicio moral “por su carácter afectivo y de *pretium doloris* carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo”.

b) No es infrecuente que se deniegue actualizar la cantidad reparatoria de los perjuicios con el argumento de que la cantidad resulta líquida solamente a partir de su fijación en la sentencia.

Esta tesis ha sido rotundamente desautorizada por la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que ha declarado insistentemente la necesidad de alcanzar la plena indemnidad del perjuicio causado, lo que puede lograrse por diversos modos, cual son el abono del interés legal de la suma adeudada desde que se formuló la reclamación en vía previa, la actualización con cualquier índice o cláusula estabilizadores, como los de precios o depreciación de la moneda, o la fijación de una cantidad indemnizatoria en atención al momento en que se resuelve el pleito (Sentencias de 24 de enero, 19 de abril y 31 de mayo de 1997, 14 de febrero, 14 de marzo, 30 de junio, 10 y 28 de noviembre de 1998, 13 y 20 de febrero, 13 y 29 de marzo, 29 de mayo, 12 y 26 junio, 17 y 24 de julio, 30 de octubre y 27 de diciembre de

1999, 5 de febrero, 18 de marzo y 13 de noviembre de 2000, 27 de octubre y 31 de diciembre de 2001 y 9 de febrero de 2002).

5.-La doctrina del daño desproporcionado y la teoría de la pérdida de oportunidades.

Estas doctrinas pueden afectar al nexo causal pero por claridad expositiva y por ser de aplicación tanto al ámbito civil como contencioso, se hace referencia aparte.

Sirven para delimitar la responsabilidad sanitarias a sus justos términos.

1.- La doctrina del daño desproporcionado reside en la idea de que si en un tratamiento médico se produce un daño en la persona del paciente, que no guarda proporción con las enfermedades o lesión que le llevó a acudir al médico, y éste no acredita/explica la causa de tal daño, este resultado desproporcionado prueba el nexo causal entre el acto médico y el daño (o lo que es lo mismo que ese daño desproporcionado se causó por el acto médico disconforme a la *lex artis*).

- a) La desproporción no alude a la cantidad o al concepto de daño catastrófico sino que alude a la anómala relación con el acto, es decir desproporcionado a lo que comparativamente es usual en ese acto médico en cuyo caso existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, que ha de desvirtuar el médico y no el paciente”² Se trata en definitiva no de un método de valoración de la negligencia sino una regla de utilización de presunciones. (STS Civil 21-12-1999, 14-5-2001, 19-7-2001, 30-1-2003, 7-10-2004
- b) Por lo tanto no debe equipararse riesgo típico con riesgo desproporcionado ni tampoco debe equipararse a resultado indeseado o insatisfactorio (pues todo daño desproporcio-

² STS Sala Civil 19-7-200 1 que señala que cuando el mal resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, existe una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, que ha de desvirtuar el médico y no el paciente”

nado es indeseado pero no todo resultado indeseado es desproporcionado) (STS Civil 4-6-2001, 27-3-2004, 7-10-2004).

- c) También en sede contenciosa ha tenido acogida tal doctrina (SAN 3-12-2003, 25-2-2004, STJ Valencia 21-10-2004...)

2.- La teoría de la pérdida de oportunidades

En el campo sanitario la figura está siendo acogida progresivamente tanto en el ámbito civil como contencioso-administrativo, si bien todavía no está delimitada en sus contornos reduciéndose al ámbito de la determinación del quantum indemnizatorio. (STS Civil 10-10-1998, 6-2-2007, 17-4-2007...; Sala Contencioso STS 18-10-2005, 21-3-2007, 4-7-2007, 7-7-2008⁴. STJ Madrid 11-7-2006⁵, STJ Cataluña 3-10-2003, SAN 11-10-2005

³ Una ATS dispensó los primeros auxilios a un trabajador que había sufrido la amputación de una mano, dando instrucciones para que el segmento distal amputado fuera introducido en una caja con hielo normal y verificando que así se hiciera. Una tercera persona, un compañero de trabajo del accidentado, consideró oportuno cambiar la caja y colocó el miembro amputado en una caja de corcho blanco introduciendo a continuación hielo seco o sintético, operación que se realizó fuera del botiquín y sin conocimiento de la ATS. La ATS, observando que se había cambiado el recipiente y considerándolo más idóneo, lo entregó, sin abrirlo, al centro sanitario tras haber acompañado al lesionado en ambulancia. El segmento amputado llegó en avanzado estado de congelación y el reimplante no tuvo éxito. Demandadas la titular de la empresa, una médica y la ATS, el Tribunal Supremo casa la sentencia absolutoria únicamente por lo que hace a la ATS, considerando que debería haber comprobado que el miembro se seguía conservando en hielo natural. Ahora bien, dice el Alto Tribunal, lo que a ella no puede imputársele es la responsabilidad por el fracaso del reimplante, porque la prueba pericial ha demostrado que en condiciones normales no es seguro el éxito de la operación. En suma... a la demandada... no se le puede imputar más que la pérdida de una oportunidad para efectuar en condiciones una operación de reimplante de la mano, que no se sabe si al final hubiera dado resultado. Dicho de otra manera, se le puede imputar la pérdida de unas expectativas. La reparación concedida, sin referencia a ningún parámetro, ascendió a 1.500.000 ptas.

⁴ Esta privación de expectativas, denominada en nuestra jurisprudencia doctrina de la «pérdida de oportunidad» [sentencias de 7 de septiembre de 2005 y 26 de junio de 2008], constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los

La doctrina de la pérdida de oportunidad se plantea como consecuencia de un tipo de incertidumbre en torno a uno de los presupuestos de una reclamación indemnizatoria, la relación de causalidad. Su virtualidad se produce pues a propósito de dificultades probatorias, de ahí su especial relevancia en el ámbito sanitario (lo que se ha denominado “cursos causales **no verificables de manera cierta**”).

- a) Los casos en que es de aplicación se centran en aquellos casos en los que no puede establecerse si una determinada conducta ha provocado un daño, pero se da por bueno que, con el comportamiento debido, habría existido posibilidad razonable de que el resultado lesivo no se hubiera producido (posibilidad u oportunidad, por tanto, de haber obtenido una ventaja o evitado una pérdida).⁶

instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio». Por lo tanto, poco importa que, como acentúan los peritos, la recomposición en una cámara hiperbárica no garantice al 100 por 100 el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5 por 100 de los tratados en la seis primeras horas presentan lesiones permanentes, porque, en cualquier caso, se le hurtó al Sr. Valentín la eventualidad de pertenecer al 71,5 por 100 de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente.

⁵ Un paciente ingresa en un servicio de urgencias con un cuadro de infarto que no se diagnostica y tras ser dado de alta vuelve a ingresar con un infarto agudo. Se solicita indemnización por las secuelas físicas y síquicas originadas por el error de diagnóstico y la demora en el inicio del tratamiento. La sala considera que en el alta hubo alguna precipitación y que de ahí pudo derivarse alguna demora en el tratamiento, en tiempo no determinado, que frustró la posibilidad de que la evolución clínica y secuelas hubieran sido más favorables y cifra el perjuicio en 80.000 euros (se solicitaban 50.000.000 de ptas.), incidiendo en la penuria de elementos probatorios, en que se tiene en cuenta las cantidades que vienen siendo reconocidas y nuevamente en la frustración de expectativas de mejora.

⁶ Asúa Gonzalez señala: “Ante la incertidumbre del desenlace caso de haberse producido el comportamiento debido caben diversos planteamientos. El más tradicional sería el de considerar que si no se puede dar por establecida la relación de causalidad no habría lugar a ninguna responsabilidad. El nexo causal existe o no existe pero no cabe enjuiciar una cuestión con base en causalidades parciales o hipotéticas (principio de indivisibilidad de la causa). Conviene ya, sin embargo, incidir en que incluso en este caso no puede decirse, sin más, que la probabilidad no tenga ninguna relevancia indemnizatoria y es que ello dependerá del nivel de seguridad que se exija para considerar establecida o no una relación de causalidad. Si en un sistema se considera que resulta suficiente una certeza causal superior al 50% (ser más

Estos casos son particularmente los errores y/o retrasos en el diagnóstico y tratamiento de dolencias, la falta de información y/o de consentimiento informado y los erróneos o inexistentes diagnósticos prenatales.

b) En esta teoría el daño indemnizable lo constituye, esa oportunidad de curación/ supervivencia perdida por la actuación del médico, conforme a las máximas de experiencia y no el total perjuicio que le afecte al paciente.

6.- La carga de la prueba

Gran relevancia adquiere este aspecto en el ámbito de la responsabilidad sanitaria.

Con carácter general podemos afirmar que las reglas de distribución de la carga deben aplicarse, genéricamente, exigiendo al demandante la acreditación del mismo acto médico, la existencia del daño y la relación de causalidad, en tanto que la Administración debe probar los hechos impeditivos de la obligación de indemnizar (fuerza mayor, dolo o culpa de la víctima, estado de la ciencia, e incluido el funcionamiento conforme a la *lex artis*, y ello derivado de la

probable que no), resulta evidente que ello puede permitir gestionar un amplio margen de probabilidad como seguridad y, por ejemplo, conceder una indemnización por el daño sufrido en un caso de erróneo diagnóstico y consiguiente tardanza en realizar la intervención o tratamiento adecuados aunque existieran, pongamos, un 45% de posibilidades de que el comportamiento imputado al responsable no fuera causante del daño (y, por tanto sólo un 55% de que lo fuera). Se trata de una especie de relevancia implícita (por contraposición a expresa) en el sistema. Por el contrario, si se requiere un nivel elevado de certeza o seguridad queda mucho menos margen para el tipo de relevancia indemnizatoria de la probabilidad a la que venimos refiriéndonos. Tipo de relevancia que, conviene insistir, se caracteriza por no ser expresa y tratar la probabilidad, que alcance determinadas cotas, como seguridad y posibilitar la indemnización de todo el daño sufrido.

Frente a la idea de excluir toda responsabilidad si no se alcanzan las cotas de seguridad requeridas, cabe considerar que, cuando se esté por debajo de tales cotas o umbral, puede tenerse en cuenta expresamente la probabilidad a efectos de establecer una indemnización inferior al daño final sufrido (entendiendo por tal el que se ha tomado como referencia a efectos de la relación de causalidad que se ha considerado incierta: en un caso de error de diagnóstico y graves secuelas físicas, el daño final sería todo el referido a tales secuelas). Perspectiva, aceptada en algunos países (entre ellos el nuestro) y abiertamente rechazada en otros, que resulta aludida con la expresión responsabilidad o indemnización por pérdida de oportunidad o de chance.

naturaleza objetiva de la responsabilidad y en base al criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria).

No obstante ello existen modulaciones en el ámbito sanitario derivados de la aplicación de las reglas hoy recogidas en el artículo 217 LEC relativas al criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria, y la aplicación de otras teorías como el daño desproporcionado, doctrina de la oportunidad perdida, etc, como se expone a lo largo de la exposición.

7.- Últimas precisiones a la responsabilidad sanitaria en el ámbito administrativo.

1.- El sistema de responsabilidad patrimonial administrativa contempla exclusivamente la responsabilidad directa de la Administración sanitaria, siendo también excluyente de la responsabilidad directa del personal médico. Por lo tanto no exige ni permite la imputación directa previa del personal médico. Art 145 LRJyPAC.

2.- En los casos que la Administración hubiera indemnizado a los lesionados, podrá ejercitar la acción de repetición contra el personal a su servicio que hubiere incurrido en dolo, culpa o negligencia graves. Se tendrán en cuenta entre otros los siguientes criterios; el resultado dañoso, la existencia de intencionalidad o no, la responsabilidad profesional del personal y su relación con la producción del daño.

IV.- LA RESPONSABILIDAD SANITARIA EN EL AMBITO CIVIL

Nos referiremos ahora brevemente a la responsabilidad sanitaria haciendo solo referencia a algunos problemas que se plantean al respecto, por cuanto que algunas de las doctrinas antes expuestas en sede contenciosa también son de aplicación aquí como ha quedado expuesto.

1.- La unidad de la culpa civil

La responsabilidad sanitaria civil, como hemos señalado antes, puede ser extracontractual (art 1902 y ss Código Civil) o contractual (1101 y ss Código Civil)..

La distinción entre una y otra debiera tener una considerable trascendencia práctica ya que el tratamiento jurídico de una y otra clase de responsabilidad difiere en cuestiones tan significativas como la delimitación del criterio determinante de la apreciación de la culpa, el plazo de prescripción de una otra (extracontractual 1 año; contractual 15 años), la responsabilidad de los dependientes, la presunción del carácter solidario o no en la obligación indemnizatoria en caso de pluralidad de responsables (extracontractual se presume la solidaridad; en la contractual no aunque la jurisprudencia tiende a apreciar también la solidaridad en aquellos supuesto en que hay sujetos que responden contractualmente y otros extracontractualmente) o el mayor o menor alcance de los daños resarcibles (extracontractual: íntegra reparación; contractual limitaciones del art 1107 Código Civil).

Pero la jurisprudencia prescinde de esta distinción, especialmente en sede de responsabilidad sanitaria a través de varias vía:

- a) La aproximación de efectos de una y otra responsabilidad, a salvo el plazo de prescripción.
- b) Relativizando su propia distinción bien al prescindir de la calificación del supuesto de hecho de uno u otro modo, bien al aplicar indistintamente las normas de ambas clases de responsabilidad a un mismo supuesto (es la doctrina de la “yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual” o “de unidad de culpa civil”) sin incurrir por ello en incongruencia (STS 6-5-1998...).

2.- La responsabilidad civil del médico

Distinguimos:

a) La responsabilidad por negligencia en la actividad médica.

Rige el criterio de la *lex artis ad hoc*, siendo de aplicación lo ya señalado *ut supra*, en el caso de la medicina curativa. La exigencia médica es de medios y no de resultado.

b) La responsabilidad por no obtener el resultado previsible.

En la medicina satisfactiva estamos ante una obligación de resultado y no de medios (cirugía estética, odontología...).

Pero evidentemente el resultado exigible es aquel que permita la técnica que es va a aplicar al paciente y que es normal y previsible dentro de lo que es la aplicación concreta de la técnica y las circunstancias del sujeto en cuestión por lo que no desaparece del todo, para la apreciación de ese parámetro de “resultado exigible” el criterio de la *lex artis ad hoc*.

3.- Breve referencia a la responsabilidad del centro médico en el ámbito civil

La responsabilidad civil por hecho de tercero tiene las siguientes características:

1.- Es de carácter directo.

Así lo viene a recoger el Código Civil en los supuestos de dependencia llamados de culpa in eligendo o invigilando. (art 1903 párrafo Civil)

2.-Es de carácter subjetivo.

Gira en tomo a la culpa o negligencia tanto en el ámbito contractual como extracontractual, correspondiendo al paciente, en principio la prueba de que el centro o equipo médico ha incurrido en negligencia. Esto evidentemente conlleva una dificultad práctica evidente que la jurisprudencia ha tratado de superar construyendo la responsabilidad solidaria del centro médico por los daños que se causen en el ámbito del mismo.

La técnica seguida ha sido la de establecer una presunción en contra del empresario o titular del centro apoyada en una inversión de la carga de la prueba y fundada en títulos de imputación que aproximan la responsabilidad del centro a una responsabilidad cuasi-objetiva.

Estos títulos son los siguientes:

- a) La culpa o negligencia, matizada por su carácter in eligendo o in vigilando (STS 15-7-1999, 24-3-2001, 18-12-2003,...).
- b) El incumplimiento de la obligación de prestación del servicio contraída bajo la figura

contractual de la hospitalización (STS 12-3-2004...).

- c) El incumplimiento del deber general de prestar el servicio con arreglo a los niveles exigidos por su propia naturaleza o por la reglamentación aplicable (al amparo de la normativa de defensa de los consumidores y usuarios: STS 29-6-1999...).
- d) La deficiencia del servicio prestado por la propia institución o centro médico en cuanto no es suficiente para evitar las consecuencias dañosas que tienen su origen en la negligencia de los profesionales médicos que actúan en su seno- la tesis del conjunto de deficiencias asistenciales o de defectuoso funcionamiento estructural (STS 210-7-2002,7-3-2004).

3.- No exige la imputación previa del personal médico.

Así puede declararse la responsabilidad del centro sin necesidad de previa condena del médico.

4.- Comporta la facultad de repetir contra el mismo (art 1904 Ccivil).

Debe resaltarse aquí que la responsabilidad civil se basa y se ha basado en la culpa o negligencia, ello es evidente, pero debe de apuntarse que desde las STS de la Sala de lo Civil 26-5-2005, 25-11-2005 y otras posteriores se aprecia “una vuelta a la culpa” en la responsabilidad sanitaria, apreciándose restricciones a la hora de aplicar doctrinas que diluyen tal carácter (teoría del daño desproporcionado y otros criterios de imputación objetiva entre otras...).

V.- REFERENCIA GENERAL AL CONSENTIMIENTO INFORMADO. SUS ASPECTOS MAS PROBLEMATICOS.

El consentimiento informado es un presupuesto y elemento integrante de la lex artis, y su incumplimiento

puede dar lugar a la correspondiente responsabilidad sanitaria.⁷

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 contempla de manera diferenciada dos conceptos que efectivamente conviene considerar de forma independiente aunque, sin duda, se encuentran al mismo tiempo estrechamente relacionados entre sí: la información clínica o asistencial y el consentimiento informado. A ellos nos referiremos conjuntamente por brevedad expositiva.

A-El incumplimiento de los deberes de informar al paciente y de obtener su consentimiento previo

Es criterio generalmente compartido por la doctrina y la jurisprudencia que el cumplimiento de los derechos de los pacientes a ser informados, y a consentir previamente una intervención o un tratamiento, constituye una manifestación más de la lex artis o diligencia profesional exigible.

La jurisprudencia lo califica como un acto clínico más que constituye “un elemento esencial de esa “lex artis ad hoc” (la STS (Sala de lo Civil) de 2-10-1997, 29-5-2003,10-5-2006⁸, las STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 4-4-2000, 3-10-2003, 14-10-2002, 30-3-2004,20-9-2005⁹, 9-11-2005... ..)

⁷ STS (civil) 12-1-2001, 26-1 1-2004....STS (Contencioso-administrativa)

⁸ La Jurisprudencia de esta Sala ha puesto de relieve la importancia de cumplir este deber de información del paciente en cuanto integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento, constituyendo un presupuesto y elemento esencial de la lex artis para llevar a cabo la actividad médica (...). Como tal, forma parte de toda actuación asistencial y está incluido dentro de la obligación de medios asumida por el médico (...). Se trata de que el paciente participe en la toma de decisiones que afectan a su salud y de que a través de la información que se le proporciona pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un Centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma”.

⁹ En el ámbito de la actividad sanitaria pública la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 septiembre 2005 explica que “esta Sala tiene declarado así en Sentencia de catorce de octubre

En consecuencia, el incumplimiento total o parcial de tales deberes constituye una infracción de la *lex artis* y, por tanto, y a excepción de los casos en que por sus circunstancias esté aquél justificado, indica una incorrección en la prestación del servicio sanitario.

a) Contenido de la información/ consentimiento

Entre la jurisprudencia civil, cabe señalar la STS (Sala Civil) de 29-5-2003, que, tras indicar que la información debe referirse, como mínimo, “a las características de la intervención quirúrgica a practicar, sus riesgos, ventajas e inconvenientes, en lo que cabe incluir el pronóstico sobre las probabilidades del resultado”, añade que “si así no se hace, a fin de que el consentimiento del enfermo lo sea con conocimiento de causa bastante, se infringe la “*lex artis ad hoc*”, al violentarse el hecho esencial del contrato de arrendamiento de servicios médicos, no procediendo reducir este deber médico inevitable al rango de una mera costumbre o simple formulismo sin el contenido necesario”.

b) Carencia de información o inexistencia de consentimiento informado

No es frecuente encontrar supuestos de carencia total de información, predominando los casos en que se da al paciente una información incompleta.

Por esta misma razón es habitual que el consentimiento informado sólo resulte parcialmente eficaz, obviamente para aquellas circunstancias que el paciente tuvo ocasión de valorar de manera libre y consciente.

Los supuestos de inexistencia acreditada de consentimiento informado son cada vez menos comunes, debido a la concienciación tanto de los profesionales como de los titulares de los centros sanitarios, y a las

de dos mil dos, en la que se hace referencia a las de 2 de octubre de 1997 (recurso de casación 1109/93, fundamento jurídico primero) y 3 de octubre de 2000 que señala que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la “lex artis ad hoc” y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario que da lugar a la indemnización correspondiente cuando de la actuación del servicio público sanitario derivan secuelas de cuya posibilidad no fue informada”

consecuencias que para estos sujetos genera tal omisión.

1.- Documentos de consentimiento informado genéricos.

Es relevante la equiparación jurisprudencial de la inexistencia de información adecuada y por ende de consentimiento informado en el supuesto de “documentos de consentimiento informado genéricos”. Y ello porque lo que pretende se pretende con este instituto es que para que haya consentimiento, y, se respete, por tanto, la autonomía del paciente legalmente reconocida, es que, como condición previa inexcusable, se produzca la información precisa y necesaria que permita al enfermo libre y voluntariamente adoptar la decisión que tenga por conveniente.

Y es claro que en los supuestos de documentos de consentimiento genéricos no se dan las condiciones necesarias para ello. (STS. Sala Contencioso-Administrativo, 18-6-2004, 20-9-2005, 9-11-2005....; Sala Civil 7-3-2000, 2-7-2002, 29-5-2003, 15-11-2006... ..)

Los documentos deben ser específicos y personalizados (STS 27-4-2001, 29-5-2003 SAP Zaragoza 12-5-2003, SAP Asturias 4-11-2002... ..).

2.- La falta de información por parte de los profesionales implicados carece de consecuencias si el paciente ha adquirido por otras vías los datos necesarios¹⁰.

¹⁰ *En el caso de la STS (Sala de lo Civil) de 18-5-2006, la condena se basa en la falta de información a la madre gestante sobre los resultados de una prueba de diagnóstico prenatal. El TS relata entre los hechos declarados probados por la Audiencia Provincial que aunque el médico demandado no proporcionó a la paciente información al respecto, ella tuvo conocimiento suficientemente completo sobre la prueba a la que se sometió, por lo que el consentimiento prestado a la misma fue un consentimiento informado. Por la misma razón, la falta de información no debe conducir a una condena cuando el paciente, por su actividad profesional, tiene ya conocimiento de la información correspondiente. En la STS (Sala de lo Civil) de 10-2-2004 se indica que la Audiencia Provincial consideró probada la información fundamentalmente porque no se trataba de una persona profana en medicina, sino de una enfermera en activo. En el mismo sentido la SAN Sala contencioso de 25-5-2005 en la que la paciente (que se sometió a una estimulación ovárica) era ATS y el marido médico.*

3.- Por último, debe hacerse referencia al argumento esgrimido en ocasiones por los profesionales - o la Administración sanitaria- demandados basado en la necesidad de la intervención realizada sin información suficiente o sin el previo consentimiento informado; necesidad relacionada no con el hecho de resultar aquélla urgente, sino con el de no existir alternativa alguna de tratamiento.

La STS (Sala de lo Civil) de 8-9-2003 (en el mismo sentido STS Sala Contencioso 9-11-2005) rechaza la tesis de no atribuir consecuencias a la falta de información porque la enfermedad de la paciente no tenía otra alternativa, explica que con ella “se incurre en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan “consentimiento informado”.

En todo caso, siempre existe una alternativa para éste, que es la negativa al tratamiento o a la intervención propuestos o incluso y, también, la de posponer su realización ante la esperanza de que en el futuro pueda realizarse aquélla mediante sistemas quirúrgicos o no que puedan eliminar o reducir los riesgos existentes (como apunta la STJ Navarra Sala civil 6-9-2002)y, salvo casos excepcionales, la decisión entre ambas debe ser sólo suya, sobre la base de la necesaria información.

4.-Por otra parte, en algunas resoluciones el TS se encarga de recordar la diferencia entre la conveniencia y la urgencia de la intervención para considerar que, si se está en el primer caso, no se justifica la ausencia de información (STS Sala Civil 26-9-2000) y mucho menos, si cabe, puede justificarse la ausencia de consentimiento informado en criterios de carácter económico relacionados con el mejor aprovechamiento de los recursos (SAN Contencioso 5-6-2002)¹¹.

c) Información incompleta

Esta causa engloba la mayor parte de las reclamaciones basadas en la vulneración de los derechos de los pacientes, que entienden que la información recibida a lo largo del proceso asistencial, incluido el consentimiento informado, no cubría todos los aspectos relacionados con el tratamiento que debían haber sido informados.

1). Información incompleta sobre riesgos vinculados a un tratamiento o una intervención

Un primer supuesto de información incompleta, posiblemente el más característico, es el de la falta de información sobre algunos de los riesgos o posibles consecuencias de la aplicación de una técnica o un tratamiento, que coinciden con los que finalmente se han materializado en el caso del paciente que reclama.

En tales supuestos, una cuestión a dilucidar es la de si el deber de informar se extendía hasta el límite alegado por el reclamante, o si dicho deber se había cumplido adecuadamente a pesar de omitir algunos datos.

1”.- La STS (Sala de lo Civil) de 2-7-2002 recuerda que “es cierto que el deber de informar no tiene carácter absoluto y omnicompreensivo pero obviamente se extiende a complicaciones “previsibles y frecuentes”.

2”.-La jurisprudencia más uniforme ha señalado que habrá de informarse de los riesgos típicos e inherentes al acto médico en cuestión así como de aquellos particularmente graves, aun cuando estadísticamente no sean frecuentes, así como de los riesgos subjetivos ligados a circunstancias personales y/o profesionales del concreto paciente.

- Y es que lo relevante no es la frecuencia o porcentaje estadístico, sino la inherencia de

¹¹ La paciente había prestado su consentimiento para ser operada de hernia inguinal derecha, pero lo fue también de hernia inguinal izquierda, sin que se demuestre que hubiera consentido a ello. Ante la alegación de la Inspección Médica acerca de la eficiencia del servicio público de salud (“Su ejecución favoreció los intereses de la Seguridad Social, al minimizar el coste que hubiese supuesto su realización en dos tiempos [coste en perjuicios de pacientes en lista de espera y costes fijos de uso de qui-

rófano concertado]”) la AN responde que “las razones de economía y eficacia que la Administración invoca, perfectamente lógicas, e incluso plausibles en otras circunstancias, no pueden superponerse a la libre decisión de la paciente a ser intervenida o no de una determinada patología, máxime cuando no había ninguna urgencia ni la no intervención suponía riesgo alguno para la salud pública. Tales criterios pugnan con los postulados previstos en el artículo 10 de la IGS

los riesgos a la intervención, su tipicidad inherencia o común asociación, sea por la naturaleza de la intervención, sea por la naturaleza del procedimiento sea por las condiciones¹² personales o profesionales del paciente.

- Sin embargo no habrá responsabilidad, por una actuación conforme a la *lex artis* por la materialización de riesgos excepcionales o improbables de los que no se informó al paciente (STS-Civil 12-1-200 1).
- Así debe de calificarse (como riesgo típico) la recanalización del conducto deferente en una vasectomía (STS 25-4-1994, 7-4-2004) o recanalización en ligadura de trompas (STS 27-4-2001, 29-5-2003), aunque tal eventualidad no supere el 1% de los casos, o la lesión del nervio facial en la cirugía del oído (23-7-2003, aunque el porcentaje de presencia sea escaso. Son riesgos típicos y deben ser objeto de información.

2)- Información incompleta sobre diagnósticos o resultados de pruebas

Por su parte, la STS Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27-11-2000 explica que “un diagnóstico es, en definitiva, un dictamen y como tal avanza un parecer, una opinión, partiendo de unos datos que obtiene por diversos medios y que eleva a categoría a través de lo que el estado de la ciencia y la técnica así como el saber experimental que posea el médico actuante permiten en el momento de emitirlo. Nunca un dictamen -sea jurídico, sea médico- puede garantizar un resultado. Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un re-

sultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano.

Así ocurre en el asunto resuelto por la STS (Sala de lo Civil) de 21-12-2005 que, contradiciendo el criterio mantenido por los Tribunales de instancia, condena a los codemandados al pago a los padres demandantes de una indemnización de cincuenta y cuatro millones de pesetas más el recargo del 20% en el caso de la aseguradora, en un caso de nacimiento de hijo con síndrome de Down, a la que es le privó de datos relevantes para decidir existentes en el¹³ dictamen porque eran porcentualmente irrelevantes.

B.-La prueba del consentimiento informado

Debemos señalar al respecto las siguientes precisiones:

1.- Cuestión de hecho.

La existencia o no del preceptivo consentimiento informado del paciente, así como de la información a

¹³ *La madre se había sometido a una prueba de diagnóstico prenatal para detectar posibles anomalías genéticas al objeto de interrumpir la gestación, en su caso. Dicha prueba fue precedida de la información pertinente acerca de su finalidad (el tipo de anomalías que podían detectarse con ella), los riesgos inherentes a la misma, y la existencia de una mínima probabilidad de fracaso. La gestante firmó asimismo el oportuno consentimiento informado, y la prueba se realizó correctamente.*

La información recibida desde el centro hospitalario indicaba que el resultado era normal. La sentencia -desestimatoria- de la Audiencia Provincial de Vizcaya pone de manifiesto la existencia de un “dato perturbador” (una célula con un cromosoma de más) que “fue desechado técnicamente por carecer de importancia”.

*En suma, la Audiencia valora el problema sobre la base de un error de diagnóstico, que dadas las circunstancias considera estadísticamente explicable y compatible con una actuación plenamente adecuada a la *lex artis*, lo que conduce a su juicio a la absolución de los demandados por falta de negligencia en su actuación profesional.*

El TS, sin embargo, argumenta desde la perspectiva del derecho a la información de la madre gestante: y así el TS considera infringido el derecho de la paciente a recibir toda la información de que se disponía a consecuencia de la realización de la prueba de diagnóstico prenatal. Se está considerando con ello que los profesionales debían en cualquier caso transmitir a la interesada el resultado obtenido, sin realizar por su parte criba alguna basada en criterios probabilísticos. Entiende el Alto Tribunal que debía ser la gestante quien valorara esos resultados de cara a un eventual aborto, y que el hecho de haberse visto privada de esa facultad de decidir justifica la indemnización establecida.

¹² *STS-Civil 12-1-2001. En esta Sentencia se subraya que lo relevante no es la frecuencia o porcentaje, sino la inherencia de los riesgos a la intervención en cuestión. Y es que como señala la STJ Navarra Sala Civil de 27-10-200 1 lo relevante no es la intensidad porcentual o estadística del riesgo sino su tipicidad, inherencia o común asociación, sea por la naturaleza de la intervención, sea por la naturaleza del procedimiento sea por las condiciones personales o profesionales del paciente.*

que éste tiene derecho en relación con los datos atinentes a su salud, se considera una cuestión de hecho que en consecuencia corresponde establecer a los tribunales de instancia, y sólo accede a casación en los supuestos tasados por la jurisprudencia (STS Sala Contencioso 26-11-2004, 26-1-2006¹⁴ y multitud de ellas en la Sala de lo Civil 10-2-2004... ..).

2.-La carga de la prueba.

¹⁴ “Es sabido que en sede casacional esta Sala tiene que partir de los hechos tenidos por probados por la Sala de instancia, pues en el ámbito casacional en que nos hallamos la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia sólo puede ser combatida en supuestos muy limitados declarados taxativamente por la jurisprudencia, a saber: “a) la infracción del artículo 1214 del Código Civil (en la actualidad derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000), que puede traducirse en una vulneración de las reglas que rigen el reparto de la carga de la prueba, contenidas hoy en el artículo 217 de la misma, invocable a través del artículo 88.1.d) de la vigente LJCA, siempre que en el proceso no se hubiera desarrollado actividad probatoria ya que tal precepto no es invocable en casación, según reiterada doctrina de la Sala, cuando habiéndose practicado prueba, ésta hubiera sido valorada por el Tribunal de instancia; b) quebrantamiento de las formas esenciales del juicio con indefensión de la parte cuando, indebidamente, no se ha recibido el proceso a prueba o se ha inadmitido o declarado impertinente o dejado de practicar algún medio probatorio en concreto que tenga relevancia para la resolución definitiva del proceso; c) infracción o vulneración de las normas del ordenamiento jurídico relativas a la prueba tasada o a la llamada prueba de presunciones, d) infracción de las reglas de la sana crítica cuando la apreciación de la prueba se haya realizado de modo arbitrario o irrazonable o conduzca a resultados inverosímiles, que puede hacerse valer por el mismo cauce de infracción del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia, pues el principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos que consagra el artículo 24 de la Constitución comporta que estos errores constituyan vulneraciones del citado derecho y por ende infracciones del ordenamiento jurídico susceptibles de fiscalización por el Tribunal Supremo; e) infracción cometida cuando, al ‘socaire’ de la valoración de la prueba, se realizan valoraciones o apreciaciones erróneas de tipo jurídico, como puede ser la aplicación a los hechos que se consideran probados de conceptos jurídicos indeterminados que incorporan las normas aplicables; O errores de tipo jurídico cometidos en las valoraciones llevadas a cabo en los dictámenes periciales, documentos o informes, que, al ser aceptados por la sentencia recurrida, se convierten en infracciones del ordenamiento jurídico imputables directamente a ésta; y, por último, g) cabe también integrar la relación de hechos efectuada por la Sala de instancia cuando, respetando la apreciación de la prueba realizada por ésta, sea posible tomar en consideración algún extremo que figure en las actuaciones omitido por aquélla, el cual sea relevante para apreciar si se ha cometido o no la vulneración del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia denunciada, posibilidad actualmente reconocida por el art. 88.3 de la antecitada Ley Jurisdiccional””.

La jurisprudencia civil ha experimentado una acertada evolución desde un planteamiento inicial favorable a atribuir al demandante la carga de la prueba sobre la ausencia de información o de consentimiento informado. Actualmente, con un origen que la propia Sala primera establece en su STS 16-10-1998, el criterio es el contrario, justificándose tal inversión de la carga de la prueba con argumentos como la situación más favorable de los profesionales para aportar medios de prueba (doctrina de la mayor facilidad o disponibilidad probatoria (artículo 217 de la NLEC), o la imposibilidad de probar hechos negativos, probatio diabólica que coloca a la parte a la que se impone tal carga en una situación de indefensión contraria al principio de tutela judicial efectiva^{15 16}

¹⁵ Un exponente reciente de esta línea jurisprudencial consolidada lo constituye la 5T518-5-2006 (que reitera otras Sentencias en el mismo sentido: STS Civil 7-3-2000,2-7-2002 8-9-2003, 29-10-2004..)que culmina un proceso iniciado a instancias de unos padres tras el nacimiento de un hijo con síndrome de Down. La madre se había sometido a una amniocentesis , prueba que “dio un resultado negativo, entendiéndose como tal la no obtención de un cultivo suficiente para poder efectuar un estudio citogénico, lo que exigía la obtención de una nueva muestra de la gestante y la repetición del análisis”, pero la comunicación del resultado se produjo cuando ya no había tiempo de repetir la prueba antes de que transcurriera el plazo legal para acogerse a un eventual aborto. El médico recurrente alega infracción de la carga de la prueba en relación con el deber de informar ese resultado negativo y la posibilidad de realizar una nueva prueba, con cita de algunas sentencias.

El TS desestima el motivo ya que mantiene que la obligación de informar corresponde a los profesionales que practicaron la intervención y al Centro hospitalario. Asimismo hace recaer la carga sobre el profesional de la medicina, por ser quien se halla en situación más favorable para conseguir su prueba. todo ello al margen de que la inexistencia de información es un hecho negativo cuya demostración no puede imponerse a quien lo alega so pena de poner a su cargo una prueba que pudiera calificarse de perversa, y como tal contraria al principio de tutela efectiva por implicar indefensión, y de que la propia jurisprudencia ha ido suavizando los criterios sobre la carga de la prueba en función de la mayor o menor disponibilidad y facilidad probatoria, en la forma que hoy recoge el artículo 217 de la NLEC

¹⁶ *En el mismo sentido se pronuncia la Jurisprudencia Contenciosa en su STS 9-5-2005 al afirmar que de dicha falta de prueba debe concluirse que no se informó de los riesgos de la intervención quirúrgica y de los posibles fallos de la ligadura de trompas; ya que lo cierto es que al no haber probado la Administración que informase a la paciente observando los requisitos jurisprudencialmente exigidos, el consentimiento, aun de existir, no es bastante para entender cumplido el requisito legalmente establecido y por tanto carece de valor a efectos jurídicos.*

3.- La forma escrita como requisito ad probationem

Por lo que respecta a la existencia de consentimiento previo del paciente, existe una reiterada doctrina jurisprudencial, expresada por la Jurisprudencia Contenciosa y Civil (Sala Contenciosa 4-4-2000, 26-11-2004, 9-3-2005, 21-12-2005,7-9-2006, etc.; Sala Civil 2-7-2002, 10-2-2004, 17-11-2005) que señala:

a) La regulación legal debe interpretarse en el sentido de que se no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Es decir la forma escrita del consentimiento no resulta imprescindible si consta que efectivamente se ha prestado (STS Contencioso 14-10-2002)”, y asimismo se reconoce la plena validez del consentimiento informado verbal (debidamente acreditado) previo a una intervención médica (STS Contencioso 2 1-12-2005).

b) Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa legal tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración).

La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”.

4.- Los medios de prueba

Con independencia del deber que tanto la LGS como con la LBAP imponen con mayor o menor extensión, respecto de la necesidad de que la infor-

mación o el consentimiento informado consten por escrito, lo cierto es que en algunos casos los tribunales dan por acreditado el cumplimiento de ambos deberes a pesar de la inexistencia de constancia escrita, y con base en circunstancias que a juicio de los órganos judiciales permiten alcanzar aquella conclusión.

La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo-14-10-2002 , tras establecer que la forma escrita del consentimiento informado es prescindible si se demuestra que efectivamente se hubiera prestado, añade que para ello no es necesaria la prueba documental, sino que la información y el consentimiento pueden demostrarse por cualquier otro medio de prueba.

a) Tácita.

La STS Sala de lo Contencioso-Administrativo de 3-10-2003 presume la existencia de información y consentimiento informado -cuando en el expediente no existía constancia escrita de haberse cumplido con ninguno de los dos requisitos- a la vista del sometimiento del actor a espermigramas posteriores a la realización de la vasectomía.

En una línea similar, y a propósito del mismo tipo de intervención, se ha considerado que la alegación del demandado de haber recibido información errónea sobre el resultado del espermograma no concuerda con la propia conducta del actor -por ejemplo, el sometimiento a un nuevo análisis meses después-, lo que a su vez permite tener por probada la existencia de una correcta información por parte de la médica demandada - STS Sala de lo Civil 11-5-2001.

b) Prueba de presunciones.

La STS 14-10-2002 Sala contencioso acepta la prueba de presunciones.

En el caso, la información se tuvo por demostrada con base en las declaraciones del propio médico no discutidas en la instancia. Por su parte, el consentimiento informado “se deduce de una lógica presunción, ahora regulada en la LEC, ya que, acreditada la información sobre los riesgos de la intervención quirúrgica el día antes de ser practicada, el sometimiento efectivo del menor a ella demuestra que los padres lo consintieron aunque en el expediente administrativo

no aparezca un escrito firmado por ellos, razón por la que no podemos considerar, según la citada jurisprudencia, que haya habido un incumplimiento de la “lex artis ad hoc”.

Y En el mismo sentido la STS Sala Civil de 10-2-2004 que da gran relevancia a los datos obrantes en la historia clínica.

c) Rigor en su apreciación.

Los medios indirectos de prueba de la información o del consentimiento no deben suponer, de hecho, una relajación de la prueba de su existencia. Así se expresa la STS (Sala de lo Civil) de 26-9-2000, al exigir unos datos acreditados de suficiente relevancia probatoria.

Y la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20-4-2005 o 22-6-2005 rechaza que ante la falta prueba de la existencia de información previa, baste una referencia a lo que manifiesta el propio médico que practicó la prueba, no corroborado por otras pruebas que permitan alcanzar un “convencimiento psicologico” de que existió consentimiento informado.

C.-El daño indemnizable y la relación de causalidad.

El éxito de una demanda de responsabilidad sanitaria pasa por establecer una relación de causalidad entre la conducta del demandado/sujeto activo de la misma y el daño sufrido por el demandante.

El problema se sitúa en determinar si la falta de información o su insuficiencia son indemnizables aunque no se produzcan daños físicos.

La jurisprudencia ha seguido diversos criterios:

1.- La Jurisprudencia contenciosa administrativa ha señalado que la inexistencia de daño antijurídico como consecuencia del acto médico en que concurra la falta de información o de consentimiento informado no genera responsabilidad¹⁷. Se rechaza que la falta

¹⁷ Han existido algunas resoluciones judiciales que sostenían la postura contraria pero que han sido superadas por la corriente jurisprudencial actual. STS Sala Contencioso- 4-4-2000 (que consideraba la ausencia de información como un daño moral per se). Sala Civil 23-7-2003. SAP Barcelona 30-7-1990, 29-9-2004.

de información sea un daño moral per se indemnizable con independencia de la existencia o no de de daño antijurídico.

Así se pronuncia el TS Sala contencioso-Administrativo en STS 26-3-2002 que señala que para que haya derecho a indemnización es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico, de tal manera que si no se produce este la falta de consentimiento informado (aun constituyendo mala praxis ad hoc) no genera responsabilidad; también STS 26-2-2004, 20-4-2005, 14-12-2005, y 4-4-2006¹⁸ entre otras.

Otra corriente entiende que la falta de información o consentimiento es un daño moral per se pues se trata de “un daño moral, grave, distinto y ajeno al daños derivado de la intervención médica (STS Sala Contencioso 4-4-2000, 25-4-2005, STJ Aragón 23-5-2005, STJ Cataluña, 24-7-2003, STJ País Vasco 14-10-2005) con base en la lesión de la autonomía personal del paciente (restricción del derecho a decidir; pérdida del derecho a autodeterminarse)¹⁹ .

¹⁸ *El recurrente padece una paraplejia que se considera no imputable a los demandados sino ocasionada por un proceso infeccioso previo que aqueja al paciente. Explica la Sala que” la Administración no había probado, en suma, haber respetado los derechos del paciente en lo que respecta a la información y al consentimiento previo a la intervención. Ante esta situación, el TS recuerda cierta doctrina en virtud de la cual “aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis ad hoc, no lo es menos que tal mala praxis no puede per se dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002 que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que se afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad”.*

¹⁹ *La SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 26-2-2004 admite este planteamiento de forma expresa: “Existe por tanto un hecho imputable a la Administración, desde el momento que las secuelas se produjeron, al realizar una operación médica conforme a la lex artis, pero de la que derivaban unos riesgos de los que no fue informado el paciente, por lo que no pudo ejercitar el derecho de decidir someterse a la operación, que no revestía el carácter ni de vital ni urgente, siendo por tanto dicha lesión antijurídica ya que la inexistencia de consentimiento, no obligaba al paciente a asumir los riesgos derivados de una prestación asistencial adecuada, de lo que deriva que deba declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración”.*

Quienes defienden esta tesis señalan que la anti-juridicidad debe situarse no en el acto médico asistencial en que se inserta el consentimiento, sino en la infracción legal (lex artis) del ámbito de la información-consentimiento.

También se modera esta tesis con la introducción en nuestra jurisprudencia contenciosa de la doctrina de la pérdida de oportunidades que luego se verá (SAN 10-10-2007).

2.- La jurisprudencia civil ha señalado que STS 27-9-2001 (18-12-2003, 10-5-2006) que señala que la falta de información per se no es causa de indemnización si no hay un daño derivado.

Y en esta línea profundiza la Sala de lo Civil del TSJ Navarra de fecha 27-10-2001 señala que para que se declare la responsabilidad médica por omisión del consentimiento informado es necesario que el paciente haya sufrido, como consecuencia de una intervención conforme a la lex artis (en caso contrario estaríamos ante una responsabilidad por culpa en la actuación médica y no por falta de consentimiento), un daño derivado de un riesgo típico del cual no hubiera sido informado.

Así cabe afirmar que la falta de información permite imputar objetivamente los daños causados por un acto médico al facultativo, aunque su actuación haya sido correcta técnicamente, toda vez que el actuar sin obtener la voluntad debidamente informada del paciente, es el médico quien asume los riesgos de su actuación , o dicho de otro modo, el paciente no tiene el deber jurídico de soportar los daños causados por el acto médico.

Estas tesis se basan en la apreciación de la doctrina de la pérdida de oportunidad y el criterio de la asunción de riesgos (STS Civil 2-7-2002, 8-9-2003; STS Sala contencioso 26-4-2006...) que entiende que la relación de causalidad debe situarse entre la omisión de información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado.

3.- La doctrina de la pérdida de oportunidad.²⁰

²⁰ El expediente de la pérdida de oportunidad pretende servir

La doctrina de la pérdida de oportunidad (pérdida de oportunidad de evitar o minimizar el daño) entiende que la relación de causalidad debe situarse entre la omisión de información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado (y no entre la omisión de información y los daños materializados en la práctica médica). Esta teoría sirve también modular, en los casos condenatorios, la cuantía indemnizatoria por cuanto que lo que se indemniza es la pérdida de oportunidad del paciente de haberse sustraído a la actuación médica si hubiere conocido sus riesgos antes de llevarse a efectos, y no los daños efectivamente padecidos.

Así se ha acogido en STS 10-5-2006 ,SAP Barcelona 13-3-2007,SAN 10-10-2007, STJ Castilla La Mancha 14-5-2007.

Esta doctrina ha sido modulada, en su aplicación a los casos concretos:

1”. Se ha aplicado el criterio de la de la asunción de riesgos (STS Civil 26-9-2000, 2-7-2002, 22-6-2005-criterio de incremento del riesgo); STS Sala contencioso 9-II-2005,26-4-2006; STJ Navarra 6-9-2002, ST Galicia 30-9-2005) como criterio de imputación.

En base a este criterio se justifica que la materialización de los riesgos cuya información se omite indebidamente debe imputarse al profesional, ante la ausencia del consentimiento informado que justa-

como solución para la apreciación del nexo causal en los casos de cursos causales no verificables, en los que no es posible concluir con seguridad cuál hubiera sido el desarrollo de los acontecimientos de haberse actuado de la manera correcta. Aproximando el fenómeno que se identifica como “daño”, a la conducta establecida como “causa” pueden obviarse ciertos inconvenientes, pero a costa de crear otros.

En el ámbito sanitario, suelen relacionarse con la pérdida de oportunidad los casos de malformaciones del feto no informadas a la madre gestante dentro del plazo para acogerse al aborto eugenésico, y el retraso en el diagnóstico y tratamiento de una dolencia que merma las posibilidades de curación del paciente, aunque el primero de ellos no es realmente un supuesto de pérdida de oportunidades, sino de “opciones” y por tanto de libertad de decisión como en el resto de supuestos analizados. En cuanto al segundo, la pérdida de oportunidad parece coincidir con el criterio de imputación que valora el incremento del riesgo de un daño provocado por la conducta del demandado.

mente hubiera significado la libre y consciente asunción de los mismos por el paciente.

Aplicando este criterio, la conclusión debiera ser la de condenar por todos los daños sufridos, personales y patrimoniales, vinculados a la intervención realizada. (Igualmente cabe pensar que quienes defieren este argumento rechazan la consideración de la falta de información como un daño autónomo indemnizable per se).

Ahora bien el criterio de la asunción del riesgo no debe aplicarse sobre cualesquiera consecuencias desfavorables surgidas tras una intervención o tratamiento técnicamente correctos. Si así se hiciera, equivaldría a imponer en la práctica la necesidad de una información exhaustiva (reiteradamente desaconsejada en cuanto puede resultar contraproducente) como único medio de evitar la imputación de responsabilidad a los profesionales que, de otro modo, podrían verse obligados a responder por cualesquiera riesgos no previamente informados. Contrariamente, el profesional sólo debería asumir los riesgos negligentemente omitidos entre aquellos que forman parte de la información realmente debida (riesgos típicos).

2". Criterio de la conducta alternativa conforme a Derecho (STS Civil 21-12-2005).

Al margen del criterio de la asunción de riesgos, algunos autores proponen aplicar el criterio de la conducta alternativa conforme a derecho, en virtud del cual no cabe imputar un daño a quien incumple una norma si, considerando la conducta conforme a derecho, el resultado hubiera sido el mismo (propia-mente no habría pérdida de oportunidad).

Ello implica valorar lo que hubiera decidido el paciente en el caso de haber contado con la información omitida, o de haberle sido pedido el consentimiento previo.

Para beneficiarse de este criterio, será el demandado quien debiera probar que sin lugar a dudas el desarrollo de los acontecimientos no se habría visto alterado (STS Sala Contencioso 2-3-2005, SAN

Contencioso 6-2-2002, STJ Cataluña Contencioso 10-01-2006²¹ ...)

3". La mera frustración de posibilidades no debe ser indemnizada cuando finalmente el interesado alcanza la ventaja esperada pues en este caso sencillamente no hay daño antijurídico o bien sencillamente no hay pérdida de oportunidad alguna en sentido propio.

4.- Cuantificación.

a) Es posible, en atención a su distinta naturaleza, determinar una indemnización específica por la falta de información! consentimiento además de la correspondiente al daño antijurídico a la salud del paciente por la intervención médica, cuando concurren ambos y ambos sean indemnizables.

En los casos de diligencia en la praxis médica pero falta de información algunas decisiones jurisprudenciales ha situado la indemnización en el incumplimiento de la obligación de informar estableciendo la indemnización en base a la doctrina de la pérdida de oportunidad en una cantidad distinta del daño final sufrido (STS 10-65-2006, SAP Barcelona 1 3-5-2007, SAP Cantabria 19-11-2004,SAN 10-10-2007, STJ Castilla-La Mancha 4-5-2007..). Otras en base al criterio de la asunción del riesgo estiman indemnizables tanto el daño corporal materializado como el derivado de la pérdida de oportunidad (STS Contencioso 9-9-2005, Sala civil 26-9-2000, 2-7-2002..).

Quizá conjugando ambas tesis cabría restringir los casos en que se indemnizan ambos conceptos a

²¹ *A propósito de un caso de falta de información a la madre gestante sobre las pruebas que podían haber conducido al diagnóstico de síndrome de Down en el hijo, establece que "un seguimiento ecográfico adecuado hubiera llevado a la posibilidad de un diagnóstico del síndrome, en la medida en que no es presumible un rechazo de la paciente a someterse a la amniocentesis cuando el riesgo era del 1% o inferior, y que en tal circunstancia se hubiera podido ofrecer la información completa a fin de que la recurrente estuviera en condiciones de tomar una decisión sobre la interrupción del embarazo, hay que concluir que efectivamente fue aquella defectuosa praxis la desencadenante de una ausencia de información en los términos exigidos por el artículo 10 de la LGS que situara a la paciente en las exigibles condiciones para decidir sobre la interrupción, o no, de su embarazo". La indemnización incluye daños morales y patrimoniales que se valoran en trescientos sesenta mil seiscientos ocho euros.*

aquellos casos en los que la intervención no era radicalmente ineludible y necesaria, o se privó groseramente del poder de decisión al paciente (o al menos considerar este extrema relevancia en la indemnización del distinto daño moral por falta de información).

b) En el cálculo (pérdida de oportunidad) deberán tenerse en cuenta el estado previo del paciente, el pronóstico o gravedad de su proceso patológico, las alternativas terapéuticas existentes, la necesidad de la actuación médica, la entidad del riesgo típico acaecido y la probabilidad de que el paciente-razonable hubiera consentido el acto médico de haber mediado la información omitida-juicio de verosimilitud- entre otras (STS 2-7-2002, 8-9-2003, 21-12-2005, 17-11-2005, SAP Asturias 7-12-2000...).

c) Criterios de cuantificación.

La existencia de un baremo de valoración de daños en el ámbito de la circulación de vehículos a motor ha llevado a los Tribunales a su aplicación con carácter orientativo.

- No obstante el TS (en sentencias de 20-6-2003, 12-2-2004) ya ha señalado la doctrina uniforme de la inaplicabilidad de tal baremo a otros ámbitos de la responsabilidad por la específica naturaleza de los daños a que se refiere el citado baremo.

- En cualquier caso conjugando tal doctrina del TS con la existencia del citado baremo los Tribunales vienen aplicando el citado baremo con carácter meramente orientativo y ajustando los conceptos e indemnizaciones a la naturaleza de la responsabilidad que nos ocupa y a las circunstancias del caso concreto (SAP Baleares 4-4-2000, STSJ Galicia 21-5-2003, STJ Cataluña 3-10-2003, STS Civil 8-3-2004, STS Contencioso 21-10-2005

D.-El consentimiento informado en la medicina satisfactiva.

Es doctrina reiterada que el deber de información se agrava en los actos médicos que no vienen motivados por necesidades de salud, sino por el deseo de “mejorar un aspecto físico o estético” o para la “transformación de una actividad biológica” como la sexual (medicina voluntaria o satisfactiva) lo que se justifica en parte por la mayor libertad de opción que

tienen los pacientes en estos casos y en parte también por el recelo que la contratación privada de este tipo de servicios provoca en relación con los procedimientos que los prestadores de los mismos puedan utilizar para captar clientes y, con ellos, beneficios económicos. (STS Civil 11-5-2001, 7-4-2004, 21-10-2005, 4-10-2006...; TS Sala contencioso 3-10-2000), señalándose por algunos autores que el grado de rigidez en la apreciación de la responsabilidad debe ser máximo hasta el punto de exigirse la responsabilidad no solo por los daños típicos previsibles sino también en los atípicos.²²

²² Señala el Magistrado del TS SR. Peces Morate: “Esta diferenciación, proveniente de la jurisprudencia civil, entre medicina satisfactiva y asistencial penetró en la doctrina sobre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria para explicar el distinto contenido que en una y en otra habría de tener la información y su falta (Sentencia de la Sala Tercera de 3 de octubre de 2000-recurso 3905/96).

A la medicina curativa o asistencial se la define como una medicina de medios que persigue la curación y a la segunda como una medicina de resultados a la que se acude voluntariamente para lograr una transformación satisfactiva del propio cuerpo. En la primera la diligencia del médico consiste en emplear todos los medios a su alcance para conseguir la curación del paciente, que es su objetivo. En la segunda no es la necesidad la que lleva a someterse a ella, sino la voluntad de conseguir un beneficio estético o funcional, lo que acentúa la obligación del facultativo de obtener un resultado e informar sobre los riesgos o pormenores de la intervención.

Esta distinción llevó a la jurisdicción civil a identificar la cirugía asistencial con la “*locatio operarum*”, y a la cirugía satisfactiva con la “*locatio operis*” con el consiguiente reconocimiento en este caso de la responsabilidad que comporta la obtención de un buen resultado, o, en palabras de la Sala Primera del Tribunal Supremo! 1-2-1997, de un cumplimiento exacto del contrato en vez de un cumplimiento defectuoso.

El resultado, en la cirugía satisfactiva, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio normativo de la

intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone una concatenación de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud y conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquél en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. El criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias.

Las consecuencias que la citada Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 (recurso 3905/96) derivó de esa diferencia fueron que el carácter satisfactivo del acto médico quirúrgico, consistente en una vasectomía, requería una intensificación de la obligación de informar al paciente tanto del posible riesgo inherente a la intervención como de las posibilidades de que la misma comporte la obtención del resultado que se busca, y de los cuidados, actividades y análisis que resulten

precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la intervención, de modo que en estos casos la ausencia de información, que vicia el consentimiento, no es sólo la del riesgo de fracaso, sino también la de posibles consecuencias negativas que el abandono del tratamiento postoperatorio del paciente, hasta el momento en que éste pueda ser dado de alta, puede tener, así como la necesidad o conveniencia de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resulten necesarios para advertir a tiempo, en la medida de lo posible, el fracaso tardío que pueda existir y conducir a la necesidad de una nueva intervención o de atenerse en la conducta personal a las consecuencias de haber recuperado la capacidad reproductora.

EL RÉGIMEN DE EXCLUSIVIDAD DEL PERSONAL MÉDICO EN LOS SERVICIOS DE SALUD PÚBLICA EN EL CONTEXTO DE LA UNIÓN EUROPEA *

Sagrario Pérez Castellanos
Asesora Parlamentaria. Congreso de los Diputados

Encuentro que la medicina es el oficio mejor pagado, puesto que se haga bien o se haga mal, siempre se paga lo mismo...."

“Je trouve que la médecine est le métier le meilleur de tous; car, soit qu'on fasse bien ou soit qu'on fasse mal, on est toujours payé de même sorte...”

Molière, *El Médico a palos*

INTRODUCCION

El tema objeto de esta ponencia está íntimamente vinculado a un concepto, el de “servicios socia/es’ Se trata de tomar en consideración los pronunciamientos que organismos internacionales, tanto de carácter profesional como transversal, han realizado en relación con las remuneraciones de los servicios de asistencia médica en los sistemas nacionales de salud, como paso previos a la descripción de la situación en países de nuestro entorno europeo.

Principios de la AMM sobre la prestación de atención médica en cualquier sistema nacional de salud

La Asociación Médica Mundial (AMM) ha establecido una serie de principios sobre la consideración que la atención médica merece en cualquier sistema nacional de salud:

- Debe garantizarse la **independencia** moral, profesional y **económica** del médico.
- Cuando la **remuneración** de los servicios médicos en cualquier sistema nacional de atención de la salud no ha sido estipulada por acuerdo directo entre el paciente y el médico, la **autoridad** encargada de la **remuneración** debe compensar adecuadamente al médico.

* Ponencia presentada en el XVII Congreso “Derecho y Salud”, celebrado en Pamplona en noviembre de 2008

- La remuneración de los servicios médicos debe tomar en consideración **los servicios prestados** y no debe ser determinada solamente por la posición financiera del organismo encargado del pago, o conformarse a decisiones unilaterales del gobierno: ella debe ser aceptable para el grupo que representa a la profesión médica.
- La **revisión** de los servicios médicos con el propósito de garantizar la calidad, o la utilización de los servicios, tanto en cuanto a la cantidad como al costo, deben ser realizadas **solamente por médicos** y se deben medir según las normas locales o regionales y no según las normas nacionales.

Recomendación de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) sobre la Asistencia Médica

En Filadelfia (1944), la OIT emitió una recomendación sobre las condiciones de trabajo y situación de los médicos y de los miembros de profesiones afines que recoge:

- Las **condiciones de trabajo de los médicos** y de los miembros de las profesiones afines que colaboren con el servicio deberían **tender a alejar** del médico u otro colaborador **cualquier preocupación de orden económico**, garantizándole ingresos suficientes durante los períodos de trabajo, vacaciones, enfermedad y retiro y garantizando pensiones a sus supervivientes, sin limitar su discreción profesional, a no ser mediante la vigilancia profesional, y no deberían desviar la atención del médico u otro colaborador del mantenimiento y mejoría de la salud de los beneficiarios.
- Sería **conveniente que los médicos generales, especialistas y dentistas** que trabajen para un servicio de asistencia médica que ampare a toda o a una gran parte de la población **fuesen empleados con sueldo por tiempo completo**, con garantías suficientes en materia de vacaciones, enfermedad, vejez y muerte, a condición de que la profesión

médica esté adecuadamente representada en el organismo que los emplee.

- Cuando **los médicos generales o los dentistas dedicados a la práctica privada** de la profesión trabajen **parte del tiempo en un servicio de asistencia** médica que cuente con un número suficientemente elevado de beneficiarios, sería conveniente pagarles una **suma básica fija**, por año, otorgándoles garantías suficientes en materia de vacaciones, enfermedad, vejez y muerte. Esta suma podrá aumentarse, si se considerase conveniente, con honorarios fijos por cada persona o familia confiada a la asistencia del médico o dentista.
- Cuando los especialistas dedicados a la práctica privada de la profesión trabajen parte del tiempo en un servicio de asistencia médica que cuente con un número considerable de beneficiarios, sería conveniente remunerarlos **con una suma proporcional a las horas de trabajo consagradas al servicio** (salario por tiempo parcial).
- Cuando los médicos y dentistas dedicados a la práctica privada de la profesión trabajen parte del tiempo en un servicio de asistencia médica que no cuente sino con un pequeño número de beneficiarios, sería conveniente remunerarlos **por los servicios efectuados**.

UNIÓN EUROPEA

La asistencia a la salud ha venido recogiendo en los Tratados de la Unión. En este apartado se expresan los dos Tratados más importantes actualmente porque uno aún está en vigor (TCC) y otro está en vías de aprobación (TL)

- TRATADO CONSTITUTIVO DE LA COMUNIDAD EUROPEA (TCC)

Art 152

La acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de

los Estados miembros en materia de organización y suministro de servicios sanitarios y asistencia médica.

- TRATADO DE LISBOA (TL)

Art 127

La acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios...

PERSPECTIVA EUROPEA

Actualmente la Comisión está trabajando en un **Libro Verde**, sobre los profesionales de la salud en la UE como reflexión sobre la planificación y disponibilidad de los recursos humanos en el sector sanitario y sobre las repercusiones de la movilidad del personal sanitario tanto en cada Estado miembro como a escala de la UE.

Por otra parte se ha lanzado un **Proyecto UE, piloto**, sobre la **Nueva situación del empleo en el sector de la salud**: Buenas prácticas para mejorar la formación profesional y las cualificaciones del personal sanitario y su remuneración Decisión 2008/773/CE con los siguientes objetivos políticos: la autoridad presupuestaria pide a la Comisión que use los créditos disponibles (con cargo a la línea presupuestaria 04 04 11) para financiar iniciativas que contribuyan a abordar la nueva situación de empleo en el sector sanitario, especialmente por lo que respecta a las cualificaciones profesionales y las tareas que llevan a cabo los profesionales de la salud, incluido el personal de enfermería y auxiliar. Dichas medidas comprenden:

- Analizar factores y políticas que permitan abordar mejor la necesidad de medidas para aumentar la oferta y mejorar la cualificación del personal sanitario a largo plazo,
- Fomentar políticas de intercambio y prácticas adecuadas para hacer frente al incremento de la

demanda asistencial debido al cambio demográfico,

- Financiar iniciativas para estudiar las repercusiones de la movilidad transfronteriza en los servicios de asistencia sanitaria,

Prestar atención a los efectos de los niveles de remuneración diferentes que puedan surgir en este contexto, mediante estudios, reuniones con expertos y una campaña de información. Asimismo ha de encontrarse una solución para mantener el nivel asistencial de los sistemas sanitarios nacionales.

Las tareas del proyecto coinciden con el Libro Verde sobre los profesionales de la salud en la UE, previsto por la Comisión, con el que se abrirá un proceso de reflexión sobre la planificación y disponibilidad de los recursos humanos en el sector sanitario y sobre las repercusiones de la movilidad del personal sanitario tanto en cada Estado miembro como a escala de la UE.

CRITERIOS DE SELECCIÓN DE PAÍSES

A los efectos de la comparativa, se han tenido en cuenta los siguientes criterios de selección:

- Que los países pertenecieran a la zona euro
- Que dispusieran de una conformación territorial, referida a la organización administrativa, similar a la de España.
- Que la asistencia sanitaria cuente con garantía de financiación pública.

En este sentido se han seleccionado para realizar la comparativa los siguientes países: Alemania, Francia, Italia, Bélgica. Además se ha añadido el Reino Unido porque, aún no cumpliendo todos los criterios de selección fijados, el sistema nacional de salud está muy desarrollado y a él se recurre a la hora de evaluar o comparar otros modelos.

ALEMANIA

Es uno de los Sistemas considerados de los más coste efectivos (por delante de Canadá y EEUU).

Algunas de sus características son:

a) La cobertura se basa en cotizaciones de los trabajadores a la Seguridad Social. Los ciudadanos con más renta pueden acceder al sistema de seguros de salud privado pero bajo determinadas condiciones.

b) Las decisiones en materia de financiación de las prestaciones se toman de forma compartida entre los Landers (Gobiernos regionales), el Gobierno federal y las organizaciones profesionales y mutuas.

A nivel federal, se fijan los precios y estándares y, a nivel regional, negocian el control y las sanciones.

c) Se asegura un mismo nivel de calidad asistencial porque son los mismos hospitales los que atienden pacientes públicos y privados, aunque algunos hospitales cuentan con áreas para uso exclusivo por pacientes privados.

d) Las listas de espera, salvo en casos puntuales, no existen.

e) Los médicos pueden trabajar en la práctica privada o en hospitales. Los que trabajan en hospitales son empleados del propio hospital, el resto trabaja como autónomo.

Algunos de estos autónomos trabajan con hospitales de referencia, en los que tienen algunas camas reservadas para sus propios pacientes.

Desde 2003 se viene produciendo una periódica congelación de salarios para la contención de costes. También hay una legislación estatal que impone limitaciones muy estrictas en los gastos hospitalarios y sobre la actividad de prescripción farmacológica (tipo y número), lo que está provocando que, con cierta frecuencia, se produzca el éxodo de médicos buscando mejores oportunidades salariales o situaciones de fraude, como los recientes escándalos sobre facturación de actos no realizados, o casos de mala praxis.

Se han producido situaciones de deuda, e incluso insolvencia, que han repercutido en la provisión de servicios sanitarios.

FRANCIA

Se trata de un sistema de cobertura basado en las cotizaciones a la seguridad social y que es gestionado por mutuas (fondos aseguradores).

El nivel de atención primaria (AP) no es de provisión pública sino que lo proporcionan facultativos en ejercicio privado o libre.

Los médicos en ejercicio libre son remunerados por servicio. Uno de los problemas que resultan más recurrentes en Francia es cómo incentivar el trabajo de estos profesionales. Se ha intentado elaborar un marco general para la remuneración de sus servicios. La mayoría trabajan bajo un acuerdo entre los asegurados y los fondos aseguradores. El método de pago y la cantidad que reciben deberían ser conformes a estos acuerdos o a las condiciones contractuales mínimas que el gobierno establece en ausencia de este tipo de acuerdos.

Estos acuerdos tienen una validez de 4 o 5 años. Desde 1998 hay dos acuerdos: Uno para los médicos generales y otro para los especialistas, aunque el método de pago es el mismo para ambos tipos de acuerdos. En estos acuerdos se marca un objetivo a cumplir, por encima del cual no pueden incrementarse las tarifaciones. En caso de que los techos anuales individuales se superen, deben reintegrarse las partes proporcionales a los fondos aseguradores.

Puesto que a los médicos en ejercicio libre se les paga por servicio, sus ingresos dependerán del número, tipo y precio de los mismos.

Recientemente se han reformado los acuerdos y se han establecido tres niveles:

- El primero establece reglas comunes para todos los colectivos profesionales.
- El segundo establece cláusulas especiales para cada colectivo profesional.
- Si un colectivo profesional no firma el acuerdo, el tercer nivel permitirá a los fondos aseguradores de salud establecer contratos con los profesionales particulares para el desarrollo de programas públicos por los que recibirán emolumentos adicionales.

Los profesionales sanitarios no pueden aplicar los precios de forma libre, deben aplicar los costes oficiales marcados en los acuerdos, sin embargo hay excepciones para los que solicitan la posibilidad de sobrepasar estas cantidades de forma estable o en casos excepcionales. Hay una comisión responsable de revisar estas tarifas oficiales. La tarificación se basa en la actividad que debe realizar el profesional, por ejemplo, visita en consulta o domiciliaria, servicios de urgencia,...

Desde 2002 los acuerdos se centran en buenas prácticas para combatir el aumento de los costes sanitarios (visitas de control visitas a domicilio, prescripciones farmacéuticas,...) Se establecen los *médicos de referencia* que son los que se utilizan como ejemplo de buenas prácticas y reciben una suma adicional al año de los fondos aseguradores.

Para el ejercicio de la Medicina Hospitalaria se precisa estar en posesión de una titulación específica y el sistema de acceso es por concurso. Se trata de un ejercicio asalariado a tiempo completo o a tiempo parcial. También existen los médicos de enseñanza universitaria.

Hay puestos de cobertura prioritaria, que son las especialidades de que mayor dificultad en su provisión. El Ministro de salud, junto con los directores de las agencias regionales de hospitalización, establece una lista de este tipo de puestos. Las vacantes se publican y los médicos hospitalarios que son nombrados para estos puestos firman un contrato con la dirección del hospital por cinco años, por una sola vez. Estos puestos cuentan con un sistema de retribución especial, y también les beneficia en su carrera profesional, otorgándoles el avance de un nivel (para el que normalmente se requieren dos años) y de 5 días más de vacaciones para formación que en otros puestos.

Un médico hospitalario, puede trabajar en varios hospitales tanto públicos como concertados, si así se recoge en su acuerdo o contrato con el centro hospitalario. Las modalidades de reparto de su tiempo de actividad y la fracción de emolumentos se deciden por un comité integrado por las direcciones médicas de cada establecimiento donde solicita ejercer.

Sin embargo, está prohibido que mantengan intereses propios o por cuenta ajena que pueda comprometer su independencia, especialmente la posesión de una consulta particular, una oficina de farmacia, un laboratorio privado o cualquier otra actividad privada en cualquier establecimiento sanitario privado. Por lo tanto, no le está permitido el ejercicio de su actividad médica en una sociedad médica privada.

Los médicos hospitalarios pueden recibir emolumentos privados en los siguientes casos:

- a) Producción de trabajos científicos, obras literarias o artísticas.
- b) Actividades consideradas de interés general, uno o dos medias jornadas a la semana.
- c) Actividades de enseñanza y de investigación en calidad de asociado a media jornada.
- d) Actividades de formación de mutualistas
- e) Actividades de peritaje para organismos públicos o privados,

Los médicos hospitalarios tienen condiciones laborales similares a las de los funcionarios. Sus remuneraciones dependen de la categoría:

- Médicos de hospitales universitarios cobran, casi a partes iguales, por la universidad y el hospital, en función de sus responsabilidades. El nivel de retribuciones se corresponde con el grado y antigüedad.
- Médicos hospitalarios a tiempo parcial o completo, reciben su salario de acuerdo con su antigüedad y el tiempo de trabajo y reciben pago por guardias.
- Médicos agregados (externos) que trabajan en hospitales de forma intermitente que son retribuidos mensualmente de forma proporcional a las sesiones que ellos realizan, y lo mismo por las guardias.

Es decir, los médicos pueden recibir sus remuneraciones de numerosas estructuras: colectividades territoriales, organismos estatales y públicos, organismos de investigación o empresas.

A los médicos hospitalarios se les autoriza a la práctica privada dentro del hospital. Los servicios los cobra el hospital que transfiere al médico la parte que

le corresponde, una vez descontados los gastos de administración.

Los médicos hospitalarios, a tiempo parcial, pueden tener consulta privada en el hospital en el que ejercen o por cuenta propia. Así mismo pueden ejercer otra actividad asalariada, fuera del hospital. En ningún caso, su actividad pública puede ser usada para la captación de clientes propios. Los médicos de práctica libre son remunerados por acto.

Para ser médico hospitalario a tiempo parcial hay que tener un mínimo de tres años de servicio efectivo en el mismo servicio hospitalario salvo derogación excepcional. Suelen ser médicos hospitalarios a tiempo completo que llevan 3 años en el mismo servicio.

ITALIA

Cuenta con un SNS de titularidad pública con niveles de atención primaria y secundaria (especializada). El organismo pagador depende del SNS. Hay un diferente sistema de pago según el nivel (primaria o secundaria)

La estructura de pagos de los médicos depende del sector del SNS que trabajen.

Los médicos generales y los pediatras que trabajan en el nivel de atención primaria del sistema de salud nacional, son retribuidos en base mayoritariamente capitativa. Pueden trabajar a tiempo completo o parcial y el sistema capitativo se puede complementar con algunas retribuciones, acordadas a nivel nacional, de las unidades sanitarias locales por la provisión de cuidados programados para determinados pacientes, como el cuidado domiciliario de enfermos crónicos, discapacitados,... Además pueden complementar sus ingresos con consultas privadas, siempre y cuando no interfieran su actividad pública.

Los niveles de pago, obligaciones y responsabilidades se determinan por acuerdo colectivo, cada 3 años, por consulta entre el Gobierno central y las asociaciones profesionales. En el acuerdo también se fijan el máximo de pacientes que cada facultativo puede tener atribuido (1500 para los generalistas y 800 para los pediatras a tiempo completo y 500/400 para los a tiempo parcial). Estas cifras se pueden ver

reducidas si se dedican más de 5 h a la semana a la actividad privada (37,5 pacientes por cada hora adicional).

No obstante, todavía coexisten ratios superiores derivados de leyes previas.

A partir de 1999, las guardias médicas son realizadas por cualquier generalista, de forma que hay servicio médico en régimen 24h/7 días y existen incentivos al asociacionismo. Desde esta misma fecha y con el objeto de reducir los costes sanitarios se crearon incentivos divididos en tres partes: fija, variable y adicional.

La parte fija se determina en base capítativa. La variable se calcula por servicios y la adicional, a modo de recompensa, en razón del coste efectividad, calculando una proporción de la diferencia positiva entre lo esperado y el coste realmente efectuado, incluyendo los medicamentos, las pruebas laboratorios, los tratamientos prescritos... Las partes fija y variable son determinadas a nivel nacional pero cada región decide si aplicar los gastos presupuestados o calcularlos por sí misma. El histórico de gasto, las características demográficas y los indicadores epidemiológicos son propuestos como variables para estimar el gasto esperado. Para los pediatras la parte fija es más alta porque se les asignan menos pacientes.

Los médicos de nivel especializado son retribuidos mediante salario mensual, basado en cumplimiento objetivos y responsabilidades desempeñadas. En 1992 se llevó a cabo una gran reforma en la estructura de personal de los hospitales reemplazando algunas profesiones por facultativos de primer y segundo nivel. Todo nuevo facultativo comienza en el primer nivel, desempeñando obligaciones de apoyo y cooperación definidas por el médico jefe de unidad.

Los facultativos del segundo nivel generalmente tienen obligaciones relacionadas con la organización y la gestión del hospital. Además colaboran en la elección de la terapia, el diagnóstico y los tratamientos preventivos para los pacientes.

Los salarios son pagados por el hospital, siguiendo una estructura jerárquica en los dos niveles, que deben hacer guardias de noche y fin de semana. El salario incluye guardias noche y localizadas festivos

Les está permitida la atención a pacientes privados, en el mismo hospital, en régimen de pago por servicio y entregando parte del beneficio al hospital. El hospital está obligado a reservar del 6-12% camas para estas actividades.

Los puestos directivos de gestión están reservados a los médicos en régimen de "exclusividad".

REINO UNIDO

Cuenta con una atención primaria muy desarrollada con médicos generales y personal asociado como parte del SNS. El principal empleador de médicos es el Sistema Nacional de Salud.

El nivel de cobertura de la población es del 99% y se proveen servicios 24 h.

Hay libre elección de médico pero dentro del área.

Los médicos generales son los que realizan la derivación a los especialistas (función de puerta de entrada).

Hay un comité que revisa, controla y difunde las prácticas médicas.

Desde 1990 se ha tratado de incrementar el papel de los médicos generales en materia de salud pública, ofreciendo incentivos económicos por logros de inmunización o despitaje de enfermedades. Así mismo se han introducido sistemas de pago a modo de contrato por objetivos.

Los contratos de los médicos generales son negociados a nivel nacional, entre las organizaciones representantes y el Gobierno.

El sistema de retribución actual es mixto, con una parte fija, otra capítativa y otra variable por determinados servicios. Los médicos generales actúan como autónomos a la hora de contratar con el SNS. Las cuantías son revisadas anualmente, por un Organismo que integra a médicos y dentistas y que elabora recomendaciones para el gobierno. Por lo tanto, los médicos generales no reciben un salario como tal pero son retribuidos a través de un sistema diseñado para el crecimiento progresivo de ingresos de la media de generalistas. Los elementos básicos del sistema

son la capitación que se pagan anualmente en función de la lista de pacientes, que supone la mitad de los ingresos del médico y que actúa como elemento de evaluación de calidad, al tener que atraer y fidelizar pacientes; le siguen las “concesiones” que incluye las básicas por las que se reconocen los gastos mínimos para la práctica del servicio, pagos por participación y logro de objetivos en programas de salud nacionales, individuales o comunitarios y pagos por servicios concretos y específicos.

A partir de 1997, se introdujeron los *Servicios Médicos Piloto*, que permiten el contrato directo de las autoridades sanitarias con los médicos generales sobre la base de una dimensión mucho más local y que permiten explorar nuevos sistemas de retribución de los médicos generales, especialmente en una evolución hacia el asalariado.

Hay muy poca actividad privada entre los médicos generalistas (unos 200 en todo el país, mayoritariamente en Londres). Las principales causas son que no les está permitido atender privadamente a los pacientes de cupo, ni prescribir con recetas del NHS y hay muy pocas aseguradoras que cubran los cuidados primarios.

Por el contrario, los médicos hospitalarios son empleados directamente por el SNS, bajo un marco de salarios. Las escalas de salarios son determinadas por el Gobierno anualmente tendiendo en cuenta las recomendaciones del Organismo de revisión antes mencionado. A algunos especialistas (por ejemplo, los seniors) se les permite un extra, de hasta el 10% de sus ingresos, por ejercicio de la medicina privada.

A los especialistas a tiempo parcial se les permite el ejercicio privado sin restricción sobre los ingresos a condición de la renuncia al sueldo correspondiente a un día a la semana. Esto ha provocado un extenso debate en UK sobre los efectos perversos de la combinación de ingresos privados y del SNS, especialmente por la tendencia a reducir el trabajo en el sistema público. Sin embargo, la evidencia de que esto ocurra o esté ocurriendo es bastante baja.

Además de las retribuciones básicas, existe un sistema de reconocimiento de especialistas selectos, bajo un sistema de evaluación por pares. Este sistema

puede suponer un gran aumento de los ingresos pero se ha visto muy criticado por estar basado en la actividad científica y mucho menos en la actividad clínica.

De hecho, todo el sistema está en proceso de revisión.

BÉLGICA

La mayoría de los médicos generales son proveedores privados, ya que no se les permite trabajar en los hospitales salvo que trabajen en unidades de maternidad.

No existe un sistema de referencia y los ciudadanos tienen libre elección de médico general y especialista, pudiendo este convertirse en el primer contacto con el sistema sanitario.

El mecanismo de financiación hospitalaria es el mismo para los establecimientos públicos y privados, aunque los primeros tienen unas reglas más estrictas y sus déficit son cubiertos de inmediato por las autoridades locales, únicas o con carácter comarcal, a través de sus impuestos.

La financiación está cubierta por dos sistemas que coexisten: los administrativos y de atención no médica, basada en las cuotas mutualistas por día y paciente y los servicios médicos que son abonados en un sistema de facturación libre. El paciente debe solicitar el reembolso, fijado por módulos estatales, a la mutua a la que esté afiliado.

La mayoría de los médicos, por tanto, reciben pagos directos del paciente por sus servicios.

Menos de 1% de los médicos son asalariados. La mayoría de estos trabaja en esquemas de cuidados médicos integrados, de su propiedad y gestionados por ellos mismos, que cobran del Estado en base caritativa.

El resto trabaja en servicios de salud pública o social, generalmente en hospitales universitarios.

Los especialistas abonan un porcentaje de su facturación al hospital en compensación por el uso del espacio, equipos, ayudantes y otros servicios comunes.

Se trata de acuerdos personales influidos por el número de especialistas, la capacidad del hospital, su reputación, la del profesional,...

Además existe un fondo de facturación común que se reparte entre todos los médicos del hospital, mensualmente.

El montante de las cargas al paciente son el producto de la negociación del Comité Nacional de Mutuas y Doctores, que se revisa cada dos años, y que debe ser ratificado por el Ministerio de Asuntos Sociales. Sólo entra en vigor si hay un % alto de facultativos que lo aceptan. Los que lo aceptan pasan a calificarse como “adheridos” y se comprometen a respetar los precios, aunque se les puede autorizar a excederlos, dependiendo de el tiempo o sitio de la consulta o el estatus económico del paciente. Incluso pueden firmar una “adhesión” limitada a tiempos y lugares.

Con este sistema se trata de reducir la competencia por precios, ya que se pactan lo mínimos para evitar que haya bajas temerarias. Sin embargo, no existe límite para el cobro por encima de lo convenido.

BIBLIOGRAFIA

- Department of Health (United Kingdom):
<http://www.dh.gov.uk/en/index.htm>
- European Observatory on Health Systems and Policies. *HiT country profiles*:
<http://www.euro.who.int/observatory>
- Federal Ministry for Health (Germany):
<http://www.bmg.bund.de>
- Ministère de la Santé, de la Jeunesse, des Sports et de la Vie associative:
<http://www.sante-jeunesse-sports.gouv.fr>
- Ministero Della salute:
<http://www.ministerosalute.it>
- Portal de la santé en Belgique:
<https://portal.health.fgov.be/>

MESAS DE TRABAJO

RECURSOS HUMANOS

LA JUBILACION DEL PERSONAL SANITARIO

Juana Fernández Refoyo
Jefa del Servicio de Desarrollo Profesional.
Organización central Osakidetza

Sumario: 1.- INTRODUCCION: CONCEPTO Y CLASIFICACION DEL PERSONAL SANITARIO. 2.- TIPOS DE JUBILACION: JUBILACION FORZOSA. 3.- JUBILACION VOLUNTARIA. 4.- LA JUBILACION PARCIAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL. 5.- LA JUBILACION PARCIAL EN OSAKIDETZA. 6.- CONCLUSIONES

1.- CONCEPTO Y CLASIFICACION DE PERSONAL SANITARIO

Ley 44/2003, de 21 de noviembre (Art. 2 y 3) Y LEY 55/2003 de 16 de Diciembre (Art. 6.

“Es personal sanitario el que ostenta esta condición en virtud de nombramiento expedido para el ejercicio de una profesión o especialidad sanitaria.”

“Atendiendo al nivel académico del título exigido para el ingreso, el personal estatutario sanitario se clasifica de la siguiente forma:

- A. Personal de formación universitaria:*
- B. Personal de formación profesional:*

Respecto a la clasificación de este personal sobre la base del Régimen Jurídico que les es de aplicación existen fundamentalmente tres clases:

- *Estatutario*
- *Funcionario*
- *Laboral*

1.- TIPOS DE JUBILACION: JUBILACION FORZOSA

Art. 26 del Estatuto Marco:

1º.- La jubilación puede ser forzosa o voluntaria.

2º.- La jubilación forzosa se declarará al cumplir la edad de 65 años

Se establece una regla general que de forma categórica señala que al cumplir los 65 años se “*declarará la jubilación forzosa*”, pero la misma norma establece una posibilidad excepcional de permanecer en el servicio activo siempre que se den unos condicionantes o requisitos:

- Que lo solicite el interesado, es una prolongación voluntaria.
- Hasta cumplir la edad de 70 años.
- Que quede acreditado que reúne la capacidad funcional necesaria.
- Que cuente con la autorización del Servicio de salud supeditada a las necesidades de la organización.

1.- TIPOS DE JUBILACION: JUBILACION FORZOSA (II)

Otro supuesto de prorroga en el servicio activo, igualmente a instancias del interesado y también con acreditación de la capacidad necesaria para el ejercicio de la profesión, es cuando en el momento de cumplir la edad de jubilación forzosa, resten 6 años o menos de cotización para prestar pensión de jubilación.

No podrá prorrogarse más allá del día en el que complete el tiempo de cotización.

3.- JUBILACION VOLUNTARIA

La jubilación voluntaria está regulada básicamente, como hemos comentado, en el Estatuto Marco que señala en el Art. 26.

“4. Podrá optar a la jubilación voluntaria, total o parcial, el personal estatutario que reúna los requisitos establecidos en la legislación de Seguridad Social. Los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer mecanismos para el personal estatutario que se acoja a esta jubilación como

consecuencia de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos.”

En este apartado, destacar el supuesto de jubilación anticipada del personal sanitario no facultativo, regulado en el Art. 151 de la Orden de 26 de abril de 1973, y que mantiene su vigencia en virtud de la disposición derogatoria única, apartado f), de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de salud.

4.- JUBILACION PARCIAL EN LA SEGURIDAD SOCIAL

Ley 40/2007. de 4 de diciembre. de Medidas de Seguridad Social en su Art. 3

REQUISITOS:

a) Tener cumplidos los sesenta y un años de edad, sin que a estos efectos resulten de aplicación los coeficientes reductores a que se refiere el apartado anterior.

b) Encontrarse inscritos en las oficinas de empleo como demandantes de empleo durante un plazo de, al menos, seis meses inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud de la jubilación.

c) Acreditar un período mínimo de cotización efectiva de treinta años, sin que, a tales efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional por pagas extraordinarias. A estos exclusivos efectos, se computará como cotizado a la Seguridad Social, el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria, con el límite máximo de un año.

d) Que el cese en el trabajo, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo, no se haya producido por causa imputable a la libre voluntad del trabajador. A tales efectos, se entenderá por libre voluntad del trabajador la inequívoca manifestación de voluntad de quien, pudiendo continuar su relación laboral y no existiendo razón objetiva que la impida,

decide poner fin a la misma. Se considerará, en todo caso, que el cese en la relación laboral se produjo de forma involuntaria cuando la extinción se haya producido por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1.4.

5.- LA JUBILACION PARCIAL EN OSA-KIDETZA

Las condiciones del Acuerdo de la Mesa General de la Administración General de 20 de diciembre de 2004 establecía para poder acceder a la jubilación parcial son las siguientes:

Los trabajadores con contrato laboral indefinido, con un mínimo de 60 y máximo de 65 años y que reúnan las condiciones por la Seguridad Social para tener derecho a la jubilación.

La reducción de jornada, con carácter general, será del 85%. Simultáneamente se formalizará un contrato a tiempo parcial con una jornada laboral equivalente al porcentaje restante del tiempo de trabajo efectivo.

El contrato de relevo correspondiente podrá ser por el mismo puesto de trabajo o por uno similar.

El contrato de relevo finalizará cuando el trabajador relevado acceda a la jubilación total, la cual será en todo caso al cumplir éste los 65 años.

Los trabajadores que suscriban un contrato de relevo serán seleccionados a través del sistema de bolsas que está vigente en cada ámbito de negociación.

Ley 40/2007. de 4 diciembre Ley de Medidas de Seguridad Social (BOE N° 291 de 5 diciembre 2007)

Disposición Adicional séptima.

Aplicación de los mecanismos de jubilación anticipada y parcial en el ámbito de los empleados públicos

“En el plazo de un año. el Gobierno presentará un estudio sobre la normativa reguladora de la jubilación anticipada y parcial de los empleados públicos, así como del personal de las Fuerzas Armadas y al servicio de la Administración de Justicia, que aborde la aplicación de la normativa reguladora de tales modalidades de jubilación, las condiciones en que esta aplicación no genere problemas de sostenibilidad a los sistemas de protección social y la homogeneización, en términos equiparables, de los diferentes regímenes.

En dicho estudio se contemplará la realidad específica de los diferentes colectivos afectados, incluida la del personal al que le es de aplicación la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud, tomando en consideración las singularidades que rodean al mismo, desde una perspectiva acorde con las prioridades y garantías que se señalan en el párrafo anterior.”

INVESTIGACION MEDICA Y RECURSOS HUMANOS

José María Ayerra Lazcano
Director de Recursos Humanos.
Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea

INTRODUCCION

Se constata como en los últimos años (5-8 años) la investigación en el sector sanitario ha experimentado un considerable impulso.

Reconocemos fácilmente que el punto de partida era:

- Pocos recursos y dispersos
- Poca sensibilidad por la investigación
- Centrada en la empresa privada y en el sector farmacéutico
- Un esfuerzo menor que el de otros países de nuestro entorno

Algunos datos:

En el año 2003:

- España invierte en I+D+I el 1,05% PIB, casi la mitad del promedio UE-15, un 2%, y del 3% del objetivo de Lisboa.
- La financiación empresarial apenas supera el 48%, lejos del 58 % de media UE-15 y del 66% del objetivo de Lisboa

En este contexto, el futuro pasa por un aumento de la masa crítica (se buscan 60.000 investigadores en España era un titular de prensa en 2005).

Así resulta de los Objetivos fijados en Lisboa (en lo que forma parte del impulso de la Unión Europea en esta materia):

- Que la UE invierta un 3% del PIB en I+ D.
- Que al menos las 2/3 partes sea inversión privada

REFLEJO NORMATIVO DE ESTE IMPULSO

La evolución e impulso expuestos se advierte de modo principal en las siguientes referencias normativas:

- Real Decreto 63/2006, de 27 de enero, que aprueba el Estatuto del personal investigador en formación (deroga RD 1326/2003). Objetivos:
 - . Dignificar el estatus de los becarios
 - . Dar estabilidad a este colectivo

- . Supone el inicio de la carrera investigadora, se trata de suplir la ausencia total de regulación
 - . 2003: limitado a los doctores o licenciados con suficiencia investigadora
 - . 2006: se amplía todos los graduados universitarios y además prevé una relación jurídico-laboral para los últimos años de formación: personal de beca 2 años y de contrato otros 2 años
 - . Inclusión en S.s.
 - RD 339/2004, de 27 febrero, sobre acreditación de institutos de investigación sanitaria. Objetivos:
 - . Fomentar la asociación a los hospitales del Sistema Nacional de Salud de universidades, organismos públicos de investigación y otros centros (potenciar la investigación traslacional)
 - . Establece los requisitos para la acreditación de estos institutos, que fundamentalmente son: existencia de un vínculo jurídico que ampare la asociación, estructura organizativa, estructura de gestión, plan estratégico, comité científico, etc..
 - Ley 14/2007, de Investigación Biomédica. Contiene unas pocas referencias:
 - . Art. 85: se refiere a la carrera investigadora en los centros del SNS
 - . Incorporar a los servicios de salud de personal investigador en régimen estatutario
 - . Investigadores en formación (licenciado con DEA)
 - . Investigador en perfeccionamiento (doctores)
- Mas allá de los instrumentos normativos, la política de investigación se manifiesta en otro tipo de documentos, entre los que podemos resaltar:
- Acción Estratégica en Salud. Objetivo de generar conocimiento para preservar la salud y el bienestar así como el desarrollo de aspectos preventivos, diagnósticos, curativos, rehabilitadores y paliativos
 - Plan Nacional de I+D+I 2008-2011.
 - -III Conferencia de Presidentes: Se acuerda que uno de los objetivos es impulsar la investigación en el SNS potenciando la investigación en los hospitales y su traslación a la mejora de los tratamientos.
 - Aunque no es un instrumento normativo es de destacar el papel principal y centralizador que ha asumido el Instituto de Salud Carlos III en esta materia durante estos años.
 - Las líneas instrumentales de actuación que se prevén en el VI Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica 2008-2011 se agrupan en torno a:
 - Recursos Humanos
 - Proyectos de I+D+I
 - Fortalecimiento institucional
 - Infraestructuras
 - Utilización del conocimiento
 - Articulación e internacionalización del sistema
- LÍNEAS GENERALES QUE INSPIRAN ESTAS ACCIONES:**
- Investigación traslacional: se persigue integrar armónicamente la investigación

básica, clínica y de salud pública, potenciando su transferencia y aplicabilidad en la práctica médica. En este punto cobra especial significado la acreditación de los institutos de investigación

- Investigación aplicada: se busca la aplicación de resultados en la clínica y especialmente en los hospitales públicos.
- Se utilizan plataformas compartidas para la transferencia de conocimiento, sirviéndose para ello de las nuevas tecnologías: CIBER (centros de investigación biomédica en red: consorcios con personalidad jurídica propia sin contigüidad física para la investigación monográfica sobre una patología o problema de salud determinado), RETICS (redes temáticas de investigación cooperativa en salud, CAIBER (consorcios de apoyo a la investigación biomédica en red, para investigación clínica que incluya ensayos clínicos en pacientes sobre una patología determinada) (Plan Ingenio 2010)
- Potenciar la incorporación de investigadores “full time”. Para ello se cuenta con el apoyo del establecimiento de una carrera profesional del investigador:

Se establece su necesidad en la Ley de Investigación Biomédica

El Instituto Carlos III va “abriendo” camino: contratos de apoyo a la investigación + programa de estabilización

- Buscando la potenciación del personal investigador entre los profesionales médicos. Los programas de subvenciones establecidos se agrupan fundamentalmente en estos tres tipos:
 - Subprograma de formación y movilidad: Ayudas predoctorales, contratos de formación Río Hortega,

- Bolsas de ampliación de estudios, para promover la movilidad.
- Subprograma de contratación e incorporación: contratos de investigadores del SNS, contratos posdoctorales de perfeccionamiento, contratos de apoyo a la investigación, estabilización e intensificación de la actividad investigadora.

Los cambios operados en la política de investigación se pueden resumir en el siguiente esquema:

Antes	Ahora
Gira en torno al trabajo individual	Se potencia el trabajo en grupos, redes, consorcios
En torno a proyectos de investigación individuales	En torno a grandes líneas de investigación (neurociencias, oncología, terapia celular)
En su mayoría son proyectos de escasa duración	Se busca proyectos de larga duración
Muy atomizados los proyectos e investigadores	Se potencian proyectos de gran tamaño y alcance
Los proyectos eran objeto de evaluación únicamente antes de concederse la ayuda	Se busca la evaluación ex - ante, intermedia y ex - post
Elevado número de publicaciones pero con escasa utilización en nuestro tejido industrial	Aplicación a la clínica
Escasez de infraestructuras científico-tecnológicas	Las infraestructuras son una de las áreas prioritarias
Escaso acceso a fondos públicos, incluyendo los abundantes fondos europeos.	Incremento de los fondos dedicados a investigación procedentes de muy diversos puntos

CONCLUSIONES

Partimos de la convicción de que conviene potenciar la investigación. Investigar repercute de modo directo e indirecto en el sistema sanitario, es un elemento de incenti- vación de profesionales en un momento de escasez, y un factor de prestigio de los cen- tros y los profesionales

Desde el punto de vista de la financia- ción debe reconocerse que todas estas ayudas públicas han supuesto un esfuerzo impor- tante y un cambio en el sistema de promo- ción a la investigación. No obstante, no están libres de problemática:

- Complejidad para acceder a ellas. Los CIBER y los CAIBER suponen en algu- nos casos duplicar estructuras de gestión de la investigación ya existentes en los centros: estructura administrativa, de metodología...
- El estatuto del becario ha solucionado sólo en parte el problema de los investi- gadores en formación. Siguen existien- do “becarios precarios”.
- Investigador profesional. La carrera in- vestigadora sólo ha empezado a desarro- llarse en algunas Comunidades Autónomas pero se abren muchas incógnitas acerca de la misma: su configuración, su interrelación con la carrera profesional sanitaria, etc.. Cuestiones acerca de las que falta debate y análisis.

La convivencia de la cultura investiga- dora en centros con funcionamiento “funcio- narial” crea roces y disfunciones diarias. Distintos modos de trabajar

Ayudas como las de estabilización e in- tensificación han supuesto un instrumento muy motivador para el personal clínico in- vestigar. No obstante, estas ayudas:

- Solo cubre parte del gasto

- En numerosas ocasiones además, el di- nero no revierte en la entidad contratante (“caja única”).
- Por otro lado, la falta de profesionales de determinadas especialidades impide, en ocasiones, la sustitución del profesional “intensificado”.
- Implica que las Comunidades Autónomas tienen los que plantearse qué hacer con estos profesionales cuando el pro- grama acabe

Con base en esos déficits, se proponen como líneas a potenciar, las siguientes:

- Simplificar la gestión de la investiga- ción:
- Tratar de evitar que las estrategias cola- borativas de investigación: CIBER, RE- TICs...dupliquen estructuras y apliquen modelos de personal obsoletos
- Revisar la carrera profesional sanitaria incorporando la figura mixta del asisten- cial que investiga y la figura del investi- gador dedicado exclusivamente a la in- vestigación. Analizar las competencias de los clínicos, clínico-investigadores e investigadores homogeneizando los cri- terios que corresponda
- Desarrollar la carrera investigadora en las distintas CCAA
- Formación en los hospitales sobre cómo se trabaja en investigación
- Potenciar que las entidades gestoras de la investigación hagan “revertir” en los centros los fondos obtenidos vía estabili- zación
- Buen uso de los recursos públicos y pri- vados
- Identificar instituciones investigadoras de excelencia.

GESTION DE DOCUMENTACION CLINICA

LA HISTORIA CLINICA INFORMATIZADA

Margarita Iraburu Elizondo

Coordinadora General de la Historia Clínica Informatizada
en el Hospital Virgen del Camino. Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea

Nuevas tecnologías de la información. Ventajas para el ciudadano.

- Datos de salud en un único soporte, ordenado, legible, accesible, seguro.
- Resultados de exploraciones complementarias: evitan retrasos y duplicidades
- Trámites: cómodos y rápidos
- VVAA
- Acceso a datos sanitarios desde puntos externos al sistema público de salud (red privada, otras autonomías, otros países)
- Eficiencia en la atención clínica
- Eficiencia en los trámites
- Eficiencia en la gestión: indicadores, codificación, estudios, planes de salud...
- Evita los problemas de la documentación en papel: almacenamiento, custodia, seguridad....

Nuevas tecnologías de la información. Ventajas para el sistema.

- Eficiencia en la atención clínica.
- Eficiencia en los trámites
- Eficiencia en la gestión: indicadores, codificación, estudios, planes de salud..
- Evita los problemas de la documentación en papel: almacenamiento, custodia, seguridad...

Historia Clínica. Garantías

- *Segura*: (integridad, custodia y conservación, disponibilidad)
- Utilización legítima: *confidencialidad* (accesos legítimos y no divulgación)
- *Facilidad de acceso y control por parte del titular*
- Contenido adecuado: *Calidad de los datos*

Lev 41/2002, art. 7.

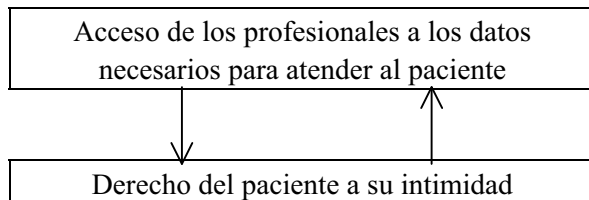
1. Toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la ley.
2. Los centros sanitarios adoptarán las medidas oportunas para garantizar este derecho.

¿Quién puede acceder a los datos de un paciente?

- Él y quien él autorice
- Si es incapaz, su representante
- Profesionales del centro implicados en su asistencia

Excepciones**Límites:**

- Docencia e investigación

**SOLO A LO NECESARIO****Cuestionarios sobre confidencialidad**

- EMIC Med Clin (Barc) 2007; 128(15):575-8
- 872 médicos y 1.393 enfermeras de 8 hospitales españoles.
- Confidencialidad en el personal administrativo:
 - 105 administrativos (PA) (86,4% trabaja en un hospital)

- El 31% del PA miraría la HC de un conocido. El 50% de los médicos y el 61% de enfermería lo había hecho alguna vez.
- El 75% de los médicos y el 52% de enfermería daría a un compañero la información que le pidiera.
- Utiliza **HCI**: 90% médicos, 75% enfermería y 28% PA
- Un 44% no bloquea el programa cuando se aleja.

Confidencialidad

- Peligro —————> Fácil acceso
- Ventajas respecto al papel:
 - Permite separar datos demográficos de clínicos.
 - Nivel de acceso
 - Registro de accesos
 - Auditorías
 - Anonimato del paciente
 - Mayor control de accesos por parte del titular.

Historia Clínica. Garantías

- Segura: (integridad, custodia y conservación, disponibilidad)
- Utilización legítima: confidencialidad (accesos legítimos y no divulgación)
- Facilidad de acceso y control por parte del titular
- Contenido adecuado: Calidad de los datos

Derechos del paciente respecto a su HC

- Rectificación de datos erróneos (art. 16 LOPD)
- Cancelación: bloqueo de datos (art. 16 LOPD)
- Oposición: motivos fundados y legítimos (art. 6.4 LOPD)
- Conocer quién ha accedido a su HC (art. 15.1 LOPD)
- Copia de *todo, salvo* datos confidenciales de terceros y anotaciones subjetivas del profesional, si éste se opone (art. 18.3 Ley 41/2002)

Ley 41/2002

La historia clínica debe incorporar la información que se considere trascendental, bajo criterio médico, para *el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente* (art. 15)

Es un instrumento destinado fundamentalmente a garantizar *una asistencia adecuada al paciente* (art. 16)

Ley Orgánica 15/1999 (LOPD)

Artículo 4. Calidad de los datos

5. Los datos serán *cancelados* cuando *hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para dicha finalidad*.

No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.

María tiene 19 años, acude al Servicio de Urgencias solicitando la píldora del día después por la rotura del preservativo. ¿Tendrá que constar esta información para siempre «visible» en su HCI?

Ion tiene 53 años.

Entre sus antecedentes consta que fue adicto a drogas de los 18 a 19 años (nunca tuvo problemas de salud por ello ni retomó el hábito)

Pedro, un profesor de instituto de 45 años, está siendo tratado por impotencia. Jugando a futbito sufre un esguince y acude a urgencias. ¿Cómo justificar que la traumatóloga pueda acceder a la información referida a su impotencia?

Ana está embarazada gracias a una donación de óvulos. ¿Para quién es relevante este dato?.

TODA LA INFORMACIÓN DISPONIBLE
PARA TODOS LOS PS PARA SIEMPRE.

Datos accesibles, mientras sea pertinentes y sólo para quien lo precise.

Zonas restringidas

Nuevos retos

- Promover la reflexión de todos los profesionales implicados.
- Garantizar la calidad de los datos
- Compartimentar la información
- Disociar los datos identificativos
- Facilitar al titular el acceso < sus datos y el control de los mismos.

MENOS ES MAS

HISTORIA CLINICA: SU REGULACION EN LA LEGISLACION SANITARIA Y EN LA DE PROTECCION DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

Pablo Ortiz de Elguea

Abogado. Asesor Jurídico del Colegio Oficial de Enfermería de Navarra.

1. DERECHOS AFECTADOS

Son tres los derechos constitucionales afectados en este ámbito: el derecho fundamental a la intimidad personal regulado en su art. 18.1, el derecho fundamental a la protección de datos derivado del art. 18.4 (según doctrina del Tribunal Constitucional recogida principalmente en sus Sentencias 254/1993 y 292/2000, que contempla como un derecho fundamental independiente y desvinculado del derecho a la intimidad, aquel que tiene todo ciudadano a disponer libremente de sus datos), y el derecho a la protección de la salud recogido en el art. 43.1 del mismo texto constitucional.

Así, el desarrollo normativo del derecho a la protección de la salud buscará configurar una asistencia sanitaria de calidad para los ciudadanos en la que, además, sólo accedan a sus datos sanitarios quienes cuenten con legitimación para hacerlo y existan mecanismos para garantizar el cumplimiento del deber de

confidencialidad de quien tenga conocimiento de dichos datos.

2. MARCO NORMATIVO

Este desarrollo normativo se articula a través de variados instrumentos normativos que operan en los ámbitos competenciales correspondientes: la Unión Europea, el Estado y las Comunidades Autónomas. A nivel europeo destacan las Directivas 95/46/CE y el art. 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales de 7 de diciembre de 2000. De la normativa nacional estatal cabe señalar, además de los citados artículos de la Constitución, la Ley 14/1986, General de Sanidad, la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales, la Ley 34/2002, de Servicios de la Información y Comercio Electrónico, la Ley 41/2002, básica reguladora de la Autonomía del Paciente, la Ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, la Ley 44/2003, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, la Ley 14/2006, de Técnicas de Repro-

ducción Asistida Humana, la Ley Orgánica 7/2006, de Protección de la Salud y Lucha contra el Dopaje en el Deporte, la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, o la Ley 14/2007, de investigación Biomédica; todas ellas con su normativa de desarrollo, además de las normas de calidad aplicables, como la ISO 17799:2005. A este arsenal legislativo debe añadirse, además de otras normas estatales no citadas, la legislación autonómica existente, cuya sola cita excedería las posibilidades de esta presentación.

3. CONCEPTOS DIFERENCIADOS: “HISTORIA CLÍNICA” Y “DATOS RELACIONADOS CON LA SALUD”

Son dos conceptos diferentes, siendo mucho más amplio y genérico el de “datos relacionados con la salud” que el más concreto de “historia clínica”, tal y como a continuación se expone.

1. Historia Clínica

Sin descender al detalle del análisis de la normativa autonómica, con carácter general el art. 3 de la Ley 41/2002, Básica de Autonomía del Paciente, la define como “*el conjunto de documentos que contiene los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial*”.

Su finalidad principal según el art. 15.2 de la citada Ley es la de “*...facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud*”. Así pues, la configuración de la historia clínica buscará que se garantice al ciudadano la mejor asistencia sanitaria posible, lo que deberá conseguirse respetando los derechos fundamentales a la intimidad y a la protección de los datos, lo que no es lo mismo, a mi entender, que construir la historia clínica fijando como rumbo la salvaguar-

da de los derechos fundamentales citados y, a partir de ahí, contemplando como un bagaje a transportar la atención de las necesidades asistenciales sanitarias de los ciudadanos. Evidentemente, el objetivo principal pasará por la satisfacción íntegra de los tres derechos afectados. Pero en caso de conflicto, no sólo de naturaleza jurídica, sino de otra índole tales como organizativos, económicos o informáticos, cuando resulte forzado optar por la prevalencia de alguno de aquellos, entiendo que primará, sobre los derechos fundamentales implicados, el derecho a la asistencia sanitaria. Y ello porque, en última instancia, así se preservará el derecho fundamental a la vida, que es presupuesto del ejercicio del resto de derechos.

La indicada Ley 41/2002 completa la regulación de la historia clínica estableciendo los derechos del usuario en relación con la misma. Así, su art. 15.1 dispone que “*todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada*”; el art. 18.1 que “*el paciente tiene derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este art., a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella*”; y el art. 19 que “*el paciente tiene derecho a que los centros sanitarios establezcan un mecanismo de custodia activa y diligente de las historias clínicas*”.

2. Datos relacionados con la salud

Según el art. 5.m) del Real Decreto 1720/2007, de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos, los datos relacionados con la salud son “*las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo. En particular, se consideran datos relacionados con la salud de las personas los referidos a su porcentaje de discapacidad y a su información genética*”.

Pero existen además otros conceptos que guardan una estrecha relación, tales como el de dato genético de carácter personal, definido en el art. 3.j) de la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica, como la “*información sobre las características hereditarias de una persona, identificada o identificable obtenida por análisis de ácidos nucleicos u otros análisis científicos*”; el de documentación clínica, entendida como “*el soporte de cualquier tipo o clase que contiene un conjunto de datos e informaciones de carácter asistencial*”; o el de información clínica, referido a “*todo dato, cualquiera que sea su forma, clase o tipo, que permite adquirir o ampliar conocimientos sobre el estado físico y la salud de una persona, o la forma de preservarla, cuidarla, mejorarla o recuperarla*”, conceptos ambos recogidos en el art. 3 de la citada Ley 41/2002. Finalmente, el Anexo de la Ley 11/2007, de Acceso Electrónico a Servicios Públicos, define el documento electrónico como “*información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado*”.

Retornando al “dato relacionado con la salud”, el art. 7.1 de la mencionada Ley 41/2002 establece que “*toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparado por la Ley.*” Este enunciado no hace otra cosa que recordar la aplicación en éste ámbito del derecho fundamental a la intimidad. Pero en la normativa autonómica nos encontramos con especificaciones que suponen un avance sustancial al respecto. Así, el art. 5.1 de la Ley Foral 11/2002, sobre los Derechos del Paciente a las Voluntades Anticipadas, a la Información y a la Documentación Clínica, añade al conjunto conocido con denominaciones similares a la de “derechos del usuario de la sanidad”, el derecho de toda persona “*a conocer en todo caso quién ha accedido a sus datos sanitarios, el motivo del acceso*

y el uso que se ha hecho de ellos, salvo en caso de uso codificado de los mismos”. Se trata sin duda de un salto cualitativo, que abre un nuevo escenario en el que falta por definir el papel a desempeñar por los actores principales: ciudadanos, sistema y profesionales sanitarios.

Por su parte, el indicado art. 7 de la Ley 41/2002 continúa en su apartado segundo contemplando la obligación de los centros sanitarios de adoptar las medidas para garantizar la confidencialidad de los datos referentes a la salud. A este respecto, el art. 17.6 de la misma ley dispone que “*son de aplicación a la documentación clínica las medidas técnicas de seguridad establecidas por la legislación reguladora de la conservación de los ficheros que contiene n datos de carácter personal y, en general, por la Ley orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal*”. Por tanto, resultarán aplicable en este ámbito los denominados “principios rectores” que contempla el art. 8 del Real Decreto 1720/2007, de desarrollo de la LOPD, y que resumidamente son los siguientes: Proporcionalidad, limitación de objetivos, exactitud de los datos, transparencia y autonomía de la voluntad (lo que afecta a la información en la recogida de los datos, consentimiento en relación tanto con el tratamiento como con la cesión de los datos de salud, accesos y el derecho de oposición al tratamiento), el principio de confidencialidad y el de seguridad en el tratamiento. Asimismo deberán ser tenidas en cuenta la regulación que dicha norma reglamentaria contempla en relación con las medidas de seguridad e implantación, acerca del responsable del fichero, del encargado del tratamiento, la cesión a terceros y el acceso electrónico.

La complejidad que conlleva cada uno de los aspectos aludidos es enorme, ya que se trata de un marco en el que el dato sanitario recibe el mismo tratamiento que el resto de datos personales relevantes. Por ello, a los

problemas genéricos que conlleva la aplicación de las medidas contempladas en el Real Decreto 1720/2007 a cualquier fichero que contenga datos personales, se les añaden los particulares que se presentan cuando dichos datos personales son “sanitarios”. A continuación de enumeran algunos de estos últimos.

4. PROBLEMÁTICA GENERAL

La complejidad de la materia y la importancia de los derechos afectados determina la existencia de una compleja normativa que pretende garantizar su efectividad. Dicha normativa solventa el problema mayor al establecer mecanismos de garantía de derechos fundamentales en el ámbito sanitario, pero genera a su vez numerosos problemas menores, cuya atención y solución mejorarán sin duda en el futuro la situación actual. Entre otros muchos se pueden citar los siguientes:

- A fecha de hoy, existe una multiplicidad normativa dispersa que contiene regulaciones en esta materia, por lo que cabe plantear si este modelo es el más adecuado para los futuros desarrollos, o si encajan mejor otros, como podrían ser la adaptación expresa del grupo normativo de la LOPD al ámbito sanitario o su remisión en bloque a la normativa sanitaria.
- El alcance de la obligación de custodia.
- La adopción de medidas de seguridad efectivas que eviten la posibilidad de accesos ilegítimos.
- Tipificación expresa como infracción administrativa del acceso ilegítimo y sanciones aplicables.
- Conveniencia o no de una normativa básica estatal detallada de esta materia.
- Tratamiento diferenciado o no de ámbitos como las voluntades anticipadas, los datos genéticos, la reproducción asistida, la interrupción voluntaria del embarazo, el do-

paje en el deporte o la investigación biomédica.

- Resolver o no normativamente la cuestión de la “propiedad de la historia clínica”.
- La situación de los centros sanitarios privados.
- Los pacientes fallecidos, cuyos datos el Real Decreto 1720/2007 excluye de su ámbito de aplicación.
- El tratamiento de las anotaciones subjetivas.

5. CONCLUSIONES

Los participantes en la mesa de trabajo “Gestión de documentación clínica” en la sesión dedicada a “La historia clínica: su regulación en la legislación sanitaria y en la de protección de datos de carácter personal”, correspondiente al “XVII Congreso Derecho y Salud” y que se celebró en Pamplona el 19 de noviembre de 2008, aprobaron al respecto las siguientes conclusiones:

- a) El desarrollo normativo en esta materia debe asegurar el equilibrio entre los derechos implicados -a la protección de la salud, y a la intimidad y la protección de los datos-, sin que la garantía de los dos últimos derechos fundamentales suponga un impedimento para la consecución de una historia clínica única para el mayor ámbito geográfico posible.
- b) La garantía efectiva de los derechos a la intimidad y a la protección de datos exige en primer lugar la existencia de medios técnicos que eviten los accesos ilegítimos.
- c) El profesional sanitario tiene derecho a conocer si el acceso ilegítimo sin ocasionar perjuicio de ningún otro tipo está o no tipificado como infracción administrativa y, en su caso, la gravedad del tipo y las sanciones imponibles.

ASISTENCIA SANITARIA

ANALGESIA Y SEDACION TERMINAL

Rafael Teijeira Alvarez

Director del Instituto Navarro de Medicina Legal.

Caso Leganés (marzo 2005)

- Cesado el Jefe de Servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés por sedaciones inadecuadas a pacientes que ingresaban en Urgencias tras haberse producido una denuncia anónima.

Apertura de diligencias judiciales del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción nº 7 de Leganés.

Enero de 2006. Solicitud de informe pericial al Colegio de Médicos de Madrid, por parte del Juzgado

Informe Pericial del Colegio de Médicos de Madrid

- Sobre el historial clínico de 73 pacientes atendidos en el Servicio de Urgencias de dicho hospital
- Objeto de la pericia:

- Valorar si existía relación entre el tratamiento dado u omitido a estos pacientes y su fallecimiento.
- Si apreciaban los peritos mala praxis médica.
- El informe termina con diez conclusiones que se pueden resumir como sigue:
 - En cinco pacientes no se realizó sedación terminal.
 - En 24 la sedación terminal estaba indicada.
 - En 20 la sedación era innecesaria al estar los pacientes en coma profundo.
 - En 10 casos en los que se hizo sedación terminal no se identificó el síntoma refractario y/o no se realizaron tratamientos específicos antes de iniciar la sedación terminal, y por tanto no estaba indicada inicialmente la sedación.

- En 9 casos no se alcanzó el consenso sobre indicación o no de sedación terminal.
- En 4 casos la sedación estaba contraindicada.
- Que se han realizado sedaciones terminales con dosis injustificadamente altas de medicamentos y en asociaciones potencialmente peligrosas, lo que ha generado una situación de riesgo innecesario adicional a los pacientes de muerte por depresión respiratoria. *Pese a ello, no es posible afirmar o negar con certeza absoluta si la causa directa de la muerte de alguno de los pacientes sedados fue la medicación administrada.*
- Auto de sobreseimiento provisional y archivo de la causa “*al no resultar debidamente justificada la perpetración del delito que han dado motivo a la formación de la causa*”, afirmando en el auto que “*varios pacientes han muerto tras mala práctica médica a la hora de sedarles, si bien no se puede asegurar, al menos con lo que hasta ahora se ha recopilado, que el fallecimiento deviniera exclusivamente por los fármacos prescritos por los doctores*”.
- Confirma el sobreseimiento de la causa y “*ordena suprimir del auto de archivo toda mención a mala praxis médica al no poder acreditarse esta, toda vez que el juez de instancia no practico para dicha valoración otras diligencias que hubieran sido necesarias para llegar a esa conclusión*”

Sedación terminal: qué es y qué no es

¿Es una práctica aceptada por los profesionales sanitarios en España?, ¿Está suficientemente implantada en el territorio nacional?

- Encuesta del CIS nº 2451 sobre “Actitudes y opiniones de los médicos ante la eutanasia” (2002)
 - Un 84,3% consideraban una práctica médica aceptada incrementar la dosis de un analgésico para un enfermo terminal, con el objeto de aliviar el sufrimiento, siendo consciente de que podría acelerar el final de su vida.
 - Un 84,3% consideraba acertado algunas veces, suspender o no iniciar un tratamiento con el fin de prolongar la vida con muy mala calidad.
- La sedación era aceptada como una práctica médica adecuada por el 94% de los facultativos consultados miembros de la sociedad Alemana de Cuidados Paliativos¹
- El 83% no mostraba objeción a la sedación paliativa²
- Encuesta del CIS nº 2451 sobre “Actitudes y opiniones de los médicos ante la eutanasia” (2002)
 - El 31,8% consideraba que la infraestructura hospitalaria existente entonces en España era suficiente para atender las necesidades en cuidados paliativos.

¹ Müller-Bosch HC et al. *Med Health Care Philos.* 2004;7:333-9

² Culin AF et al. *N Engl J Med* 2007;356:593-600

- Esta cifra bajaba al 25,2% cuando se consultaba sobre los cuidados paliativos domiciliarios.
 - El área en la que existen mayores carencias en España en el tratamiento de la oncología era en la de cuidados paliativos.
 - España se sitúa en el séptimo lugar conforme a la calidad de sus servicios en esta área, entre los 27 países de la Unión Europea.
 - Grandes diferencias entre algunas comunidades como Cataluña o Extremadura donde consideraba que la situación es muy satisfactoria con respecto a otras.
- ¿Es necesario regular la sedación con una norma legal específica?**
- Normativa legal
 - Ley 14/1986, General de Sanidad.
 - Convenio de Biomedicina de Oviedo (Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina)
 - Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente (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)
 - Normas Autonómicas
 - Derechos de los pacientes y usuarios de la sanidad a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles o a negarse al tratamiento.
 - Toda actuación en el ámbito de la salud requiere, con criterio general, el consentimiento de los pacientes o usuarios tras una adecuada información.
 - Regulan el documento de instrucciones previas que pueden redactar los pacientes o usuarios de la sanidad.

VOLUNTADES ANTICIPADAS EN ESPAÑA A 1 DE JUNIO DE 2008

1-6-2008	Nº VOL. ANTICIPADAS			TASA/100.000 Hab ¹
	HOMBRE	MUJER	TOTAL	
ANDALUCIA	5.209	7.866	13.075	162,5
ARAGON	1.015	1.679	2.694	207,6
ASTURIAS	0	0	0	0,0
BALEARES	121	163	286	27,4
CANARIAS	541	867	1.408	69,0
CANTABRIA	214	366	580	101,6
CASTILLA LEÓN	6	4	10	0,4
CASTILLA-LA MANCHA	462	676	1.138	57,5
CATALUNA	6.750	10.803	17.553	242,5
COMUN. VALENCIANA			6.098	124,6
EXTREMADURA	8	9	17	1,6
GALICIA	13	11	24	0,9
MADRID	706	1.174	1.880	30,4
MURCIA	382	522	904	64,0
NAVARRA	236	400	636	104,9
PAIS VASCO	1.192	2.398	3.590	167,9
RIOJA (LA)	137	220	357	114,5
CEUTA Y MELILLA	0	0	0	0,0
TOTAL ESTADO	16.992	27.158	50.250	111,0
%	38,5	61,5		

¹ Se usan las cifras de proyección de población a 1 de enero de 2008 del INE

- Que se suministren los fármacos necesarios para paliar al máximo el malestar, el sufrimiento psíquico y dolor físico que me ocasione mi enfermedad.
- Que, sin perjuicio de las decisiones tomadas, se me garantice la asistencia necesaria para procurarme una muerte digna.
- No recibir tratamientos complementarios y terapias no contrastadas, que no demuestren efectividad o sean fútiles en el propósito de prolongar mi vida.

Borrador del Proyecto de Ley “De derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de muerte”.

- Proteger la dignidad de la persona en su proceso de muerte
- Asegurar la autonomía del paciente y el respeto a su voluntad en el proceso de la muerte incluyendo la manifestada de forma anticipada mediante el testamento vital
- Regular el ejercicio de los derechos de la persona durante el trance de su muerte, los deberes del personal sanitario que atiende a estos pacientes, así como las garantías que las instituciones sanitarias están obligadas a proporcionar con respecto a ese proceso

Artículo 14. Derecho del paciente a la administración de sedación paliativa.

1. El paciente en situación terminal tiene derecho a recibir sedación cuando lo precise.

2. El paciente en situación de agonía, tiene derecho a recibir el grado de sedación adecuado a dicha situación.

3. En los supuestos previstos en los dos apartados anteriores, el paciente tiene derecho

a recibir información adecuada, para prestar su consentimiento informado, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 8. En cualquier caso deberá quedar registrado en la historia clínica.

- “La muerte digna está sobradamente regulada en las leyes nacionales”.
- “la inversión en mayor formación y mayores recursos humanos y técnicos para poder universalizar los cuidados paliativos.”
- Una norma legal tiene como única utilidad añadir “mayor confusión social sobre estas cuestiones”.

A modo de conclusiones

- Es necesario que los conceptos en el campo de la sedación paliativa sean bien conocidos por los profesionales sanitarios y por la población en general.?
- La sedación paliativa es una práctica médica aceptada y reconocida por los profesionales de la salud pero necesita una mayor difusión para su conocimiento.?
- Es necesario avanzar en la extensión y universalización de los cuidados paliativos en España tendiendo a unificar el tipo de servicios en todo el territorio nacional.?
- Existen divergencias entre si es necesario establecer normas legales específicas para la aplicación de los Cuidados Paliativos en general y la sedación paliativa en particular o si es suficiente con la legislación actual sobre los derechos de los pacientes y usuarios de la sanidad.?

ANALGESIA Y SEDACION TERMINAL

Javier Rocafort Gil

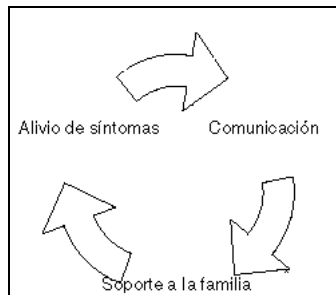
Coordinador del Programa Regional de Cuidados Paliativos de Extremadura.
 Presidente de la Sociedad Española de Cuidados Paliativos.

El sufrimiento consustancial al ser humano

El sufrimiento, mucho más que un problema sanitario

Cuidados paliativos, una alternativa eficaz al sufrimiento en la enfermedad

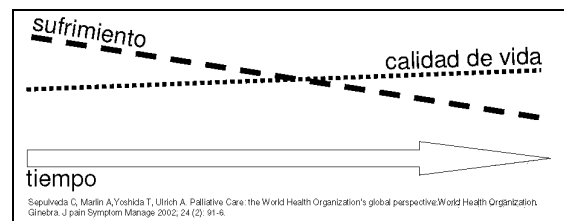
- Con una base científica.
- Utilizando la valoración y la planificación de los cuidados.
- Desde un equipo interdisciplinar
- Basados en la coordinación de profesionales



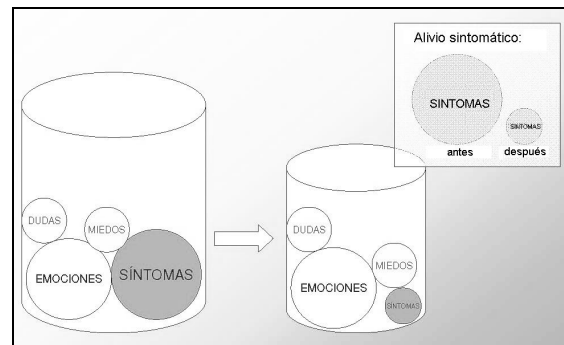
2 objetivos de los CP

- Rescate de la mejor calidad de vida posible

- Alivio del sufrimiento



El alivio sintomático proporciona **SÓLO** una parte del alivio del sufrimiento.



DOLOR: ¿el síntoma más frecuente, el más temible?

Síntomas*	Cáncer	SIDA	Insuficiencia cardíaca	EPOC	Enfermedad renal
Dolor	35%-66% N = 10.379	63%-80% N = 942	41%-77% N = 682	34%-77% N = 372	47%-50% N = 370
Depresión	3%-77% N = 4.378	10%-62% N = 616	9%-36% N = 80	37%-71% N = 150	5%-80% N = 956
Ansiedad	13%-79% N = 3.274	8%-34% N = 346	49% N = 80	51%-75% N = 1.008	39%-70% N = 72
Confusión	8%-93% N = 9.154	30%-65% N = ?	18%-32% N = 343	18%-33% N = 309	—
Astenia	32%-90% N = 2.868	54%-85% N = 1.435	69%-82% N = 409	66%-80% N = 265	73%-87% N = 116
Disnea	10%-70% N = 10.029	11%-82% N = 504	80%-88% N = 946	90%-95% N = 372	11%-62% N = 334
Insomnio	9%-69% N = 5.606	74% N = 504	36%-48% N = 146	55%-65% N = 150	31%-71% N = 351
Náuseas	8%-66% N = 9.140	43%-49% N = 689	17%-48% N = 146	—	30%-43% N = 392
Estreñimiento	23%-65% N = 7.602	34%-35% N = 689	38%-42% N = 80	27%-44% N = 150	20%-70% N = 483
Diarrea	3%-29% N = 3.392	30%-90% N = 504	12% N = 80	—	21% N = 19
Anorexia	30%-82% N = 9.113	31% N = 504	21%-41% N = 146	35%-67% N = 150	25%-84% N = 365

*Porcentaje y número total de pacientes evaluados por cada síntoma.

Solano JP, Gomes B, Higginson IJ. A comparison of symptom prevalence in far advanced cancer, AIDS, heart disease, chronic obstructive pulmonary disease and renal disease. J Pain Symptom Manage. 2006;31(1):58-69.

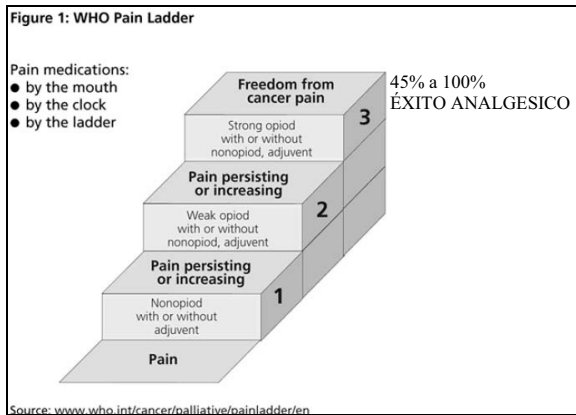
Dilemas y cuestiones pendientes en Analgesia.

- Accesibilidad al tratamiento del dolor.
- Accesibilidad y equidad en cuidados paliativos
- Conocimiento de los cuidados paliativos
- Control de los efectos secundarios de los analgésicos.

Tabla 5. Efectos secundarios de los opioides

	Síntomas	% Incidencia
Gastrointestinales	Náuseas, vómitos Estreñimiento	15-30 40-70
Sistema nervioso autónomo	Xerostomía, retención urinaria, hipotensión postural	Sin datos
Sistema nervioso central	Sedación, deterioro cognitivo, alucinaciones, delirium, hiperalgesia, convulsiones	20-80 Sin datos
Cutáneos	Prurito Hipersudoración	2-10 Sin datos

Escalera analgésica de la OMS (el secreto del éxito)

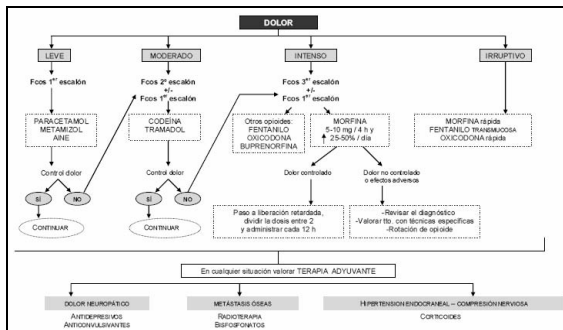


Sedación: ACLARANADO CONCEPTOS

“En Cuidados Paliativos entendemos por sedación exclusivamente la *administración de fármacos apropiados para disminuir el nivel de conciencia del enfermo con el objetivo de controlar algunos síntomas.*”

En el curso del tratamiento de pacientes en fases avanzadas y terminales de su enfermedad, donde la estrategia terapéutica es paliativa, podemos precisar dos conceptos diferentes pero relacionados: sedación paliativa y sedación terminal”

Existe evidencia clara sobre el tratamiento ANALGÉSICO



Frecuencia, entre el 1 y el 72% (Porta, et Al, EJPC 2001)

Table 1. Studies on terminal sedation published within the past ten years included in the review

Study	Author	Objective ¹	Design	Definition ¹¹	Location	N	Frequency (%)	Survival (days)	Sedation	Physical reasons	Psychological reasons
1	Ponselli	No	Prospective – last 12 hours	Yes	Home/hospital	401	25	—	S	Yes	Yes
2	Fainsinger	No	Retrospective – clinical cases	No	PCU	278	1	1.5	S	Yes	No
3	Turner	No	Prospective – last three days	No	PCU/hospital	50	72	—	—	—	—
4	Porta	Yes	Prospective	Yes	PCU/hospital	486	23	3.2	—	Yes	Yes
5	Monta	No	Prospective	Yes	PCU	157	45	3	P	Yes	Yes
6	Vigaris	No	Retrospective	No	PCU	2000	6	—	S	Yes	Yes
7	Wentzelska	Yes	Prospective	No	Home	154	52	2	P	Yes	No
8	Stono	Yes	Retrospective	Yes	PCU/hospital	115	26	1.3	S	Yes	Yes
9	Fainsinger	No	Retrospective – last week	No	PCU/hospital	100	16	—	P	Yes	No
10	Mohr	Yes	Prospective	No	Hospital	20	25	2.5	—	Yes	No
11	Monta	Yes	Retrospective	Yes	PCU	143	49	3.9	P	Yes	No
12	Ojeda Martín	Yes	Prospective	No	PCU/home	448	19	1.5	—	Yes	No
13	Fainsinger	Yes	Retrospective	No	PCU	76	30	2.5	P	Yes	No

¹ Yes/and/or study or describe the use of terminal sedation as a primary study objective. No Terminal sedation is not the main study objective.
¹¹ Whether or not an explicit definition of terminal sedation was used.
 P = proportional S = sedation

Clasificación de la Sedación (SECPAL, 2001)

- Según el objetivo

- Sedación primaria: es la disminución de la consciencia de un paciente que se busca como finalidad de una intervención terapéutica.
- Sedación secundaria (en castellano: somnolencia); es la disminución de la consciencia de un paciente como efecto colateral de un fármaco administrado en el curso del tratamiento de un síntoma.
- Según la temporalidad
 - Sedación intermitente: es aquella que mantiene períodos de alerta del paciente.
 - Sedación continua: es aquella que mantiene la disminución del nivel de consciencia del paciente de forma permanente.
- Según la intensidad
 - Sedación superficial: es aquella que permite la comunicación del paciente con las personas que le atienden.
 - Sedación profunda: es aquella que mantiene al paciente en estado de inconsciencia.

Sedación paliativa

Se entiende por sedación paliativa la administración **deliberada** de fármacos, en las dosis y combinaciones requeridas, **para reducir la consciencia** de un paciente con enfermedad avanzada o terminal, tanto como sea preciso **para aliviar adecuadamente uno o más síntomas refractarios** y con su consentimiento explícito, implícito o delegado. Se trata de una sedación primaria, que puede ser continua o intermitente, superficial o profunda.

Sedación Terminal:

Se entiende por sedación terminal la administración **deliberada** de fármacos para

lograr el alivio, inalcanzable con otras medidas, de un **sufrimiento físico y/o psicológico**, mediante la disminución suficientemente profunda y **previsiblemente irreversible** de la consciencia en un paciente cuya **muerte se prevé muy próxima** y con su consentimiento explícito, implícito o delegado. Se trata de una sedación primaria y continua, que puede ser superficial o profunda. Como puede verse, se entiende la sedación terminal como un tipo particular de sedación paliativa que se utiliza en el periodo de la agonía.

Análisis ético: el principio de doble efecto

Dado que **todo acto puede tener dos efectos, uno beneficioso y otro perjudicial**, el principio del doble efecto distingue entre las consecuencias o efectos de un acto, y su intencionalidad. Existen situaciones complejas en la práctica clínica en las que sólo es posible conseguir un beneficio (o evitar un perjuicio), causando un mal que no se desea.

El efecto negativo está éticamente permitido si no ha sido nuestra intención provocarlo. Este principio es de aplicación en el caso de la sedación paliativa y de la sedación terminal, con las siguientes consideraciones

Se entiende que el efecto deseado es el alivio del sufrimiento y el efecto indeseado la privación, parcial o total, de la consciencia. **La muerte no puede considerarse como el efecto indeseado**, ya que el paciente fallecerá a consecuencia de la evolución de su enfermedad y/o sus complicaciones.

La responsabilidad moral del equipo recae en el proceso de toma de decisiones adoptadas **para aliviar el sufrimiento**, y no tanto en el resultado de su intervención en términos de vida o muerte.

Son **condiciones** del principio ético del doble efecto:

- Que la acción sea beneficiosa o neutra.

- Que la intención del actor sea correcta (se busca el efecto beneficioso).
- Que exista una proporción o equilibrio entre los dos efectos, el beneficioso y el perjudicial.
- Que el efecto deseado y beneficioso no sea causado por un efecto indeseado o negativo.

Diferencias entre sedación y eutanasia		
	Sedación	Eutanasia
Intención	Aliviar sufrimiento ante los síntomas, disminuyendo la capacidad de percibirlo	Provocar la muerte, para liberar del sufrimiento.
Proceso	<ul style="list-style-type: none"> - Indicación clara y contrastada. - Ajuste de fármacos según la respuesta del sufrimiento que genera el síntoma. - Evaluación y registro en la historia 	Utilizar fármacos a dosis o combinaciones letales, que garanticen una muerte rápida.
Resultado	Alivio del sufrimiento, contrastado mediante su evaluación	Muerte

Indicaciones de la SEDACION:
(Guía de CP, Ministerio SyC, 2008)

1. Indicación terapéutica correcta (síntoma o sufrimiento físico o psíquico **refractario** en el final de la vida del enfermo).
2. Consentimiento.
3. Profesionales con información clara y completa del proceso. Registro en HC.
4. Administración en las dosis y combinaciones necesarias.

Síntomas refractarios:

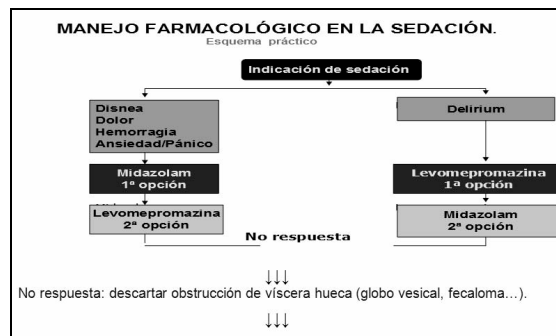
- Es aquél que no puede ser adecuadamente controlado a pesar de los **intensos esfuerzos** para hallar un tratamiento tolerable en un plazo de tiempo razonable, sin que comprometa la conciencia del paciente.
- **No debe confundirse con síntoma difícil**, que es aquél para cuyo adecuado control se precisa una intervención terapéutica intensiva,

tanto desde el punto de vista farmacológico, como instrumental y/o psicológico.

Tabla 1
RAZONES/INDICACIONES PARA LA SEDACION TERMINAL (% DEL TOTAL DE PACIENTES SEDADOS)

Síntomas	Revisión 2001(11)	Cataluña-Baleares (12)	UCP-HGUGM (14)
Delirium	39	10,7	72,7
Disnea	38	23,2	9
Dolor	22	23,2	4,5
Hemorragia	8,5	8,9	9
Nausea/vómitos	6	6,2	0
Astenia	20	1,7	-
Psico-social	21	54,4	40,9

FRECUENCIA DE SEDACION TERMINAL



Conclusiones

- La sedación paliativa es una maniobra terapéutica destinada al alivio de síntomas refractarios.
- Para la aplicación de la sedación paliativa y/o terminal debe seguirse un protocolo definido y disponerse del conocimiento, de las habilidades técnicas y de las actitudes éticas requeridos.
- Ni la sedación paliativa ni la terminal son eutanasia encubierta. Las diferencias recaen tanto en el objetivo, el procedimiento, el resultado y la indicación como en el respeto a las garantías éticas.
- Los principios éticos de la asistencia (no maleficencia, justicia, autonomía y beneficencia) el principio del doble efecto y el respeto a los derechos de las personas en situación terminal, guiarán la toma de decisiones.
- Debe garantizarse la disponibilidad de fármacos indicados para la sedación en todos los niveles de asistencia y en todas las modalidades de atención.

HOSPITALIZACION A DOMICILIO

Jorge Gutiérrez Dubois

Responsable del Programa de Hospitalización a Domicilio.
Area de Salud de Tudela. Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea

Definición:

alternativa asistencial capaz de realizar en el domicilio cuidados similares a los hospitalarios:

- Diagnósticos y terapéuticos
- Generalmente profesionales del ámbito hospitalario
- Período limitado en el tiempo

Introducción

Historia

- 1947: Hosp. Guido Montefiore (NY)
- 1951: Hospital Tenon (Paris) y 1957 (Santè Service)
- Década de los 60: extensión (Canadá, GB, Suecia, Alemania, Italia)
- España:
 - 1981: Hospital Provincial de Madrid
 - 1983: Cruces (Primero de INSA-LUD)
 - 1989: I Jornadas de Atención a Domicilio (Ministerio de Sanidad)
 - 2007: I Unidad de HaD Navarra: Hospital Reina Sofía de Tudela.

- 2008: Unidad de HaD de Pamplona

Cartera de servicios

- **Alta temprana:**
 - Atención de pacientes agudos o subagudos
 - Cuidados similares a los hospitalarios
 - Estancia media similar a planta hospitalaria
 - Alta temprana desde servicios hospitalarios
 - Pacientes agudos
 - Crónicos reagudizados
 - Quirúrgicos
- **Cuidados especializados:**
 - Pacientes estables
 - Procedimientos terapéuticos complejos
 - Quimioterapia
 - Nutrición enteral
 - Ventilación mecánica
- **Soporte:**

- Valoración a pacientes complejos a petición de AP.

Criterios de ingreso:

- **Sociales:**
 - Cuidador principal
 - Teléfono de contacto
- **Médicas:**
 - Estabilidad clínica del paciente
 - Necesidad de cuidados – tratamientos complejos
 - Diagnóstico
- **Geográficas:**
 - 30 minutos de asistencia
- **Voluntariedad**

HaD: pros y contras

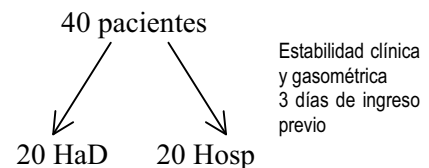
- **Ventajas:**
 - Punto de vista científico:
 - Ausencia de infecciones nosocomiales
 - Evitar hospitalismo
 - Disminución de sd confusional agudo
- **Punto de vista psicosocial:**
 - Mejora de la relación médico - paciente
 - Facilidad de comunicación
 - Mayor intimidad y comodidad
 - Integra a la familia en el cuidado del enfermo
 - Promueve educación sanitaria
 - Evita desplazamientos de los familiares
- **Ventajas:**

- Gestión de recursos
 - Disminución de costes
 - Facilita acceso de hospital de agudos a quien realmente lo necesita
 - Conexión entre atención primaria - hospital

- **Desventajas:**
 - Científicas:
 - No es un hospital
 - Psicosociales:
 - Carga para familiares
 - Absentismo laboral
 - Ansiedad por atender a un enfermo
 - Carga económica: contratación de personal auxiliar.

HaD y medicina basada en evidencia

- **Evidencia débil**
- **Cada vez más estudios**
 - EPOC:



- Resultados³:
 - No diferencias en mortalidad ni ingresos en 1 mes
 - Menor estancia media en HaD
 - Menor número de acciones urgentes en HaD

³ Díaz Lobato et al. Arch Bronconeumol. 2005; 41(1);5-10

- Menor número de recaídas en HaD en un mes
- Mayor abandono de tabaco en un mes.
- Insuficiencia cardíaca

Tratamiento de la insuficiencia cardíaca en régimen de hospitalización a domicilio. Estudio de 158 pacientes

Humberto Mendoza Ruiz de Zuazu¹, José Regalado de los Cobos², Elena Altuna Basurto³, Juan Miguel Cía Ruiz³, Fernando Aros Borau³ y Pedro Lopetegui Eraso³

¹Servicio de Hospitalización a Domicilio, Hospital Txagorritxu, Vitoria-Gasteiz.
²Servicio de Cardiología, Hospital Txagorritxu, Vitoria-Gasteiz.
³Servicio de Urgencias, Hospital Txagorritxu, Vitoria-Gasteiz, España.

TABLA 1

Criterios de derivación de pacientes con insuficiencia cardíaca (IC) al Servicio de Hospitalización a Domicilio

Desde el Servicio de Urgencias

- Pacientes con IC conocida y descompensada en estadio III de la NYHA (entendiendo por conocida aquella IC con un diagnóstico etiológico, con una evaluación pronóstica y un seguimiento evolutivo de al menos 2 años)
- Pacientes con IC en estadio IV sin opción de tratamiento etiológico corrector si, tras su estancia en urgencias, se considera no indicado su ingreso hospitalario (mejoría durante su estancia en urgencias, ausencia de datos de gravedad, situación de terminalidad)
- Pacientes con varias enfermedades que es preciso controlar (broncopatía crónica, síndrome febril, diabetes mellitus descontrolada, trastorno iónico o de función renal que precisa control analítico seriado)

Desde consulta externa o planta de hospitalización

Los criterios de derivación son básicamente los mismos que para urgencias añadiendo:

- Pacientes con cardiopatía crónica conocida, en situación clínica estable, pero que persisten en estadio III/IV, con varias agudizaciones recientes que han precisado ingreso o visita a urgencias
- Pacientes con IC grave en situación terminal para cuidados paliativos

IC: insuficiencia cardíaca; NYHA: New York Heart Association.

- **Resultados**
 - Estancia media de 9,8 días (GF III) y de 16,5 días (GF IV)
 - Mortalidad de 3,8%
 - Altas (77,9%)
 - Menor frecuencia de visitas a Urgencias a posteriori
 - Menor número de ingresos hospitalarios.
- **Conclusión:**

- Alternativa a hospitalización tradicional.
- Enfermedades infecciosas

Antibioterapia intravenosa en domicilio. Estudio de 515 casos

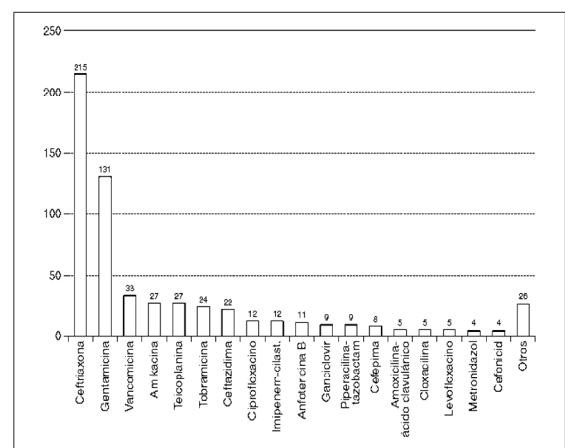
Humberto Mendoza-Ruiz de Zuazu¹, Javier Casas-Arrate², Carlos Martínez-Martínez³, Itziar de la Maza⁴, José Regalado de los Cobos⁵ y Juan Miguel Cía-Ruiz⁶

¹Unidad de Hospitalización a Domicilio. ²Servicio de Farmacia. Hospital Txagorritxu. Vitoria-Gasteiz. España.

TABLA 1. Distribución anual de los diagnósticos que han requerido AID en UHD

	1997	1998	1999	2000	2001	2002	Total (%)
Infección urológica	16	21	35	60	41	45	218 (42)
Infección respiratoria	20	20	22	24	24	23	133 (26)
Bacteriemia o sepsis	5	5	5	3	8	5	31 (6)
Osteoarticular	4	6	8	7	8	4	37 (7)
Piel y partes blandas	4	1	1	2	4	13	25 (5)
Fiebre en neutropenia	5	0	0	6	4	7	22 (4)
Endocarditis	2	2	2	3	2	3	14 (3)
Citomegalovirus	2	5	0	0	1	1	9 (2)
Otros	3	4	7	5	4	3	26 (5)
Total	61	64	80	110	96	104	515

AID: antibioterapia intravenosa en domicilio; UHD: unidades de hospitalización a domicilio.



RESULTADOS:

- 79% Evolución favorable
- 7% Reingreso Hospital
- 90% procedentes de Urgencias evolución favorable

Conclusión:

- HaD alternativa a hospitalización tradicional.

HaD CONCLUSIONES

- HaD es una alternativa válida a la Hospitalización convencional, sin que se produzca una disminución de la calidad de la atención sanitaria
- Existen ventajas: mayor humanidad, comodidad, menor coste...etc
- Siempre hay que tener en cuenta la voluntariedad del paciente y de la familia
- No hay que verlo como un sistema para aliviar la presión asistencial en los hospitales

SALUD Y DEPORTE: CONTROL Y SEGUIMIENTO DE DEPORTISTAS DE ELITE

Pedro Celaya Lezama

Médico Especialista de Medicina del Trabajo.

Diplomado en Medicina del Deporte.

Médico del equipo profesional de ciclismo USPOSTAL y actualmente de ASTANA

Consideraciones iniciales

- Intensa incidencia mediática en los últimos 10 años
- Muertes, accidentes e incidentes de carácter grave ocurridos en la competición y fuera de competición
- Preocupación por la protección de la salud del deportista

Riesgos propios de la práctica ciclista profesional

- Derivados del entrenamiento: tráfico, estado de la carretera, condiciones climatológicas
- Derivados de la competición: estado de la carretera, condiciones climatológicas, condiciones derivadas del esfuerzo extremo

Programas de control de salud

- Dependientes de la UCI
- Dependientes del propio equipo

Programas de prevención del dopaje

- Dependientes de la UCI y Federaciones adheridas
- Dependientes de AMA
- Dependientes de CCI y comités olímpicos nacionales
- Dependientes de administraciones locales
- Dependientes del programa interno del equipo
- Creación del pasaporte biológico

Programas oficiales

- Determinaciones analíticas trimestrales
- Controles antidopaje, en competición (muestras biológicas de sangre y orina) fuera de competición (muestras biológicas de sangre y orina)
- Funcionamiento de la hoja de localización

Programa interno

- Controles antidopaje,
 - en competición (muestras biológicas de sangre y orina)
 - fuera de competición (muestras biológicas de sangre y orina)
- Hoja de localización interna

Compromiso del deportista a combatir la práctica del dopaje

- Contrato de adhesión escrito y firmado para la UCI y la AMA
- Compromiso escrito para el equipo

Situación actual.

- Poca o nula coordinación entre las diferentes administraciones competentes en el terreno de
- la lucha contra el dopaje
- Derroche de recursos humanos y económicos

- Gran generación de datos de carácter íntimo y sensible

Propuestas

- Regularización de las normas antidopaje y de los exámenes previos de protección de la salud de los deportistas para deportes semejantes
- Realizar un número proporcional de controles antidopaje en deportes de carácter semejante
- Normalizar los criterios de análisis de muestras biológicas y de técnicas de detección para deportes semejantes
- Sanciones semejantes y proporcionadas
- Regularizar el tratamiento de los datos de carácter íntimo y sensible que se generan en todo este proceso y tratamiento de las muestras biológicas obtenidas y guardadas en los laboratorios

LEGISLACION

Sección a cargo de Belén Sarasa Monreal.

LEGISLACION DEL ESTADO

- Real Decreto 1468/2008, de 5 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 393/2007, de 23 de marzo, por el que se aprueba la norma básica de autoprotección de los centros, establecimientos y dependencias dedicados a actividades que pueden dar origen a situaciones de emergencia. BOE 239, de 3-10-2008.
- Real Decreto 1472/2008, de 5 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1054/2003, de 1 de agosto, por el que se aprueba la Norma de Calidad para determinados tipos de leche conservada parcial o totalmente deshidratada destinados a la alimentación humana. BOE 216, de 6-9-2008.
- Real Decreto 1614/2008, de 3 de octubre, relativo a los requisitos zoonosanitarios de los animales y de los productos de la acuicultura, así como a la prevención y el control de determinadas enfermedades de los animales acuáticos. BOE 242, de 7-10-2008. Corrección de errores en BOE 306, de 20-12-2008.
- Real Decreto 1801/2008, de 3 de noviembre, por el que se establecen normas relativas a las cantidades nominales para productos envasados y al control de su contenido efectivo. BOE 266, de 4-11-2008.
- Real Decreto 1802/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, aprobado por Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, con la finalidad de adaptar sus disposiciones al Reglamento (CE) nº 1907/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo (Reglamento REACH). BOE 266, de 4-11-2008.
- Real Decreto 1835/2008, de 8 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 1980/1998, de 18 de septiembre, por el que se establece un sistema de identificación y registro de los animales de la especie bovina. BOE 294, de 6-12-2008.
- Orden ARM/2510/2008, de 28 de agosto, por la que se modifica la Orden ARM/1200/2008, de 29 de abril, por la que se establecen medidas específicas de protección en relación con la lengua azul. BOE 211, de 1-9-2008.
- Orden PRE/2957/2008, de 10 de octubre, por la que se incluyen en el Anexo I del Real Decreto 2163/1994, de 4 de noviembre, por el que se implanta el sistema armonizado comunitario de autorización para comercializar y utilizar productos fitosanitarios, las sustancias activas fludioxonil, clomazona, prosulfocarb, amidosulfuron, nicosulfuron, cloridazona, bentiavalicarb, boscalida, carvone, fluoxastrobin, paecilomyces lilacinus, protioconazol y se amplía el uso de la sustancia activa metconazol. BOE 251, de 17-10-2008.
- Orden SCO/2603/2008, de 1 de septiembre, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la Especialidad de Geriátrica. BOE 223, de 15-9-2008.
- Orden SCO/2604/2008, de 1 de septiembre, por la que se aprueba y aplica el programa formativo de la especialidad de Nefrología. BOE 223, de 15-9-2008.
- Orden SCO/2605/2008, de 1 de septiembre, por la que se aprueba y publica el pro-

grama formativo de la especialidad de Neumología. BOE 223, de 15-9-2008.

- Orden SCO/3194/2008, de 4 de noviembre, por la que se constituye la Comisión de Coordinación de las actividades en materia de relaciones internacionales del Ministerio de Sanidad y Consumo. BOE 270, de 8-11-2008.
- Orden ARM/3301/2008, de 14 de noviembre, por la que se modifica la Orden APA/2442/2006, de 27 de julio, por la que se establecen medidas específicas de protección en relación con la influenza aviar. BOE 278, de 18-11-2008.
- Orden SCO/3803/2008, de 23 de diciembre, por la que se determinan los nuevos conjuntos de medicamentos, sus precios de referencia y se revisan los precios de referencia determinados por Orden SCO/3997/2006, de 28 de diciembre y por Orden SCO/3867/2007, de 27 de diciembre. BOE 315, de 31-12-2008.
- Resolución de 5 de junio de 2008, de la Secretaría General de Salud, por la que se publica el Acuerdo de Colaboración entre el Instituto de Salud Carlos III, el Instituto de Salud Pública de Navarra y la Fundación “Miguel Servet, en relación con el proyecto de investigación” validación del modelo de Gail para predecir el riesgo de cáncer de mama en España. BOE 232, de 25-9-2008.
- Resolución de 20 de octubre de 2008, de la Secretaria General de Sanidad, por la que se publica el Convenio de Colaboración entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Departamento de Salud del Gobierno de Navarra, para desarrollar las recomendaciones establecidas en la estrategia de atención al parto normal en el Sistema Nacional de Salud. BOE 274, de 13-11-2008.
- Resolución de 12 de noviembre de 2008, de la Agencia Española de Medicamentos

y Productos Sanitarios, por la que se actualiza el Anexo I de la Orden SCO/2874/2007, de 28 de septiembre, por la que se establecen los medicamentos que constituyen excepción a la posibilidad de sustitución por el farmacéutico con arreglo al artículo 86.4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de medicamentos y productos sanitarios. BOE 284, de 25-11-2008.

- Resolución de 20 de noviembre de 2008, de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por la que se establece la aplicación del procedimiento para la presentación de la autoliquidación y las condiciones de pago por vía telemática de la tasa prevista en el artículo 107 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de los Medicamentos y Productos Sanitarios. BOE 297, de 10-12-2008.

ANDALUCÍA

- Orden de 10 de septiembre de 2008, por el que se introduce la vacunación frente al virus del papiloma humano en el calendario de vacunaciones de Andalucía y se define el mismo. BOJA 185, de 17-9-2008. y Corrección de errores BOJA 204, de 14-10-2008.
- Corrección de errores del Decreto 472/2008, de 29 de julio, por el que se crea y regula el Registro de Profesionales Sanitarios de Andalucía. BOJA 218, de 3-11-2008.

ARAGÓN

- Decreto 167/2008, de 9 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Mapa Sanitario de la Comunidad Autónoma de Aragón. BOA 153, de 23-9-2008.

- Decreto 239/2008, de 16 de diciembre, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen las normas de homologación de los cursos de formación y las de acreditación de las entidades de formación, de los cuidadores y manipuladores de animales, de los adiestradores de los animales de compañía y de los animales potencialmente peligrosos. BOA 218, de 24-12-2008.
- Orden de 30 de julio de 2008, de la Consejera de Salud y Consumo, por la que se regulan los estudios post autorización de tipo observacional con medicamentos en la Comunidad Autónoma de Aragón. BOA 148, de 17-9-2008.
- Orden de 22 de septiembre de 2008, del Departamento de Salud y Consumo, por el que se regula el Sistema de Información y Evaluación de los Servicios de Atención Primaria del Sistema de Salud de Aragón, de sus centros y unidades clínicas. BOA 165, de 9-10-2008.
- Orden de 24 de octubre de 2008, del Consejero de Agricultura y Alimentación, por la que se declara oficialmente la enfermedad de la lengua azul. BOA 177, de 28-10-2008.
- Orden de 24 de octubre de 2008, de la Consejera de Salud y Consumo, por la que se regula la constitución y funcionamiento de las Comisiones de Tumores Hospitalarios en el Sistema de Salud de Aragón. BOA 188, de 12-11-2008.
- Decreto 231/2008, de 25 de noviembre, que modifica el Decreto 421/2007, de 26 de diciembre, por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal sanitario de formación profesional y del personal de gestión y servicios del Servicio Canario de la Salud. BOCAN 239, de 28-11-2008.
- Orden de 8 de octubre de 2008, por la que se modifica la Orden de 24 de enero de 2008, de la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Alimentación, que adopta determinadas medidas sanitarias de salvaguarda para prevenir el ingreso de la enfermedad animal de la lengua azul en el territorio de la Comunidad Autónoma de Canarias. BOCAN 203, de 9-10-2008.
- Orden de 24 de octubre de 2008, por la que se crea el Comité Técnico Asesor para la formulación del III Plan de Salud de Canarias. BOCAN 225, de 10-11-2008.
- Orden de 1 de diciembre de 2008, por la que se corrige la Orden de 4 de abril de 2008, que establece los requisitos que deben cumplir los centros sanitarios para su homologación en el grupo de diagnóstico y tratamiento, subgrupo: rehabilitación. BOCAN 253, de 19-12-2008.
- Orden de 1 de diciembre de 2008, por la que se corrige la Orden de 30 de junio de 2008, que establece los requisitos que deben cumplir los centros sanitarios para su homologación en el grupo de consultas, subgrupos: especialidades y otros profesionales sanitarios: dentista. BOCAN 253, de 19-12-2008.

CANARIAS

- Decreto 230/2008, de 25 de noviembre, que modifica el Decreto 129/2006, de 26 de septiembre, por el que se aprueba y desarrolla el modelo de carrera profesional del personal diplomado sanitario del Servicio Canario de la Salud. BOCAN 239, de 28-11-2008.
- Resolución de 27 de junio de 2008, por la que se aprueba el programa de vigilancia sanitaria del agua de consumo humano de la Comunidad Autónoma de Canarias. BOCAN 224, de 7-11-2008.
- Resolución de 29 de agosto de 2008, por la que se subsana la omisión producida en la

Resolución de 18 de abril de 2008, que actualiza los criterios del Comité Asesor del Servicio Canario de la Salud, para la utilización terapéutica de la Hormona del Crecimiento en niños y adolescentes con tallas bajas patológicas y adultos con déficit de Hormona de Crecimiento. BOCAN 191, de 23-9-2008.

CANTABRIA

- Ley 5/2008, de 19 de diciembre, de creación del Instituto Cántabro de Seguridad y Salud en el Trabajo. BOC 251, de 30-12-2008.
- Decreto 72/2008, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Sanitario de Piscinas de uso colectivo de la Comunidad Autónoma de Cantabria. BOC 199, de 15-10-2008.
- Orden SAN/35/2008, de 12 de septiembre, por la que se regulan las condiciones sanitarias de los establecimientos de comercio al por menor de carnes frescas y sus derivados. BOC 185, de 24-9-2008.

CASTILLA LA MANCHA

- Decreto 139/2008, de 9 de septiembre, por el que se establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Salud y Bienestar Social. DOCM 189, de 12-9-2008.
- Decreto 140/2008, de 9 de septiembre, de estructura orgánica y funciones de los Servicios Centrales y Periféricos del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. DOCM 189, de 12-9-2008.
- Decreto 353/2008, de 23 de diciembre, por el que se declara de interés público regional el desempeño de una segunda actividad de carácter asistencial, en puestos de trabajo de personal médico o personal matronas, de las Instituciones Sanitarias Públi-

cas del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha. DOCM 268, de 30-12-2008.

- Orden de 21 de noviembre de 2008, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se amplían los procesos con garantía de segunda opinión médica recogidos en el artículo 4 del Decreto 180/2005, de 2 de noviembre, del derecho a la segunda opinión médica. DOCM 250, de 5-12-2008.
- Orden de 25 de noviembre de 2008, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, de los requisitos técnico-sanitarios de los centros y servicios de terapia ocupacional DOCM 250, de 5-12-2008.

CASTILLA Y LEÓN

- Ley 14/2008, de 18 de diciembre, por la que se crea y regula una red de apoyo a la mujer embarazada. BOCyL 229, de 26-11-2008.
- Decreto 68/2008, de 4 de septiembre, por el que se crea el Registro de pacientes en lista de espera de atención especializada y se regulan las garantías de espera máxima en intervenciones quirúrgicas en el Sistema de Salud de Castilla y León. BOCyL 175, de 10-9-2008.
- Decreto 80/2008, de 27 de noviembre, sobre la gestión sanitaria de la calidad de las aguas de baño de la Comunidad de Castilla y León. BOCyL 234, de 3-12-2008.

CATALUÑA

- Decreto 219/2008, de 11 de noviembre, por el que se establece el calendario de vacunaciones sistemáticas. DOGC 5257, de 13-11-2008.
- Decreto 226/2008, de 18 de noviembre, de modificación del Decreto 166/2005, de 26 de julio, por el que se regula el Comité

Consultivo de Bioética de Cataluña. DOGC 5264, de 24-11-2008.

- Orden SLT/465/2008, de 27 de octubre por el que se regula el Programa de Seguridad de la Información en el Departamento de Salud. DOGC 5255, de 11-11-2008.
- Orden SLT/541/2008, de 3 de diciembre, por la que se fija la cobertura del Programa de enjuagues periódicos de soluciones fluoradas para el curso académico 2008-2009. DOGC 5279, de 16-12-2008.
- Resolución SLT/2925/2008, de 25 de septiembre, por la que se revisa el Catálogo de prestaciones ortoprotésicas. DOGC 5229, de 6-10-2008.

COMUNIDAD DE MADRID

- Orden 771/2008, de 31 de octubre, por la que se regula la realización de prácticas de tanatopraxia en la Comunidad de Madrid. BOCM 262, de 3-11-2008.
- Orden 775/2008, de 4 de noviembre, por la que se modifica la composición del Observatorio Regional de Riesgos Sanitarios de la Comunidad de Madrid. BOCM 278, de 21-11-2008.
- Recomendación 3/2008, de 30 de abril, de la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, sobre tratamiento de datos de carácter personal en servicios de administración electrónica. BOCM 217, de 11-9-2008.

COMUNIDAD FORAL DE NAVARRA

- Ley Foral 20/2008, de 20 de noviembre, por lo que se modifica la Ley Foral 12/200, de 16 de noviembre, de Atención Farmacéutica. BON 146, de 1-12-2008.
- Decreto Foral 119/2008, de 1 de diciembre, por el que se modifica el Decreto Fo-

ral 259/1997, de 22 de septiembre, por el que se establece la ordenación de las prestaciones sanitarias en tocoginecología y en planificación familiar. BON 154, de 19-12-2008.

- Decreto Foral 120/2008, de 1 de diciembre, por el que se modifica el Decreto Foral 45/2006, de 3 de julio, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. BON 154, de 19-12-2008.
- Corrección de errores del Decreto Foral 71/2008, de 23 de junio, por el que se regula la estructura y funcionamiento del Área Clínica del Corazón. BON 121, de 3-10-2008.
- Orden Foral 97/2008, de 18 de agosto, de la Consejera de Salud, por la que se renueva la composición del Comité de Investigación Clínica de la Comunidad Foral de Navarra. BON 115, de 19-9-2008.
- Orden Foral 127/2008, de 28 de octubre, de la Consejera de Salud por la que se constituye el Observatorio de Seguridad de Pacientes en la Comunidad Foral de Navarra. BON 142, de 21-11-2008.
- Orden Foral 129/2008, de 28 de octubre, de la Consejera de Salud, por la que se establece el procedimiento especial regulador del sistema de acoplamiento interno previo en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. BON 145, de 28-11-2008.

COMUNIDAD VALENCIANA

- Decreto 120/2008, de 5 de septiembre, del Consell, por el que se aprueba los Estatutos del Centro Superior de Investigación en Salud Pública. DOCV 5845, de 9-9-2008.
- Decreto 143/2008, de 3 de octubre, del Consell, por el que se regula los biobancos

en la Comunitat Valenciana. DOCV 5867, de 10-10-2008.

- Orden de 13 de octubre de 2008, de la Consellería de Sanidad, por la que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento del Consejo de Salud de la Comunitat Valenciana. DOCV 5882, de 30-10-2008.
- Resolución de 11 de diciembre de 2008, del Conseller de Sanitat, por la que se implanta el programa de receta informática y/o electrónica de estupefacientes en el ámbito de la asistencia sanitaria pública de la Comunitat Valenciana. DOCV 5917, de 19-12-2008.

EXTREMADURA

- Decreto 220/2008, de 24 de octubre, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Sanidad y Dependencia de la Junta de Extremadura. DOE 210, de 30-10-2008.
- Decreto 221/2008, de 24 de octubre, por el que se aprueban los Estatutos del Servicio Extremeño de Salud. DOE 210, de 30-10-2008.
- Decreto 252/2008, de 12 de diciembre, por el que se atribuyen competencias sancionadoras en materia de salud pública en la Comunidad Autónoma de Extremadura. DOE 245, de 19-12-2008.

GALICIA

- Decreto 183/2008, de 31 de julio, sobre extinción de fundaciones públicas hospitalarias. DOG 168, de 1-9-2008.
- Decreto 195/2008, de 28 de agosto, por el que se modifica el Decreto 45/2006, de 23 de febrero, por el que se establece la estructura orgánica de la Consellería de Sanidad y el Decreto 202/2005, de 7 de julio, por el que se crea la clase de farmacéuticos

inspectores de Salud Pública. DOG 174, de 9-9-2008.

- Decreto 206/2008, de 28 de agosto, de receta electrónica. DOG 181, de 18-9-2008.
- Decreto 210/2008, de 28 de agosto, por el que se establece el procedimiento de autorización y se aplican normas de calidad en actividades relacionadas con las células y tejidos humanos. DOG 185, de 24-9-2008.
- Decreto 236/2008, de 16 de octubre, por el que se modifica el Decreto 206/2005, de 22 de julio, de provisión de plazas de personal estatutario del Servicio Gallego de Salud. DOG 208, de 27-10-2008.
- Orden de 25 de agosto de 2008, por el que se regula el Libro Oficial de Movimiento de Biocidas de la Comunidad Autónoma de Galicia. DOG 181, de 18-9-2008.
- Orden de 28 de agosto de 2008, de desarrollo del Decreto 253/2004, de 7 de octubre, por el que se regulan las actividades de bronceado artificial mediante radiaciones ultravioletas y por la que se establecen los requisitos exigibles a los organismos de control para actuar en este campo. DOG 178, de 15-9-2008.
- Orden de 15 de septiembre de 2008, por la que se establecen e implantan procedimientos de seguridad y el sistema de vigilancia frente al accidente con riesgo biológico en el ámbito de las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud. DOG 189, de 30-9-2008.
- Orden de 16 de septiembre de 2008, por la que se establece el procedimiento para la adaptación de puestos y condiciones de trabajo por razones de protección de salud y de la maternidad en las instituciones sanitarias del Servicio Gallego de Salud. DOG 189, de 30-9-2008.
- Orden de 28 de octubre de 2008, de la Consellería de Sanidad, para el acceso a la

carera profesional del personal laboral del sector sanitario público gestionado por entidades adscritas a la Consellería de Sanidad e integrado en el régimen estatutario por los procesos previstos en el Decreto 91/2007. DOG 213, de 3-11-2008.

- Orden de 1 de diciembre de 2008, por la que se publica el acuerdo 2008-2012 para la mejora de las condiciones de trabajo y retributivas del personal estatuario del Servicio Gallego de Salud. DOG 239, de 10-12-2008.
- Resolución de 12 de septiembre de 2008, de la Dirección General de Salud Pública, por la que se actualiza el calendario de vacunación infantil del programa gallego de vacunación. DOG 183, de 22-9-2008.
- Resolución de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de Producción, Industrias y Calidad Agroalimentaria, por la que se dictan medidas en materia de protección sanitaria y de movimiento pecuario como consecuencia de la detección de casos de lengua azul en la Comunidad Autónoma de Galicia. DOG 219, de 4-11-2008.
- Decreto 29/2009, de 5 de febrero, por el que se regula el uso y acceso a la historia clínica electrónica. DOG 18-02-2009

ISLAS BALEARES

- Decreto 93/2008, de 5 de septiembre, por el que se establecen los requisitos y las condiciones sanitarias de los Servicios de farmacia y depósitos de medicamentos en los Centros de cirugía ambulatoria, mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social y Centros de interrupción voluntaria del embarazo. BOCAIB 128, de 13-9-2008.
- Decreto 94/2008, de 12 de septiembre, por el que se aprueban las bases y se establece el contenido de la cartera de servicios complementaria del Sistema Sanitario Pú-

blico de las Illes Balears. BOCAIB 131, de 18-9-2008.

- Decreto 96/2008, de 19 de septiembre, por el que se regula la prescripción y la dispensación en los Centros Asistenciales del Servicio de Salud de las Illes Balears de los medicamentos de intercepción post-coital. BOCAIB 139, de 2-10-2008.
- Decreto 100/2008, de 26 de septiembre, por el que se revoca la delegación de competencias aprobada por el Decreto 10/1999, de 19 de febrero, por el que se delega en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de las Islas Baleares la tramitación de los expedientes de traslados, modificación y transmisión de oficinas de farmacia y el nombramiento de farmacéuticos, regentes, sustitutos o adjuntos. BOCAIB 139, de 2-10-2008.
- Decreto 117/2008, de 24 de octubre, por el cual se modifica el Decreto 15/1997, de 23 de enero, por el que se crea y regula la Red de Vigilancia Epidemiológica en la Comunidad Autónoma de las Illes Balears. BOCAIB 157, de 6-11-2008.
- Decreto 133/2008, de 5 de diciembre, por el que se establece el procedimiento para la renovación de los carnés de aplicadores de plaguicidas de uso ambiental y de uso en la industria alimenticia. BOCAIB 176, de 16-12-2008.
- Decreto 137/2008, de 12 de diciembre, por el cual se regula el uso de desfibriladores externos semiautomáticos en centros no sanitarios de las Illes Balears. BOCAIB 178, de 20-12-2008.
- Orden del Consejero de Salud y Consumo, de 22 de diciembre de 2008, por la que se crea la Coordinadora de Salud y Género. BOCAIB 182, de 27-12-2008.

LA RIOJA

- Decreto 55/2008, de 10 de octubre, de segunda opinión médica. BOR 133, de 13-10-2008.
- Decreto 56/2008, de 10 de octubre, por el que se regula la garantía de tiempos máximos de espera y el sistema de información sanitaria en el Sistema Público de La Rioja. BOR 133, de 13-10-2008.
- Corrección de errores del Decreto 48/2008, de 18 de julio, por el que se regula el uso de desfibriladores semiautomáticos externos por personal no médico en la Comunidad Autónoma de La Rioja. BOR 134, de 15-10-2008.

. PAIS VASCO

- Orden de 6 de agosto de 2008, del Consejero de Agricultura, Pesca y Alimentación, de segunda modificación de la Orden por la que se establecen medidas de vigilancia, protección y control en relación con la lengua azul. BOPV 169, de 5-9-2008.
- Orden de 7 de octubre de 2008, del Consejero de Sanidad, de modificación de la Orden Reguladora de las autorizaciones de creación, de realización de modificaciones y de funcionamiento de los Gabinetes Ortopédicos u Ortopedias. BOPV 208, de 30-10-2008.

PRINCIPADO DE ASTURIAS

- Decreto 109/2008, de 15 de octubre, por el que se regula la obligación de las personas titulares de centros de bronceado de declarar su actividad ante la Administración del Principado de Asturias. BOPA 251, de 28-10-2008.
- Decreto 125/2008, de 27 de noviembre, de estructura orgánica básica de la Consejería

de Salud y Servicios Sanitarios. BOPA 277, de 28-11-2008.

- Resolución de 2 de septiembre de 2008, de la Consejería de Medio Ambiente y Desarrollo Rural, por la que se crea un Comité de Expertos sobre la lengua azul en el Principado de Asturias. BOPA 209, de 6-9-2008.
- Resolución de 18 de agosto de 2008, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, por la que se modifica el calendario oficial de vacunaciones infantiles. BOPA 210, de 9-9-2008.

REGIÓN DE MURCIA

- Decreto 411/2008, de 31 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, el reconocimiento de la acreditación y el registro de los laboratorios en el ámbito de la salud pública y agroalimentaria. BORM 259, de 7-11-2008.
- Decreto 474/2008, de 5 de diciembre, sobre publicación en el ámbito de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las sanciones por infracciones muy graves en materia de prevención de riesgos laborales y creación de un Registro Público Regional de dichas sanciones. BORM 288, de 13-12-2008.
- Corrección de errores del Decreto 198/2008, de 11 de julio, por el que se desarrolla la Ley 28/2005, de Medidas Sanitarias frente al Tabaquismo y Reguladora de la Venta, el Suministro, el Consumo y la Publicidad de los Productos del Tabaco, en la Comunidad Autónoma de Murcia. BORM 237, de 10-10-2008.
- Resolución de 26 de noviembre de 2008, del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, sobre la facturación de recetas procedentes de otras Comunidades Autónomas. BORM 291, de 17-12-2008.

Premio Derecho y Salud 2009

La Asociación de Juristas de la Salud convoca el V Premio Derecho y Salud 2009 para trabajos de estudio e investigación sobre Derecho Sanitario, conforme a las siguientes:

B A S E S

1. CRITERIOS

Podrán concurrir al **V Premio Derecho y Salud** los trabajos de estudio e investigación inéditos que aborden cualquier ámbito del Derecho Sanitario

El jurado valorará, entre otros aspectos, la calidad científica; la concreción y claridad expositiva; el interés científico, tanto académico como práctico; la originalidad y actualidad del tema; etc.

2. PARTICIPANTES

Podrán concurrir al **V Premio Derecho y Salud** tanto personas individuales, como equipos de trabajo constituidos al efecto. No podrán participar los miembros de la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud.

3. FORMA

Los artículos (redactados en castellano) con una extensión máxima de 100 folios, que serán originales e inéditos, se presentarán escritos en ordenador, a espacio y medio, por una sola cara y en hojas de tamaño normalizado (DIN-A4). Se utilizará el tipo de letra Arial y el tamaño de la letra será de 12 puntos.

Los investigadores que deseen concurrir al **V Premio Derecho y Salud**, deberán dirigirse al Presidente de la Asociación Juristas de la Salud y enviar los trabajos a Avenida Romero Donallo, 21, 3º A - 15706 Santiago de Compostela en sobre CERRADO bajo un lema y en el interior y en sobre cerrado aparte con el mismo lema sus datos personales de identificación. Además del trabajo en papel deberán remitir un CD o DVD con el texto del mismo.

4. PLAZO.

El plazo máximo de presentación de los trabajos finalizará el día 31 de Julio de 2009.

5. DOTACIÓN

El **V Premio Derecho y Salud** estará dotado con 5.000 euros, además de la asistencia del autor o autores al próximo congreso anual sin abonar cuota de inscripción y un diploma acreditativo para la candidatura ganadora, caso de que sea declarado desierto el jurado podrá proponer diversos accésit por la totalidad de la dotación.

6. JURADO

Estará compuesto por cinco miembros. El Presidente de la Asociación de Juristas de la Salud, que lo será a su vez del jurado, tres invitados por la junta directiva de la Asociación Juristas de la Salud, entre personalidades representativas y de reconocido prestigio en la disciplina del Derecho Sanitario y el secretario de la revista Derecho y Salud actuara de Secretario.

El funcionamiento del Jurado se acomodará a las normas contenidas en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

7. FALLO Y ENTREGA

El fallo se dará a conocer antes del 1 de noviembre. El Premio podrá declararse desierto. La entrega del Premio tendrá lugar con ocasión del XVIII CONGRESO de Derecho y Salud que se celebrará en Santander los días 11 a 13 de noviembre.

8. PUBLICACIÓN

El artículo premiado se publicara en la Revista **Derecho y Salud**,

Los autores que se presenten al **V Premio Derecho y Salud** autorizan la publicación de sus artículos a criterio del Consejo Editorial de la revista Derecho y Salud.

9. ACEPTACIÓN DE LAS BASES

Los participantes aceptan en su integridad estas bases así como el fallo del jurado, renunciando a cualquier reclamación en relación con las mismas.

Santiago de Compostela, febrero de 2009

NORMAS DE PUBLICACIÓN

- 1) Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos, estar mecanografiados con interlineado de 1,5 líneas en panel de tamaño DIN A-4.
- 2) Deberán enviarse cuatro copias del mismo a la redacción de la revista. A la vez deberá remitirse en soporte informático, utilizando preferentemente Word 97 o posteriores, indicándose en el mismo título del original y la versión de escritura empleada.
- 3) La primera página debe de incluir, por este orden:
 - a. Título del artículo.
 - b. Nombre y apellidos del autor o autores.
 - c. Profesión o título académico del autor y/o centro de trabajo.
 - d. Un breve resumen de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, todo ello en castellano e inglés.
 - e. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
- 4) Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3,...), a pie de página, mediante el uso de superíndice¹, siguiendo los siguientes modelos:
 - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 36 [o pp. 36-39].
 - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, 1988, p. 12 [o pp. 12 y ss].
 - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermín: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitarios”, *Derecho y Salud*, Vol. 9, núm. 2, 2001, pp. 141-149.
 - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
 - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: http://scielo.sld.cu/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso>. [Con acceso el 4.3.2006]
- 5) Se utilizará letra tipo “times new roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán negritas sino sólo exclusivamente letras redondas y cursivas. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
- 6) Los manuscritos serán revisados anónimamente por expertos en el tema tratado, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto, correspondiendo la decisión definitiva al Consejo de Redacción de la revista.

¹ GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *Tratamientos médicos: su responsabilidad penal y civil*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 121.

SOLICITUD DE ASOCIACION

DATOS PERSONALES

Nombre: _____
Primer Apellido: _____
Segundo Apellido: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Autonomía: _____
Teléfono/s:

--	--	--

Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI: _____

DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Código Sucursal:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Dígitos de Control:

--	--

 (2 dígitos)
Cuenta:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

ENVIO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Cuota de la Asociación 75 euros anuales

Remitir a:

Asociación Juristas de la Salud
Avda. Romero Donallo, 21, 3º A
15706 Santiago de Compostela

SOLICITUD DE SUSCRIPCION A LA REVISTA **DERECHO Y SALUD**

DATOS SUSCRIPCION

Nombre/Razón Social: _____
Departamento/Servicio: _____
Número de ejemplares: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s:

--	--	--

Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

FORMA DE PAGO

Transferencia A la cuenta 0182-6022-32-0201538629

Domiciliación Bancaria:

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Código Sucursal:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Dígitos de Control:

--	--

 (2 dígitos)
Cuenta:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Importe de la suscripción 50 euros anuales (dos revistas)

<p>Remitir a: Asociación Juristas de la Salud Avda. Romero Donallo, 21, 3º A 15706 Santiago de Compostela</p>
--

El XVIII Congreso Derecho y Salud se celebrará durante el mes de noviembre en Santander, bajo el lema:

“Derecho y salud: la persona como eje del sistema”

PROGRAMA PROVISIONAL

MIÉRCOLES, 11 DE NOVIEMBRE			
09.00	Entrega de documentación		
09.30	Acto inaugural		
10.00	Conferencia Plenaria: <i>Dimensión del derecho a la protección de la salud: su tratamiento en la jurisprudencia constitucional.</i>		
12.00	MESAS DE TRABAJO: 1ª SESIÓN		
	La protección del paciente: <i>Listas de espera: tratamiento jurídico</i>	Recursos Humanos: <i>La negociación colectiva en el ámbito sanitario público.</i>	Nuevas tendencias: <i>La prescripción enfermera.</i>
16.00	Conferencia Plenaria: La regulación de la protección de los datos relativos a la salud.		
17.30	MESAS DE TRABAJO: 2ª SESIÓN		
	La protección del paciente: <i>Los derechos del paciente en situación de dependencia.</i>	Recursos Humanos: <i>Necesidades de médicos especialistas a medio plazo.</i>	Nuevas tendencias: <i>El nuevo contrato de colaboración público privada en el ámbito sanitario.</i>
JUEVES, 12 DE NOVIEMBRE			
09.00	Asamblea de la Asociación Juristas de la Salud.		
10.00	Conferencia Plenaria: El personal estatutario de los servicios de salud: EBEP y Estatuto Marco del personal estatutario.		
12.00	MESAS DE TRABAJO: 3ª SESIÓN		
	<i>Salud Pública</i>		<i>Objeción de conciencia en el ámbito clínico: problemas y tendencias actuales.</i>
VIERNES, 13 DE NOVIEMBRE			
10.00	Conferencia Plenaria: <i>Nuevos derechos del paciente desde su consideración jurídica como consumidor.</i>		
12.00	Conferencia Plenaria: <i>Nuevos enfoques de la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.</i>		
13.30	Acto de clausura.		

