

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 11 – Mayo 2003
Extraordinario XI Congreso Derecho y Salud

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. JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE

Director:

SR. FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS

Secretario:

SR. JOSÉ LUIS RUIZ CIRUELOS

Consejo de Redacción

SRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
SR. JOSÉ MARÍA AYERRA LAZCANO
SR. JUAN CARRERAS EGAÑA
SR. RAFAEL GOMÁRIZ PARRA
SR. RAMÓN JIMÉNEZ ROMANO
SRA. LAURA MARÍA MARTÍN PÉREZ
SR. PAULINO MONTESDEOCA DE LA GUARDIA
SR. JOSÉ M. PÉREZ GÓMEZ
SR. PABLO ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA
SR. DAVID SAMPRÓN GÓMEZ
SR. JORGE SIMÓN ESCRIBANO
SR. JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER

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
APARTADO 4074
31080 PAMPLONA

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93
I.S.B.N.84-95206-79-X
IMPRESO EN ESPAÑA POR LINEGRAFIC, S.A.
HNOS. NOAIN, I I
31013 ANSOAIN - NAVARRA
<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

- Dos apuntes en materia de responsabilidad médica
M. de los Ángeles Parra Lucán 1
- El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas
Angel Menéndez Rexach 15
- El derecho fundamental a la protección de los datos personales. Obligaciones que derivan para el personal sanitario.
Juan Manuel Fernández López 37
- El personal estatutario. Consideraciones sobre el nuevo Borrador de Anteproyecto de “Estatuto básico del personal del sistema nacional de salud”..
José M^a Goerlich Peset 47
- La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de usuarios.
Pablo José Ortiz de Elgea Goicoechea 63
- Colegiación y acción sindical
José Luis Ruiz Ciruelos 77
- Formación continuada y especializada. El intrusismo profesional.
José Luis Ruiz Ciruelos 81
- Bases Comunes: El Estatuto Marco
Ramón Jiménez Román 85
- Libre circulación de profesionales
Ramón Jiménez Román 87
- Conclusiones de las Mesas de Trabajo 89
- Comunicaciones 97

Dos apuntes en materia de responsabilidad médica

María de los Ángeles Parra Lucán
Catedrática de Derecho civil. Universidad de La Laguna

SUMARIO

I.- Planteamiento. II.- Un apunte sobre la capacidad del paciente para prestar válido consentimiento. La Ley 41/200, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. III.- La aplicación de la Directiva 85/374/CEE a los centros sanitarios públicos: La incidencia en Derecho español de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta), de 10 de mayo de 2001, (asunto C-203/1999, Henning Veedfald y Arhus Amtskommune).

I.- Planteamiento.

Haber aceptado desarrollar una ponencia sobre un tema tan amplio como es el de la “Responsabilidad médica”, tal y como figura en el programa de este Congreso, al que asisten especialistas en Derecho y en temas sanitarios y de salud, fue sin duda un atrevimiento por mi parte.

Difícilmente puede hacerse en el tiempo que razonablemente debe durar mi intervención un planteamiento original o novedoso en una materia que ofrece tantos perfiles, sobre la que sigue produciéndose una avalancha de resoluciones judiciales y que, para ser tratada seriamente requiere ser abordada desde distintas perspectivas dogmáticas (la del Derecho civil, la de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, la del Derecho penal), y que incide en ámbitos diversos (el de los derechos fundamentales, el del seguro de responsabilidad civil, el de las jurisdicciones competentes, problema no resuelto definitivamente a pesar de las reformas de la Ley orgánica del poder judicial y de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, que sigue dando lugar a polémica y a confusión en las Audiencias y en la doctrina, en particular cuando se ejercita la acción directa contra las compañías de seguros).

Si hubiera de destacar algunos de los aspectos más llamativos de la actual práctica jurisprudencial en materia de régimen de la responsabilidad médica quizás deberían

destacarse dos. De una parte, el hecho de que son cada vez más frecuentes las decisiones judiciales en las que la responsabilidad médica se vincula a la ausencia de una correcta información médica, incluso, cuando la actuación del médico ha sido diligente, forzando entonces la regulación del consentimiento informado con el único propósito de conceder una indemnización al demandante. De otra parte, cabe apreciar un abuso en la práctica jurisprudencial del concepto del daño moral, con el propósito evidente de conceder indemnizaciones sin cuantificar e identificar concretos daños producidos en la realidad. Ambos datos son fácilmente comprobables mediante la lectura de las sentencias que publican los repertorios jurisprudenciales.

Por eso he preferido centrar mi exposición en un tema muy concreto y menos conocido. Me refiero a la incidencia en el Derecho español de la responsabilidad médica de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de mayo de 2001 (asunto Veedfald), conforme a la cual los centros sanitarios, públicos o privados, responden, con arreglo al régimen de la responsabilidad por productos defectuosos, por los daños causados por los productos que elaboran y suministran con ocasión de la prestación de un servicio médico. A la exposición de esta materia dedicaré la mayor parte de mi ponencia.

Ahora bien, hace tan sólo unos días, el pasado quince de noviembre, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado la Ley 41/2002, de catorce de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación

¹ Ponencia leída el 20 de noviembre de 2002 en el XI Congreso de Derecho y Salud, Nuevos retos del sistema nacional de Salud. Santa Cruz de Tenerife.

clínica. Son muchos y variados los enfoques con que puede abordarse el tema del consentimiento informado (naturaleza del derecho, contenido, forma, efectos de su no prestación en materia de responsabilidad médica, instrucciones previas). Puesto que estos temas se abordan en las diferentes mesas de trabajo formadas por los asistentes a este congreso yo me voy a limitar a plantear los problemas que se plantean desde el punto de vista de la capacidad del paciente cuando es menor de edad o está incapacitado. A esta cuestión me refiero en primer lugar.

II. Un apunte sobre la capacidad del paciente para prestar válido consentimiento. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica²

La Ley 41/2002, de catorce de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, vuelve a regular el consentimiento informado. Puesto que el tema va a ser objeto de debate en una de las Mesas de Trabajo de este Congreso, me limitaré a señalar que la nueva Ley, en una materia en la que se le han adelantado varias Comunidades Autónomas (Madrid, Cataluña, Galicia, La Rioja, Navarra, Aragón, Extremadura), regula el consentimiento informado de una manera más completa que el art. 10 de la Ley general de sanidad de 1986, tanto en lo que se refiere a la forma, al contenido y a las condiciones en que debe suministrarse al paciente la información. La Exposición de Motivos de la Ley apunta que, además, se han tenido en cuenta los criterios recogidos en el Convenio de Oviedo relativo a los derechos humanos y la biomedicina, que ya formaba parte de nuestro ordenamiento interno y que entró en vigor el uno de enero de dos mil (Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina: Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, BOE nº 251, de 20 de octubre de 1999).

² En mi exposición oral me limité a plantear algunos de los problemas que se plantean. Sobre toda esta materia, con más detalle, mi trabajo "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", en Aranzadi Civil, nº 2, 2003.

Haber aceptado desarrollar una ponencia sobre un tema tan amplio como es el de la "Responsabilidad médica", tal y como figura en el programa de este Congreso, al que asisten especialistas en Derecho y en temas sanitarios y de salud, fue sin duda un atrevimiento por mi parte.

Ahora bien, no me parece que la nueva Ley resuelva todos los problemas en una materia en la que los profesionales necesitan criterios seguros para tomar decisiones sin incurrir en responsabilidad. Dada la reciente publicación de la Ley, no me resisto a llamar su atención sobre dos puntos relacionados con la capacidad de las personas y el ejercicio de las funciones de guarda y protección en un ámbito en el que están en juego, entre otros, aspectos tan importantes como la dignidad de las personas y su salud. Advierto que hay otros como, por ejemplo, la referencia que hace la ley al consentimiento por representación en el caso de los incapacitados: además de que, con carácter general, también para los menores, es discutible hablar de representación en el ejercicio de los derechos de la personalidad, para los incapacitados habrá que tener en cuenta, en cada caso, su capacidad natural para prestar el consentimiento preciso para la intervención.

Después de la Ley 41/2002, de gran interés, Sergio Romeo Malanda, "Un nuevo marco jurídico-sanitario: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (I), en La Ley, número 5703, 23 de enero de 2003, págs. 1-6 y (II), en La Ley, número 5704, 24 de enero de 2003.

Con anterioridad a la promulgación de la Ley 41/2002, pero siguen ofreciendo interés y utilidad: Francisco Rivero Hernández, "Los derechos humanos del incapacitado", en Derechos Humanos del incapaz, del extranjero, del delincuente complejidad del sujeto, Barcelona, 1997; M^a Ángeles Parra Lucán, en "Comentario a los arts. 199-214", en Comentarios al Código civil, J. Rams coordinador, t. I, J. M. Bosch editor, Barcelona, 2000, págs. 1651-1774; María José Santos Morón, Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen, Escuela Libre Editorial, Madrid, 2000; Sergio Romeo Malanda, "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", en La Ley, número 5185, de 16 de noviembre de 2000, págs. 1-7 y (II), en La Ley, número 5186, de 17 de noviembre de 2000, págs. 1-6; Jesús Delgado Echeverría, en Lacruz, Elementos de Derecho civil, 1-2, "Parte General. Personas", Dykinson, Madrid, 2002.

Sobre la STC 154/2002, el comentario de María José Santos Morón, "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 8 de julio", en La Ley, de 12 de diciembre de 2002, págs. 1-6.

Además de las referencias en obras generales, sobre los trasplantes, en especial, Víctor Angostia Gorostiaga, Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica, Marcial Pons, Madrid, 1996.

Sobre el aborto, entre otros, Luis Arroyo Zapatero, "Los menores de edad de incapaces ante el aborto y la esterilización", Estudios Penales y Criminología, XI, 1988; Manuel Jesús Dolz Lago, "Menores embarazadas y aborto, ¿quién decide?", en Actualidad Penal, número 29, 1996; Carlos Lema Añón, "Sobre el consentimiento de las menores para la interrupción voluntaria del embarazo", en Jueces Para la Democracia, número 43, 2002.

a) Consentimiento requerido para el aborto de mujer menor o incapaz, en los supuestos en que no está penado.

La Ley 41/2002 introduce en el art. 9.4 una referencia a este tema, pero no introduce una regla clara, mostrando un serio desconocimiento de los temas relacionados con la capacidad de las personas y la posibilidad o no de actuar en representación legal por ellas. Para comprender mi crítica a la nueva “regulación” legal, conviene explicar algún antecedente.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 531/1985, de 11 de abril, que resolvió el recurso previo de inconstitucionalidad contra el proyecto de ley de despenalización del aborto dijo: “En cuanto a la forma de prestar el consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el Derecho privado” (Fundamento 14). Pero, ¿cuál es esa regulación del Derecho privado? No está nada claro el tema. Hace pocos días, los medios de comunicación se hacían eco de la noticia del intento de unos padres de que su hija, de quince años, abortara y cómo, finalmente, se produjo una intervención judicial dirigida a garantizar la decisión de la menor. En la práctica, parece que los responsables médicos que practican este tipo de intervenciones requieren el consentimiento de los padres.

Hay muchas preguntas delicadas y de respuesta difícil. La nueva Ley se las despacha de una manera muy simple en el art. 9.4 que, literalmente establece lo siguiente: “La interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida se rigen por lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación”.

No cabe duda de que la redacción del precepto no ha ido acompañada de una reflexión de los problemas que se plantean en la práctica, ni de las importantes consecuencias e implicaciones de esta materia. Por un lado, el precepto acumula supuestos distintos: el consentimiento de la mujer para el aborto junto a la práctica de ensayos clínicos y de técnicas de reproducción asistida, para los que sí hay una regulación específica, pero que no es común para ambos casos: el art. 5.6 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, por la que se regulan las técnicas de reproducción asistida humana exige que el donante de gametos y preembiones tenga más de dieciocho años y plena capacidad de obrar. La misma exigencia de capacidad establece el art. 6.1 de esta Ley para las usuarias de las técnicas. No cabe que se otorgue el consentimiento por representación. La normativa en materia de ensayos

es más compleja: cabe decir que, en determinadas circunstancias y con ciertos requisitos, sí es posible el consentimiento otorgado por el representante legal (art. 17 del Convenio de Oviedo; art. 60 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del medicamento; art. 12.4 del Real Decreto 561/1993, de 19 de abril, por el que se regulan los requisitos para la realización de ensayos clínicos).

¿Estaban pensando los autores de la redacción del art. 9.4 de la Ley 41/2002 que la respuesta al tema de la capacidad para el consentimiento en el aborto era de manera segura la exigencia de la mayor edad? Conviene observar que el artículo 9 no establece que haya que ser mayor de edad, sino que se remite a la regulación sobre la edad. Es seguro que la mujer mayor de edad no incapacitada puede prestar ese consentimiento (art. 322 del Código civil). Pero no es segura, en cambio, la situación de las menores de edad, porque en la regulación de la edad y de la capacidad de las personas no hay norma aplicable al caso del aborto. La remisión a “la mayoría de edad”, ¿debe interpretarse en el sentido de que en ningún caso valdrá como consentimiento el prestado por la menor embarazada? El consentimiento de la mujer es insustituible, es decir, no cabe representación de los padres. No puede significar, entonces, que los padres puedan consentir en lugar de la menor, como representantes legales suyos. ¿Tampoco cuando esté en peligro la vida de la madre? ¿Puede entenderse que en estos casos el consentimiento de los padres juega como cumplimiento del deber de velar y cuidar a los hijos? Por otra parte, parece poco coherente con otras reglas del propio ordenamiento español, concluir que la menor, con independencia de su propia madurez, no puede prestar válidamente el consentimiento requerido por la ley para excluir el carácter punible del aborto. En efecto, en nuestro ordenamiento, por ejemplo, entre otros, los menores tienen expresamente reconocidos los derechos de libertad ideológica, de conciencia y religión (lo que no excluye a padres y tutores, que tienen el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral: art. 6 de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor). Los menores pueden reconocer hijos (con aprobación judicial previa audiencia del Ministerio Fiscal: art. 121 del Código civil), contraer matrimonio a partir de los catorce años (con dispensa judicial: art. 48 del Código civil), o de ejercer la patria potestad sobre sus hijos (con asistencia de sus propios padres: art. 157 del Código civil). Incluso, el art. 181.2 del Código penal fija una edad sorprendentemente baja (los trece años) como límite a partir del cual se puede prestar el consentimiento para entender que no hay abuso sexual. Es cierto que hay determinadas intervenciones

que no pueden realizarse en menores de edad, ni con su consentimiento ni con el de sus padres o representantes legales (esterilización, donación de órganos, transexual: art. 156 del Código penal). En estos casos, la trascendencia del acto (esterilización, cirugía transexual) o la evidencia de que ningún beneficio reporta al menor (donación de órganos) justifican el sentido de la regulación, evitando decisiones peligrosas antes de que la persona goce de la adecuada capacidad para decidir por sí. Pero no parece que deba otorgarse el mismo tratamiento al caso que nos ocupa, en relación al cual el art. 417 bis del Código penal –artículo en vigor del derogado Código penal- declara no punible la práctica del aborto en los casos de grave peligro para la vida o la salud de la embarazada, en los casos de violación o de graves malformaciones del feto. Es decir, circunstancias que pueden afectar de igual manera a la mujer embarazada, con independencia de cuál sea su edad, y en las que el paso del tiempo impide tomar una decisión.

Debe tenerse en cuenta que el art. 162.1 del Código civil español excluye de la representación de los padres el ejercicio de los derechos de la personalidad que, de acuerdo con las condiciones de madurez, puedan realizar por sí solos. No es esta una regla que ofrezca a los terceros que se relacionan con el menor grandes dosis de seguridad pero, probablemente, se trata de materias en las que, por su propia naturaleza y conexión con la esfera íntima y personal tampoco sea oportuno fijar una edad uniforme por la ley. Excluida la representación de los padres es discutible, en cambio, si es suficiente, de acuerdo con el art. 162 del Código civil, sin necesidad de autorización o consentimiento de sus padres, el consentimiento de la menor que tenga madurez suficiente para prestar por sí el consentimiento. Como argumento en contra de la suficiencia del consentimiento de la menor podría advertirse que la exclusión de la representación de los padres sólo significa que los padres no pueden sustituir su consentimiento, pero no que queden eliminadas las funciones de guarda y el deber de velar por ella, como contenido propio de la patria potestad, por lo que, además del consentimiento de la menor debería requerirse el de sus padres o representante legal. No es segura, sin embargo, esta solución. El art. 162 se centra en la madurez de la propia menor y, posiblemente, la solución preferible sea entender que, teniendo discernimiento suficiente, basta su propio consentimiento.

En Francia, el Código de la salud pública, reformado el 4 de marzo de 2002, expresamente admite, derogando el art. 371-2 del Código civil, que el médico puede pres-

cindir del consentimiento de los padres en casos en que los menores expresamente se opongan a que se les consulte. Quizás no sea tan extraña esta regla en un ámbito en el que no sólo no cabe tomar una decisión por representación, en lugar o en nombre de la menor embarazada sino en la que, además, indudablemente, puede existir un conflicto entre las convicciones morales de la menor y las de sus padres, debiendo reconocerse preferencia a las de ella, en razón a las consecuencias que pueden derivarse de la decisión adoptada.

¿Qué decir, entonces, en los casos en los que la mujer es deficiente profunda, que ha sido violada, y que no puede prestar su consentimiento de manera válida? El representante legal de un incapacitado puede solicitar autorización judicial para esterilizarle (art. 156 del Código penal). No hay norma semejante para el aborto. En el ámbito de las incumbencias estrictamente personales la doctrina ha venido negando la posibilidad de que el tutor actúe por representación. Sin embargo, desde una nueva perspectiva, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 311/2000, de 18 de diciembre, ha revisado este planteamiento respecto de la legitimación del tutor para ejercer la acción de separación matrimonial del incapacitado. El Tribunal estima el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Supremo que sostiene que el tutor no puede instar la acción de separación en representación del pupilo incapacitado por ser una acción personalísima. El Constitucional entiende que el cierre de la posibilidad del ejercicio de la acción determina la violación al derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) y desemboca, además, en una situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales (arts. 14 y 32 de la Constitución).

Se trata, como advertía, de una materia difícil. En la práctica los problemas pueden ser muy graves. Los autores de la redacción del art. 9 de la Ley muestran un desconocimiento grave de la materia. No hacía falta que la ley dijera que es válido el consentimiento de las mujeres mayores de edad. El problema se plantea respecto de las menores y de las que no tengan capacidad suficiente para prestar su consentimiento. Ya que el art. 9.4 no da una solución para estos casos, no cabe duda de que es criticable, y hubiera sido preferible que el legislador, para no introducir más confusión, no dijera nada.

b) ¿A partir de qué edad se puede prestar el consentimiento informado?

Otro tema que la Ley tampoco resuelve de manera definitiva es el de los conflictos entre el derecho a la vida

y a la salud de los menores con otros derechos de quienes ejercen la potestad o la guarda sobre los mismos. En particular, a partir de qué momento se puede prestar de manera válida y eficaz un consentimiento que legitime la intervención médica, así como el papel que desempeña la patria potestad en todo este ámbito. Es decir, ¿cabe la toma de decisiones en función de representación?

Son muchas las preguntas que deben plantearse. Así, en primer lugar, partiendo de que el consentimiento lo otorga el representante legal del menor, y que el criterio es el interés del menor, conforme al art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, que lo erige en principio fundamental de nuestro ordenamiento, ¿qué límites deben jugar en la toma de decisiones de los padres? ¿Quién puede controlar las decisiones tomadas por los padres cuando sean contrarias al interés del menor? En segundo lugar, para los casos en que, según la ley, no cabe representación de los padres (por tener el hijo “madurez” bastante, o más de dieciséis años), ¿sigue siendo relevante su consentimiento como ejercicio de los deberes de guarda y protección que la ley les impone como contenido de la patria potestad?

El caso a que da pie la famosa y polémica Sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002 (Tribunal Constitucional Pleno, Ponente Excmo Sr. Don Pablo Cachón Villar; negativa a recibir transfusiones de sangre por testigos de Jehová) es sólo una muestra de la trascendencia de una materia que ahora, en la nueva Ley 41/2002, se aborda de manera confusa y, desde luego, sin ofrecer una solución clara que dé seguridad jurídica a los profesionales.

El art. 9.3.c) de la Ley contiene un prolijo y farragoso párrafo conforme al cual: “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en casos de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

Es decir, a la vista de este precepto cabe concluir que, a partir de los dieciséis años no cabe representación. Pero, al mismo tiempo se está diciendo que los padres

serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de decisión en caso de grave riesgo. ¿Quién toma, entonces la decisión? Excluida la representación, la decisión la toma el menor. La opinión de los padres sólo puede jugar como ejercicio del contenido de la patria potestad, cumpliendo el deber de velar y cuidar por los hijos sometidos a su potestad (art. 154 del Código civil), que no quedaría excluido cuando la decisión del menor le pueda causar un perjuicio irreparable, en el sentido de que, además del consentimiento del hijo se exige el de los padres. Pero, insisto, desde la perspectiva de una correcta técnica jurídica, excluida la representación, el consentimiento de los padres no podría sustituir al del menor. No se entiende bien, en consecuencia, lo que se ha pretendido decir en el art. 9.3.c) de la Ley 41/2002. Incluso, en el precepto se establece que, antes de los dieciséis años, la intervención de los padres como representantes sólo es posible si el menor no puede comprender el alcance del acto. Parece, entonces, que, en tal caso, se puede prescindir del consentimiento de los padres y contar sólo con el del propio menor, que legitimaría así la intervención médica de que se trate.

Conviene recordar algo que los autores de la Ley parecen haber olvidado: que en esta materia existen un conjunto de normas específicas para actos concretos (trasplantes, técnicas de reproducción asistida). Para tales intervenciones hay que estar a lo expresamente regulado. Pero, además, hay un cúmulo de normas generales en el Código civil y en la Ley de enjuiciamiento civil relativas al contenido y funciones de la patria potestad y a la posibilidad de recurrir, en determinadas circunstancias, a la autoridad judicial (art. 158 del Código civil). Posibilidad que sigue existiendo, naturalmente, aunque el art. 9 de la Ley 41/2002 no haga ninguna referencia a ella.

No debe olvidarse que en otros sectores, importantes pero de consecuencias no tan decisivas como es la propia vida, la salud o la integridad física, el legislador ha decidido regular expresamente la posibilidad de que intervenga una autoridad estatal, el Ministerio Fiscal, que puede ejercer las acciones en defensa del derecho al honor, intimidad o propia imagen de un menor de edad, cualquiera que sea su edad, aunque medie su propio consentimiento o el sus representantes legales. En este sentido, merece la pena recordar el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que en sus apartados 3 y 4 establece lo siguiente: “3. Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menos-

cabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses *incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales*. 4. Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, *corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio*, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública”.

¿Es menos trascendente la protección de la vida, la salud o la integridad física del menor? Está claro que no, sólo que el art. 9 de la Ley 41/2002 debe ponerse en relación con otros preceptos del ordenamiento. En definitiva, me parece criticable que el legislador haya abordado en el art. 9 de la Ley 41/2002 la materia del consentimiento de los menores en el ámbito del derecho a la salud sin la debida reflexión acerca de los problemas y de los conflictos que pueden producirse y, sin tener en cuenta el resto del sistema jurídico, haya introducido una norma que, aparentemente, pretende tener vida propia e independiente lo que, a mi juicio, como he señalado ya, no es posible.

III. La aplicación de la Directiva 85/374/CEE a los centros sanitarios públicos: La incidencia en Derecho español de la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de mayo de 2001 (asunto C-203/1999, Henning Veedfald y Århus Amtskommune)

a) La Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de mayo de 2001 (asunto C-203/1999, Henning Veedfald y Aarhus)

La Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resuelve una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal danés. Pero, como es sabido, y ha precisado el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: 1) su interpretación del Derecho comunitario vincula a todos los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros que hayan de aplicarlas; 2) estas sen-

tencias son directamente invocables ante los Jueces y Tribunales españoles y, por tanto, es evidente que puede fundarse un recurso de casación en la infracción por la sentencia recurrida de la doctrina del Tribunal de Justicia relativa a una norma comunitaria (cfr. art. 477.1 de la Ley de enjuiciamiento civil, infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso). De ahí la importancia que para el Derecho español tiene conocer la interpretación que del Derecho comunitario lleva a cabo el de Justicia de las Comunidades Europeas.

La sentencia Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de mayo de 2001 (asunto C-203/1999, Henning Veedfald y Aarhus)⁴ sienta la doctrina de que la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, que establece una responsabilidad objetiva del productor para los daños causados por los productos defectuosos, es aplicable a quien presta un servicio médico, también, como era el caso, cuando se trata de un hospital de titularidad pública.

La trascendencia de esta sentencia es evidente porque si no se estudia cuidadosamente lo que dice, cómo lo dice y para qué casos lo dice, puede llevar a una generalización equivocada en el sentido de pretender aplicar una regla de responsabilidad objetiva a supuestos que pertenecen al campo de la responsabilidad por culpa. Es decir, la sentencia sostiene la aplicación de la Directiva 85/374/CEE a la Administración sanitaria que, con ocasión de la prestación de un servicio médico utiliza un producto defectuoso que ha sido fabricado por ella misma. Nada dice, en cambio, de otros posibles supuestos de daños ocasionados en el curso de una asistencia sanitaria pero al margen de la utilización de un producto defectuoso ni, tampoco, incluso dentro de la causación de daños como consecuencia de la utilización de un producto defectuoso, de los casos en que el producto no ha sido elaborado por el centro que presta el servicio.

Conviene comenzar en primer lugar explicando brevemente los hechos, tal y como vienen recogidos en la sentencia.

El 21 de noviembre de 1990, el Sr. Veefald debía sufrir un trasplante de riñón en el hospital de Skejby. Tras haber extraído el riñón del donante, hermano del Sr.

³ Un comentario a la misma en Joan Carles Seuba Torreblanca, "Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de mayo de 2001 (Asunto C-203/99, Henning Veedfald y Århus Amtskommune). De nuevo sobre la Directiva 85/374/CEE", Barcelona, julio de 2001 (www.indret.com); Luis González Vaqué, "El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas clarifica algunos conceptos relativos a la responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos en el ámbito hospitalario (Directiva 85/374/CEE): la sentencia "Veefald"", en GJ nº 215, septiembre/octubre 2001; Juan José Marín López, "Daños por productos : estado de la cuestión", Tecnos, Madrid, 2001.

⁴ Puede consultarse en el sitio web del Tribunal de Luxemburgo <http://curia.eu.int/es/index.htm>.

Veedfald, se preparó para el trasplante por medio de una irrigación con un líquido de perfusión destinado a este fin. Por ser defectuoso el líquido, durante la irrigación se obstruyó una arteriola del riñón por lo que éste resultó inutilizable para cualquier trasplante. El líquido de irrigación había sido fabricado en los laboratorios de la farmacia de otro hospital, el Århus Kommunehospital (hospital municipal de Århus), y preparado para su utilización en el hospital de Skejby. La Amtskommune es propietaria y gestora de ambos hospitales. Basándose en la Ley n. 371 on produktansvar, de 7 de junio de 1989, que traspuso al Derecho danés la Directiva 85/374/CEE, de responsabilidad por productos defectuosos, el Sr. Veedfald solicitó una indemnización a la Amtskommune. Ésta declinó su responsabilidad alegando que no había puesto el producto en circulación y que no lo había fabricado con fines económicos, puesto que ambos hospitales están exclusivamente financiados con fondos públicos. El Sr. Veedfald interpuso un recurso contra esta resolución denegatoria de indemnización ante el Vestre Landsret (Dinamarca), recurso que fue desestimado mediante sentencia de 29 de septiembre de 1997. Interpuso un recurso de apelación ante el Højesteret.

Por suscitarle dudas la interpretación del Derecho nacional a la luz de las disposiciones de la Directiva, dicho tribunal decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse la letra a) del artículo 7 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, en el sentido de que un producto defectuoso no se ha puesto en circulación si se ha elaborado en el marco de la prestación de un servicio médico concreto y se utiliza en un órgano humano que ha sido extraído del cuerpo de un donante con el fin de prepararlo para su trasplante al cuerpo de otra persona y que, como consecuencia de ello, se ha causado el daño en el órgano?»

«2) ¿Debe interpretarse la letra c) del artículo 7 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, en el sentido de que un hospital de titularidad pública está exento de responsabilidad con arreglo a la Directiva por los productos que elabora y utiliza en el ámbito de un servicio concreto financiado con fondos públicos, prestado por el productor a la persona perjudicada sin ninguna contraprestación?»

«3) ¿Impone el Derecho comunitario exigencias aplicables a la delimitación por los Estados miembros de las expresiones daños causados por muerte o lesiones corporales y daños causados a una cosa o la destrucción

de una cosa, contenidas en el artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, o pueden los distintos Estados miembros decidir libremente lo que debe entenderse por daños causados por muerte o lesiones corporales y daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa?»

«4) ¿Debe interpretarse la letra a) del artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, en el sentido de que el daño causado en un órgano humano que se extrae del cuerpo de un donante para, inmediatamente después, trasplantarlo al cuerpo de otra persona está comprendido en la expresión daños causados por lesiones corporales con respecto al receptor del órgano?»

«5) ¿Debe interpretarse la letra b) del artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, en el sentido de que el daño causado en un órgano humano que se extrae del cuerpo de un donante para, inmediatamente después, trasplantarlo al cuerpo de otra persona está comprendido en la expresión daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa con respecto al receptor del órgano?»

La primera cuestión plantea el tema de si se puede entender que un producto elaborado en el marco de una prestación de un servicio se ha puesto en circulación. La cuestión tiene interés porque, conforme al art. 7.a) de la Directiva, el demandado no es responsable si prueba que no puso el producto en circulación.

El Abogado General⁵ mantiene, respaldando la tesis de la Administración danesa, que la Directiva de responsabilidad por productos defectuosos no es aplicable a los casos de responsabilidad por servicios defectuosos, entre los que se incluyen los daños causados por un profesional en el ejercicio de su actividad cuando utiliza un producto que él mismo ha preparado y que está destinado a ser utilizado exclusivamente en el seno de su organización:

“Je propose donc à la Cour de répondre au Højesteret que, dans l'état actuel du droit communautaire, la directive 85/374 ne s'applique pas à des cas de responsabilité du fait de services défectueux, dans lesquels il faut inclure les dommages causés par un professionnel dans l'exercice de son activité lorsqu'il utilise un produit qu'il a lui-même préparé et qui est destiné à être utilisé exclusivement au sein de son organisation, responsabilité qui, à

⁵ *Parágrafo 17 de las conclusiones. Abogado General, don Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer (las conclusiones, presentadas el 14 de diciembre de 2000 pueden consultarse en <http://curia.eu.int/es/index.htm>).*

ce jour, n'a pas été réglementée par le législateur communautaire”.

Pero este criterio no es compartido por el Tribunal, que acaba dictando una sentencia en la que declara que la Directiva 85/374, que establece una responsabilidad objetiva por el carácter defectuoso de los productos, es aplicable a la responsabilidad en que incurre quien presta asistencia médica y utiliza un producto defectuoso que él mismo ha producido⁶. Con una precisión muy importante: también cuando el hospital es financiado con fondos públicos.

De una y otra afirmación, y de los argumentos en que se apoyan, me ocupó a continuación con más detalle.

b) La Directiva 85/374 y la responsabilidad médica

1. La Directiva 85/374 es aplicable a quien utiliza un producto defectuoso al prestar un servicio.

La Administración danesa, para excluir la aplicación del sistema de responsabilidad derivado de la Directiva comunitaria argumentó que:

1) La Directiva se elaboró para establecer un régimen de responsabilidad objetiva para los bienes muebles elaborados industrialmente, lo que no hacía el hospital;

2) La Directiva es aplicable a los productos, no a los servicios: no existe una norma comunitaria sobre responsabilidad por servicios porque, en efecto, la Propuesta de Directiva presentada en 1990 finalmente fue retirada en 1994.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de manera contundente afirma que la utilización de un producto en el marco de una prestación de servicios médicos supone poner ese producto en circulación, y es esa actividad el

presupuesto para imputar la responsabilidad conforme a la Directiva.

En palabras del Tribunal: “11. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pretende esencialmente que se dilucide si el artículo 7, letra a), de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que un producto defectuoso se pone en circulación cuando el fabricante del producto lo fabrica y utiliza en el marco de una prestación médica concreta, que consiste en preparar un órgano humano para su trasplante y el daño causado a éste es consecuencia de dicha preparación”.

Se advierte que, lo que se analiza, es el estado defectuoso del producto utilizado en el marco de una prestación de servicios, no si la prestación fue defectuosa, por lo que es un supuesto de responsabilidad por productos defectuosos y no de responsabilidad por servicios defectuosos.

Como con acierto afirma el Tribunal: “12. Con carácter preliminar, por lo que se refiere al argumento de la Amtskommune y del Gobierno danés, según el cual la utilización de un producto en el marco de una prestación de servicios no puede, en principio, estar comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva hasta que el legislador comunitario no haya adoptado las normas relativas a las prestaciones de servicios, *basta con señalar que en el litigio principal se trata del estado defectuoso de un producto utilizado en el marco de una prestación de servicios, y no del estado defectuoso de ésta como tal*”.

Según la Amtskommune, no existe puesta en circulación del producto en el sentido del artículo 7, letra a), de la Directiva en una situación como la del litigio principal. Ésta se caracteriza a su juicio por el hecho de que el paciente no compró el producto y éste, destinado a un uso estrictamente interno por el propio productor, no salió de la «esfera de control» constituida por la unidad del centro hospitalario, la farmacia y los médicos intervinientes.

La Directiva no define el concepto de «puesta en circulación». Por lo tanto, como advierte el propio Tribunal hay que interpretar este concepto conforme a la finalidad y al objetivo perseguido por la Directiva. El Tribunal recuerda cómo, con acierto, el Sr. Veedfald, los Gobiernos austriaco, francés y del Reino Unido y la Comisión, han señalado que la exoneración de la responsabilidad por no haberse puesto en circulación el producto, establecida en el artículo 7, letra a), de la Directiva, comprende en primer lugar los casos en que una persona distinta del productor haya hecho salir el producto del

⁶ Sobre la responsabilidad por productos defectuosos en el curso de la prestación de un servicio y las relaciones entre las reglas de responsabilidad por productos y por servicios vid. mis trabajos: "Daños por productos y protección del consumidor", J. M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1990, pág. 484; "La responsabilidad por los servicios defectuosos: Hacia una armonización de las legislaciones de los países miembros de la CEE", en Estudios sobre Consumo, Volumen: 17, 1990, págs. 67-98 y "La propuesta de Directiva de 9 de noviembre de 1990 sobre la responsabilidad del prestador de servicios", en Estudios sobre Consumo, Volumen: 21, 1991, págs. 11-19; "Responsabilidad civil por productos farmacéuticos y servicios médicos: fundamento de la responsabilidad y sujetos responsables. En especial, los riesgos del desarrollo", en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Volumen: 52, 2000, págs. 223-246; "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", en Tratado de responsabilidad civil, dirigido por Fernando Reglero Campos, Aranzadi, Pamplona, 2002, págs. 1243 y ss.

proceso de fabricación. Además, están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva la utilización del producto contra la voluntad del productor, por ejemplo cuando el proceso de fabricación aún no esté terminado, así como la utilización para fines privados o en situaciones similares⁷. Este no es el caso del supuesto que da lugar al pleito principal en cuyo seno se plantea la cuestión prejudicial.

En cuanto al argumento de la Amtskommune, según el cual el producto no se puso en circulación debido a que no había salido de la «esfera de control» médica, constituida por la farmacia que lo fabricó y por el hospital en el que se había utilizado dicho producto, el Tribunal señala que tales circunstancias no son determinantes cuando, como en el litigio principal, la utilización del producto se caracteriza por que la misma persona a la que está destinado debe acudir a la «esfera de control»⁸.

La consecuencia importante que resulta de todo este razonamiento es la de que, según el Tribunal, procede responder a la primera cuestión que el artículo 7, letra a) de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que un producto defectuoso se pone en circulación cuando se utiliza en el marco de una prestación médica concreta que consiste en preparar un órgano humano para su trasplante y el daño causado a éste es consecuencia de dicha preparación. Es decir, que el régimen de la Directiva de responsabilidad del productor por los daños causados por

⁷ Sobre todo ello, vid. mis trabajos "Daños por productos y protección del consumidor", cit., págs. 589 y ss. y "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", en *Tratado de responsabilidad civil*, pág. 1229.

⁸ Continúa el Tribunal aclarando que: "Como ha subrayado el Gobierno del Reino Unido, en el caso de un paciente que acude al hospital, el hecho de que el producto utilizado en el marco de un tratamiento médico haya sido fabricado en el establecimiento o haya sido adquirido a un tercero, como podría haber ocurrido en el caso de autos, no es determinante. En efecto, el hecho de que un producto utilizado en el marco de una prestación de servicios haya sido fabricado por un tercero, por el prestador del propio servicio o por una entidad con él relacionada no puede, por sí mismo, tener incidencia en el hecho de que ha sido puesto en circulación". En mi opinión esta afirmación es exacta en la medida en que permite concluir que el producto se ha puesto en circulación, pero no si a partir de ella se quiere deducir que la responsabilidad de quien presta el servicio es la misma si utiliza un producto defectuoso elaborado por él mismo (pues entonces responde como productor) o si utiliza un producto elaborado por un laboratorio, pues entonces quien utiliza el producto es un mero suministrador que, en principio, con arreglo al régimen de la Directiva no es responsable, a menos que no identifique al productor (vid. mi trabajo "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", en *Tratado de responsabilidad civil*, págs. 1221 y ss.).

sus productos defectuosos es aplicable a quien, al prestar un servicio médico, utiliza un producto que él mismo ha elaborado y que resulta defectuoso.

2. La Directiva 85/374 es aplicable también a hospitales financiados por fondos públicos

El art. 7.c) de la Directiva permite al productor exonerarse de responsabilidad si prueba "que él no fabricó el producto para venderlo o distribuirlo de alguna forma con fines económicos, y que no lo fabricó ni distribuyó en el ámbito de su actividad profesional". La segunda cuestión prejudicial plantea si un hospital de titularidad pública puede exonerarse de responsabilidad con arreglo a la Directiva habida cuenta de que está financiado con fondos públicos, sin que se exija a los beneficiarios de la asistencia una contraprestación. El tema tiene importancia, porque la asistencia sanitaria constituye en España una actividad mayoritariamente prestada por las Administraciones Públicas.

La Administración danesa alegó que la actividad del hospital estaba financiada con fondos públicos y que no existía una vinculación económica entre el paciente y el hospital. Este dato es importante porque la Directiva 85/374 exige que el sujeto responsable actúe con fines económicos o en el ámbito de una actividad profesional [art. 7.c.: cfr. art. 6.1.c. de la Ley española de 1994, que traspone la Directiva al Derecho español: "1. El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: c) Que el producto no había sido fabricado para la venta o cualquier otra forma de distribución con finalidad económica, ni fabricado, importado, suministrado o distribuido en el marco de una actividad profesional o empresarial"]⁹.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia sostiene que "el hecho de que los productos fabricados para una prestación médica concreta que no es pagada directamente por el paciente, sino que se financia con cargo a los fondos públicos alimentados por los contribuyentes, no puede privar a la fabricación de estos productos su carácter económico y profesional. En efecto, no se trata de una actividad voluntaria que, como tal, podría estar comprendida en la exoneración de responsabilidad prevista en el artículo 7, letra c), de la Directiva. Además, la propia Amtskommen reconoció en la vista que, en semejantes circunstancias, un hospital privado sería sin duda alguna

⁹ Sobre los problemas de interpretación de la norma comunitaria vid. mi monografía "Daños por productos y protección del consumidor", cit., págs. 539 y ss. y "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", en *Tratado de responsabilidad civil*, pág. 1230.

responsable del estado defectuoso del producto con arreglo a las disposiciones de la Directiva” (parágrafo 21). En conclusión, termina afirmando el Tribunal: " De todo ello resulta que procede responder a la segunda cuestión que el artículo 7, letra c), de la Directiva debe interpretarse en el sentido de que la exoneración de responsabilidad por falta de actividad con fines económicos o de actividad profesional no se aplica al caso de un producto defectuoso que ha sido fabricado y utilizado en el marco de una prestación médica concreta totalmente financiada con fondos públicos y por la que el paciente no debe pagar contraprestación alguna".

Este es, en mi opinión, el aspecto más importante de la Sentencia: la aplicación de la Directiva a las Administraciones Públicas cuando actúan como fabricantes¹⁰.

c) Consecuencias para el Derecho español

En mi opinión, tal y como he adelantado al exponer la sentencia, la incidencia de la doctrina del Tribunal de Justicia se produce en dos niveles. En primer lugar, con carácter general, para la responsabilidad médico-hospitalaria. En segundo lugar, y más en particular, para la “medicina pública”, es decir, para los daños causados en el ámbito de los servicios sanitarios públicos.

1. Incidencia general en la responsabilidad médico-hospitalaria

Por lo que se refiere a la responsabilidad médica, la sentencia aclara y despeja todas las dudas que pudieran existir acerca de la aplicación de la Directiva de 1985 a los daños causados por productos defectuosos en el ámbito de la asistencia sanitaria.

La Directiva, promulgada con la finalidad de elaborar un régimen de responsabilidad uniforme para los fabricantes con el fin de favorecer la libre circulación de mercancías, fue incorporada al Derecho interno español mediante la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos.

¹⁰ En este sentido, también, Joan Carles Seuba Torreblanca, "Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de mayo de 2001 (Asunto C-203/99, Henning Veddfald y Århus Amtskommune) De nuevo sobre la Directiva 85/374/CEE", Barcelona, julio de 2001 (www.indret.com), pág. 3.

Con anterioridad, sobre la aplicación de la Directiva a las Administraciones Públicas, vid. Guillermo Alcover Garau, "La responsabilidad civil del fabricante. Derecho comunitario y adaptación al Derecho español", Civitas, Madrid, 1990.

La Directiva establece una responsabilidad objetiva por el carácter defectuoso del producto. Frente a lo que podríamos considerar, con todos los matices que ustedes ya conocen, como regla general en materia de responsabilidad médica. Teóricamente, en principio, se trata de una responsabilidad por culpa, conforme a las reglas generales de responsabilidad contenidas en el Código civil, y que suponen que el médico debe prestar las atenciones requeridas según el estado actual de la ciencia. Es conocida también, tras una primera fase jurisprudencial contraria, la aplicación, al menos desde 1997, del art. 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios cuando el resultado es “anormal”, es decir, se aleja de quienes prestan el servicio a título de principal (la entidad propietaria del centro hospitalario en caso de infecciones, contagios hospitalarios, mala organización o coordinación del servicio), aunque al médico individual, al profesional, se le sigue exigiendo la responsabilidad conforme a la “lex artis”¹¹.

Pero, además, la Directiva 85/374 configura un régimen de responsabilidad propio (por ejemplo, un plazo de prescripción de tres años, indemnización sólo de determinados daños...): con una consecuencia, que cuando se aplique a la responsabilidad sanitaria el régimen derivado de la Directiva es este el régimen de responsabilidad aplicable.

Si esto es así, y se parte de que la Directiva es aplicable a algunos casos de la responsabilidad médico sanitaria, la consecuencia es que debe tenerse en cuenta la existencia de un régimen de responsabilidad especial para algunos supuestos de responsabilidad médica. Por eso es tan importante aclarar cuál es el supuesto de hecho al que se refiere la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

La Sentencia se refiere a un caso en el que el producto defectuoso ha sido fabricado por el propio hospital: más exactamente, por otro hospital que depende de la misma Administración, del mismo titular. Cabe preguntarse, entonces, qué sucede cuando el fabricante del producto es un tercero distinto del que presta el servicio. ¿Debe responder el hospital que presta el servicio conforme a la Directiva?

En mi opinión, la Directiva 85/374 no es aplicable a quien, con ocasión de la prestación de un servicio, utiliza

¹¹ Por todos, Clara I. Asúa González, "La responsabilidad civil médica", en *Tratado de responsabilidad civil*, dirigido por Fernando Reglero Campos, Aranzadi, Pamplona, 2002, especialmente págs. 1021 y ss.

un producto defectuoso. La Directiva imputa la responsabilidad al productor y, sólo subsidiariamente, para el caso de que no esté identificado el productor, responde el suministrador. La cuestión no es irrelevante: fue una opción de los autores de la Directiva, que conscientemente decidieron canalizar el régimen de responsabilidad previsto en el texto comunitario hacia un único sujeto de toda la cadena de elaboración y distribución¹².

En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 25 de abril de 2002 (Sala Quinta, asunto C-52/00) condena a Francia por incumplimiento de la Directiva, entre otras razones, por equiparar en su ley de transposición de la Directiva al suministrador con el productor¹³.

Entiendo, por ello, que el médico o el hospital no responden de acuerdo con el régimen de la Directiva por los daños causados por el carácter defectuoso de un medicamento que prescriben o de un producto sanitario que emplean pero que ha sido fabricado por un tercero que no sea dependiente suyo y de quien no deban responder.

Puede plantearse, sin embargo, otra cuestión: en tal caso, el médico o el hospital, ¿responden con arreglo a otros fundamentos jurídicos distintos del derivado de la implementación de la Directiva comunitaria? El análisis de la jurisprudencia española muestra que en este punto no se ha mantenido una postura uniforme. En efecto, si el uso del producto ha sido correcto se absuelve al profesional pero la jurisprudencia, a veces, sólo condena al fabricante, mientras que otras veces sólo condena a la entidad que prestó la asistencia y, finalmente, hay ocasiones que, en casos semejantes, condena solidariamente a quien presta el servicio y al fabricante¹⁴. El problema, como es

sabido, se plantea tanto para los productos sanitarios como para los medicamentos y, en particular, en los casos de contagios por transfusiones o aplicación de hemoderivados¹⁵.

El tema es discutible, pero sigue siéndolo tras la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que aquí se comenta. En efecto, la Sentencia no aporta ningún criterio para este problema y su doctrina tampoco puede utilizarse como un argumento a favor de la responsabilidad objetiva de quien presta el servicio por el carácter defectuoso de un producto fabricado por un tercero y que él utiliza correctamente. La Sentencia, como ya he advertido, se refiere sólo a un caso en el que quien presta el servicio es además fabricante del producto defectuoso, y su doctrina no es aplicable a otros casos.

2. En particular, incidencia en la "medicina pública"

Ya he señalado cómo, la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de mayo de 2001 se pronuncia a favor de la aplicación de la Directiva 374/1984 a las Administraciones Públicas cuando, de acuerdo con la misma, deban responder, es decir, cuando fabrican un producto o lo importan de fuera de la Unión Europea (art. 3.2 de la Directiva, que equipara al fabricante al importador)¹⁶.

Desde este punto de vista, merece la pena revisar la reforma que la Ley 4/1999, de 13 de enero, llevó a cabo en el art. 141 de la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en materia de riesgos de desarrollo¹⁷.

¹² Vid. mi monografía "Daños por productos y protección del consumidor", cit., págs. 537 y ss. y "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", en *Tratado de responsabilidad civil*, págs. 1221 y ss.

¹³ Puede consultarse en el sitio web del Tribunal de Luxemburgo <http://curia.eu.int/es/index.htm>. en general, sobre la idea de que la Directiva 85/374/CEE no es una Directiva de mínimos que permita a los Estados miembros de la Unión Europea incorporar cualquier modificación para dispensar una mejor protección al consumidor vid. mis trabajos "Daños por productos y protección del consumidor", cit., págs. 625 y "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", en *Tratado de responsabilidad civil*, pág. 1193.

¹⁴ Los ejemplos jurisprudenciales se refieren a la aplicación y utilización de productos sanitarios (dispositivos intrauterinos, jeringas o catéteres que se fragmentan en el interior del paciente) y medicamentos defectuosos (por falta de información sobre contraindicaciones, efectos secundarios): vid. mi trabajo "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", en *Tratado de responsabilidad civil*, págs. 1248 y ss.

¹⁵ Para los daños causados por contagio, por todos, Joan Carles Seuba Torrealba, "Sangre contaminada: responsabilidad civil y ayudas públicas: respuestas jurídicas al contagio transfusional del SIDA y de la hepatitis", Madrid, Civitas, 2002.

¹⁶ Explica con acierto Juan José Marín López ("Daños por productos: estado de la cuestión", págs. 224 y ss.) que la aplicación del régimen derivado de la Directiva comunitaria a la responsabilidad de las Administraciones Públicas cuando sean fabricantes lo es, tanto para la Administración estatal como para las autonómicas, tanto si la Administración es una entidad pública empresarial o una sociedad mercantil estatal (cfr. arts. 53.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y disp. adicional 12ª de la misma Ley para las sociedades anónimas estatales) como si no es así (cfr. art. 2 de la Ley 30/1992). El mismo autor aclara que conservan su aplicación las disposiciones puramente procedimentales (art. 142.1, 2 y 3, art. 143, disp. adicional 12ª de la Ley 30/1992, así como el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo).

¹⁷ Por todos, recientemente, José Manuel Busto Lago, "La responsabilidad civil de las Administraciones Públicas", en *Tratado de responsabilidad civil*, pág. 1466 y ss.

El origen inmediato de la reforma del art. 141 fue el deseo de acabar con las condenas a la administración en los casos de contagios de los virus VIH y VHC como consecuencia de las transfusiones realizadas en los hospitales públicos. Esta reforma, que ha ido acompañada de un debate y una polémica acerca de su fundamento (fuerza mayor, o como parece preferible, antijuridicidad), de su posible constitucionalidad pero, sobre todo, de una crítica desde el punto de vista de la desigualdad de tratamiento (art. 14 de la Constitución) entre los pacientes atendidos en centros sanitarios públicos o privados, así como sobre el diferente trato otorgado a los fabricantes privados y a la Administración pública¹⁸.

En efecto, de una parte, el art. 141.1 de la Ley 30/1992, de 26-11-1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero: “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. *No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos*, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

En cambio, el art. 6.3 de la Ley 22/1994, de responsabilidad por los productos defectuosos, impide a los fabricantes de medicamentos dirigidos al consumo humano exonerarse de responsabilidad alegando “riesgos del desarrollo”, es decir, que el fabricante es responsable aunque logre acreditar que el estado de los conocimientos científicos no permitía apreciar la existencia del defecto.

De una parte, el art. 6.1.e. establece que: “El fabricante o el importador no serán responsables si prueban: e) Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permitía apreciar la existencia del defecto”. Pero, a continuación, el art. 6.3 añade que: “ En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados

¹⁸ En particular, basándose en el argumento de la igualdad en el tratamiento de los casos de responsabilidad por daños causados en la sanidad pública y en la privada, Javier Plaza Penadés defiende que el art. 6.3 de la Ley 22/1994, por la que se incorpora al ordenamiento español la Directiva 85/374/CEE, debe aplicarse con preferencia al art. 141 de la Ley 30/1992 (“El nuevo marco de la responsabilidad médica y hospitalaria, monografía asociada a la RdP, Aranzadi, n° 7, 2002, pág. 204).

al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo”.

A la vista de lo expuesto, si la doctrina de la Sentencia del Tribunal de Justicia que he venido comentando implica que también la Administración sanitaria que utiliza un producto fabricado por ella queda sometida al régimen de responsabilidad de la Directiva 85/374, ¿debe entenderse que el régimen previsto en la Ley 22/1994 es aplicable a las Administraciones sanitarias y que, a pesar de lo que diga el art. 141 de la Ley 30/1992, deben responder, conforme a la Ley 22/1994?

El tema es discutible. No bastan los argumentos de que la Ley 22/1994 incorpora al Ordenamiento interno la Directiva y que juega el principio de la primacía del Derecho comunitario¹⁹. La Directiva 85/374 dejó libertad a los Estados miembros a la hora de admitir la exoneración de responsabilidad por riesgos de desarrollo. Cabría entender que el legislador español, haciendo uso de esa opción, establece un doble régimen: admite la exoneración de responsabilidad cuando se trata de la Administración Pública, pero no en otro caso.

Desde este punto de vista, es correcto entender que el art. 141 de la Ley 30/1992 no es contrario a la Directiva 85/374. Cuestión distinta en que la discriminación entre la sanidad privada (que sí respondería por los riesgos de desarrollo) y la sanidad pública esté justificada²⁰.

Pero fíjense que, en cualquier caso, el problema sólo se plantea respecto de la responsabilidad por riesgos de desarrollo. En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas afirma que la Directiva es aplicable a las Administraciones Públicas cuando actúan como fabricantes. Y es importante tener en cuenta que la Directiva 85/374 es imperativa en todo aquello para lo que no reconoce expresamente la facultad de los Estados miembros de optar. Así lo ha venido a reconocer

¹⁹ Santiago Pelayo critica que la Ley 4/1999 contradice lo dispuesto en la Ley 22/1994, por la que se incorpora el Derecho comunitario a nuestro ordenamiento interno (“La hepatitis C y la Sala III del Tribunal Supremo”, en *Actualidad del Derecho Sanitario*, n° 70, marzo 2001, págs. 206 y ss.).

²⁰ Así, Joan Carles Seuba Torreblanca, “Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 10 de mayo de 2001 (Asunto C-203/99, Henning Veddfald y Århus Amtskommune) De nuevo sobre la Directiva 85/374/CEE”, Barcelona, julio de 2001 (www.indret.com), pág. 3.

el Tribunal de Justicia en tres Sentencias de 25 de abril de 2002²¹

¿Qué consecuencia final puede extraerse? Por exigencias del Derecho comunitario, y con esto concluyo, siempre que el daño sea imputable a la Administración como fabricante del producto es aplicable el régimen de la Ley 22/1994, de responsabilidad por productos defectuosos, digan lo que digan los preceptos de la Ley 30/1992. Esto es discutible en cuanto a los riesgos de desarrollo para los que, como he dicho, lo dispuesto en el art. 141 de la Ley 30/1992 no es contrario al régimen de la Directiva 85/374, pero es dudoso que no lo sea al principio de igualdad. En cualquier caso, es indiscutible la aplicación del régimen de responsabilidad de la Ley 22/1994 cuando la Administración haya elaborado el producto defectuoso que aplica en la prestación del servicio sanitario. Por ejemplo, señaladamente, en el plazo de prescripción de tres años.

d) Breve referencia al daño indemnizable

Las cuestiones prejudiciales números 3, 4 y 5 planteadas por el Tribunal danés y que dan lugar a la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 10 de mayo de 2001 se refieren al concepto de daño indemnizable conforme a la Directiva 85/374/CEE.

En la primera de ellas, se plantea si el Derecho comunitario impone exigencias aplicables a la delimitación por los Estados miembros de las expresiones daños causados por muerte o lesiones corporales y daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, contenidas en el artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985 o si, por el contrario, pueden los distintos Estados miembros decidir libremente lo que debe entenderse por daños causados por muerte o lesiones corporales y daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa. Como recuerda el Tribunal en su sentencia, a diferencia de los términos «producto», «productor» y «producto defectuoso» que la Directiva define expresamente en sus artículos 2, 3 y 6, respectivamente, el término «daños» no se define en la Directiva. En efecto, ni el artículo 9 ni el artículo 1, al que remite el artículo 9, contienen una definición expresa del concepto de daños.

²¹ *Asunto C-52/00, Comisión c. República francesa; Asunto C-154/00, Comisión c. República Helénica; Asunto C-183/00, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Oviedo mediante Auto de 13 de abril de 2000 (pueden consultarse en <http://curia.eu.int/es/index.htm>). Vid. mis trabajos "Daños por productos y protección del consumidor", cit., págs. 625 y "La responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos. Responsabilidad civil del fabricante y de los profesionales", en *Tratado de responsabilidad civil*, pág. 1193.*

El artículo 9 de la Directiva establece que el concepto de daños debe cubrir, a la vez, los daños causados por muerte y lesiones corporales y los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa, y que, en este último caso, el daño debe ser de un importe superior a 500 euros, mientras que la cosa dañada debe ser de un tipo de las que normalmente se destinan al uso o al consumo privados y debe haber sido utilizada como tal por la persona perjudicada. La precisión del contenido de ambas categorías de daños está, dice el Tribunal, a cargo de los legisladores nacionales pero, con excepción del daño moral, cuya reparación depende exclusivamente de las disposiciones del Derecho nacional, debe garantizarse una indemnización adecuada y total a las víctimas de un producto defectuoso por estas dos categorías de daños. Esto significa, en definitiva, que "un Estado miembro no puede limitar los tipos de daño material causado por muerte o lesiones corporales, o de daño causado a una cosa o que consista en la destrucción de una cosa, que han de ser indemnizados".

De las cuestiones número 4 y 5 el Tribunal se ocupa de manera conjunta. Se trataba, en definitiva, de precisar si ¿Debe interpretarse la letra a) del artículo 9 de la Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, en el sentido de que el daño causado en un órgano humano que se extrae del cuerpo de un donante para, inmediatamente después, trasplantarlo al cuerpo de otra persona está comprendido en la expresión "daños causados por lesiones corporales" con respecto al receptor del órgano (art. 9.a) de la Directiva) o en la expresión "daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa" con respecto al receptor del órgano. (art. 9.b) de la Directiva).

El Tribunal concluye que: "En virtud de la Directiva 85/374, el juez nacional está obligado a examinar en qué categoría deben agruparse las circunstancias del asunto, a saber, si se trata bien de daños cubiertos por el artículo 9, párrafo primero, letra a), o por el artículo 9, párrafo primero, letra b), de la Directiva 85/374, o bien de daños morales que puedan estar cubiertos por el Derecho nacional. En cambio, no puede denegar toda indemnización en virtud de dicha Directiva basándose en que, pese a concurrir los demás requisitos de la responsabilidad, los daños sufridos no están comprendidos en ninguna de las categorías antes mencionadas".

En realidad, el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre el tema de si el daño sufrido en el caso concreto encaja en la letra a) o en la letra b) del art. 9 porque, en el marco del artículo 234 CE, el Tribunal de Justicia no es competente para aplicar las normas comunitarias a un caso determinado, sino tan sólo para interpretar el Trata-

do y los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad²². La cuestión no es irrelevante porque la letra b) establece una franquicia de 500 euros para los daños causados a una cosa, pero esa franquicia no existe en el caso de daños causados por muerte o lesiones corporales. Si se entiende, como parece razonable, que hay un daño moral derivado del fracaso del trasplante, ese daño será indemnizable conforme a las reglas de Derecho interno, al régimen general de responsabilidad.

Cuando se trata de daños causados con ocasión de una asistencia sanitaria es fácil pensar que los daños van a consistir, fundamentalmente, en lesiones corporales o muerte.

Estos hechos provocan daños materiales (gastos, pérdidas de ganancias para el futuro), a la víctima directa de la acción sanitaria pero también a otras personas (familiares u otras personas próximas). De acuerdo con la doctrina del Tribunal hay que entender que estos daños no pueden ser limitados por los Estados miembros.

La muerte o lesiones también pueden producir daños morales. Su indemnización, entonces, es conforme a las reglas del Derecho nacional (art. 9 de la Directiva 85/374/CEE y art. 10.2 de la Ley 22/1994).

²² En las conclusiones del Abogado General puede leerse: "De nouveau, les opinions divergent entre les parties qui se sont prononcées sur ces questions. L'appelant au principal estime que, en tant que receveur de l'organe, il avait un droit de propriété lorsque celui-ci est devenu inutilisable et que, de ce fait, le dommage qui lui a été causé a la nature d'une lésion corporelle au sens de l'article 9, sous a), de la directive. Dans l'hypothèse où la Cour ne partagerait pas cette opinion, il suggère de considérer que le préjudice relève de la notion de «dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose», au sens du point b) du même article.

La partie intimée soutient la thèse contraire et elle considère que le préjudice de M. Veedfald ne relève d'aucune des notions de «dommage» visées par l'article 9 de la directive 85/374. Le gouvernement irlandais et le gouvernement du Royaume-Uni en arrivent à la même conclusion, en faisant observer que le receveur de l'organe n'a subi aucune lésion corporelle au motif que le rein qui devait lui être transplanté est devenu inutilisable et que le dommage qui lui a été causé ne peut pas relever non plus de la notion de «dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose» parce que le droit de propriété ne peut pas porter sur des organes humains, qui sont hors commerce.

J'estime que la thèse correcte est celle défendue par la Commission qui propose de considérer que le dommage causé à un organe humain qui a été retiré du corps du donneur pour être immédiatement transplanté dans le corps du receveur est un «dommage causé par des lésions corporelles».

En effet, les lettres a) et b) de l'article 9 visent respectivement deux types de dommages: le dommage causé par la mort ou par des lésions corporelles et le dommage causé à une chose ou la destruction d'une chose, autre que le produit défectueux lui-même. Compte tenu du fait qu'un organe humain ne remplit pas les conditions imposées par les points i) et ii) du littéra b) de la disposition précitée pour qu'il y ait dommage causé à une chose, à savoir que la chose soit d'un type normalement destiné à l'usage ou à la consommation privés et que la victime l'ait utilisée principalement à cette fin, force est de conclure que le dommage, tel que celui décrit en l'occurrence, peut uniquement être le dommage causé par des lésions corporelles".

El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas

Angel Menéndez Rexach
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO

I.- Introducción: El cambio de perspectiva en el debate sobre la sanidad y las iniciativas recientes. II.- Derecho a la protección de la salud y derecho a la asistencia sanitaria. III.- El estado y la cuestión en el derecho positivo vigente. IV.- El derecho a la asistencia sanitaria como derecho público subjetivo. V.- Problemas pendientes.

I. INTRODUCCION: EL CAMBIO DE PERSPECTIVA EN EL DEBATE SOBRE LA SANIDAD Y LAS INICIATIVAS RECIENTES¹

En los últimos años y hasta hace pocos meses se ha puesto el acento en el debate sobre las formas de gestión de los servicios sanitarios, dejando de lado los aspectos sustantivos. La transferencia de las competencias de gestión del antiguo INSALUD a las Comunidades Autónomas que aún no las ostentaban ha desplazado el núcleo del debate hacia el contenido de las prestaciones sanitarias y la garantía de la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de su derecho de acceso a dichas prestaciones. En esta línea se han movido las iniciativas más recientes del Gobierno de la Nación, preocupado por definir con mayor precisión las funciones de la Autoridad sanitaria, porque la organización de los Servicios de Salud (y los centros y establecimientos encuadrados en ellos) es competencia y responsabilidad de las Comunidades Autónomas.

¹ El presente trabajo es parte de un estudio más amplio realizado en 1998 para el Ministerio de Sanidad y Consumo y sirvió de base a la ponencia presentada por el autor, bajo el título "La organización territorial de la sanidad y los derechos de los ciudadanos", en el XI Congreso de Derecho y Salud, celebrado en Santa Cruz de Tenerife en noviembre de 2002. Se han incorporado algunas modificaciones legislativas recientes, pero no ha parecido oportuno abordar el estudio del proyecto de ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que justificaría por sí solo un estudio independiente. Lo que aquí se presenta es un conjunto de reflexiones que pueden conservar algún interés con vistas a la reforma de la Ley General de Sanidad. El autor agradece a los organizadores del citado Congreso las facilidades ofrecidas para la publicación en esta Revista.

En el Acuerdo de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud, adoptado el 30 de septiembre de 1997², ya se preveía la instrumentación de la reforma legal adecuada que permita, entre otros objetivos, los siguientes:

a) Fijar los contenidos y el carácter del derecho a la asistencia sanitaria como derecho público subjetivo, personal y no contributivo, y garantizar tanto la igualdad del contenido del derecho de cada uno de los ciudadanos, sin que existan discriminaciones por razones personales, profesionales o territoriales, como el acceso equitativo a sus contenidos materiales.

b) Llevar a cabo la universalización efectiva del derecho a la asistencia sanitaria, extendiéndolo a todos los grupos sociales y desvinculándolo de los regímenes de afiliación de la Seguridad Social".

Por otra parte, dentro del mismo epígrafe y bajo el rótulo "garantizar las prestaciones sanitarias", la Subcomisión manifestaba la necesidad de "profundizar en la estrategia de ordenación normativa de las prestaciones, concebida como un elemento fundamental de determinación de los contenidos del derecho a la asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud", señalando que dicha ordenación deberá realizarse por Ley que determine, entre otros contenidos:

² En particular, en el apartado I, relativo al "Aseguramiento y Prestaciones", bajo el rótulo "Consolidar el aseguramiento sanitario universal".

"a) Las competencias de ordenación de manera que, en el nivel central y previo acuerdo del Consejo Interterritorial, se fijará el catálogo de prestaciones comunes en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, y se detallarán expresamente las prestaciones asociadas a nuevas tecnologías, las ligadas a facturación entre servicios, y aquéllas cuya indefinición pudiese generar graves desigualdades en su utilización. Las Comunidades Autónomas con competencias sanitarias plenas podrán complementar este catálogo estableciendo prestaciones adicionales con cargo a sus fondos propios.

b) Las garantías básicas de las prestaciones relativas a equidad en el acceso, libre elección, información, derechos de reclamación y reintegro, calidad y tiempos de espera".

Al servicio de estos objetivos el Ministerio de Sanidad elaboró un borrador de anteproyecto de ley "por el que se establecen acciones integradas en materia sanitaria", con la finalidad de establecer "criterios básicos" que garanticen los derechos de los ciudadanos en condiciones de igualdad efectiva en el conjunto del Sistema Nacional de Salud. El relevo en la jefatura del Ministerio determinó, quizá, la frustración de esta iniciativa o, al menos, la demora en su tramitación.

Más recientemente, en el debate sobre el estado de la Nación celebrado el pasado mes de julio, el Presidente del Gobierno afirmó que "con la culminación de las transferencias se abre también una nueva etapa en el Sistema Nacional de Salud" y anunció el propósito de remitir a las Cortes un proyecto de ley "de Calidad y Coordinación Sanitaria" para el que esperaba conseguir un amplio acuerdo, dada su trascendencia para los ciudadanos. Asimismo, señaló la necesidad de coordinación y cooperación entre las Administraciones para salvaguardar los principios de "equidad y calidad" .

En el marco de esta preocupación por reforzar la condiciones de igualdad en el acceso, calidad y cohesión del Sistema Nacional de Salud, mucho más trascendente que la polémica sobre las formas de gestión, el presente estudio se propone abordar en primer término las diferencias conceptuales (si es que existen) entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la asistencia sanitaria,

poniendo de relieve las conexiones y separaciones entre ambos.

Tras esa labor previa de precisión conceptual, se expondrá sintéticamente la configuración de ambos derechos (puesto que se encuentran entremezclados) en el ordenamiento vigente, a la luz de los datos que ofrecen la legislación estatal y autonómica y la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo. Se obtendrá así una síntesis del estado de la cuestión, que permitirá extraer algunas conclusiones sobre los problemas que plantea la situación actual, con sus deficiencias e insuficiencias y también, por supuesto, con sus aciertos.

Con ello se entrará en el núcleo del estudio relativo a la configuración del derecho a la asistencia sanitaria como derecho público subjetivo con sus características, contenido y titularidad. En esta parte se harán también unas consideraciones sobre la asistencia sanitaria como función pública y el carácter de servicio público de las prestaciones correspondientes, tomando como referencia otros supuestos que pueden tener cierta analogía, como es el derecho a la educación.

II. DERECHO A LA PROTECCION DE LA SALUD Y DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA.

Aunque parezca obedecer a un prurito terminológico, conviene hacer una breve referencia a esta cuestión, aportando algunas precisiones. La tesis que se va a mantener es que, como la protección de la salud es un concepto más amplio que la asistencia sanitaria, el derecho a aquélla previsto en el art. 43 de la Constitución ha de tener forzosamente un contenido también más amplio que el derecho a la citada asistencia, que no está explícito en la Ley Fundamental, pero cuyo reconocimiento legislativo es manifiesto, tanto en el marco de la legislación sanitaria (estatal y autonómica) como en el de la legislación reguladora del sistema público de Seguridad Social, cuya existencia impone el art. 41 de la Constitución.

Habida cuenta de la enorme amplitud con que se ha configurado en nuestro ordenamiento el derecho a la protección de la salud (DPS), se puede partir de la hipótesis de que el derecho a la asistencia sanitaria (DAS) representa sólo una parte de su contenido, pues hay otros aspectos del primero que no se satisfacen mediante la implantación por los poderes públicos de un sistema de prestaciones sanitarias conducentes al mantenimiento o recuperación de la salud, sino que requieren la adopción

3

Referencias tomadas de un resumen de Europa Press de 15 de julio de 2002, recogido en "http://diariomedico.recoletos.es/edicion/noticia".

de medidas de diversa índole, que van desde las educativas hasta las que se sitúan claramente en el marco del derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45 Constitución), pasando por las que tienden a garantizar la calidad de los alimentos, la adecuación de las condiciones de trabajo o la vivienda digna (art. 47 de la propia Constitución). El Preámbulo del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, confirma rotundamente esa concepción amplia del DPS y lo mismo hacen la jurisprudencia y la propia LGS, al vincular ese derecho a los otros principios constitucionales mencionados, como tendremos ocasión de ver.

La articulación entre ambos derechos como una relación del "todo" a la "parte" es también la que inspira su reconocimiento en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977 (BOE de 30 de abril). En él se manifiesta claramente lo que puede denominarse concepción amplia o "integral" del derecho a la protección de la salud, entre cuyos contenidos figura el derecho a la asistencia sanitaria o médica en caso de enfermedad. Esta es también la opinión dominante en la doctrina española que se ha ocupado del tema. Así, en la monografía quizá más completa sobre el art. 43, se distinguen tres aspectos o dimensiones del "derecho a la salud" (sic):

"a) Derecho a la salud como derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias del Estado o, en otros términos, a la atención médica organizada y dispensada por los poderes públicos.

b) Derecho a la salud como posición subjetiva en relación con la actividad desarrollada por los po-

deres públicos para proteger la salubridad pública (actividad relativa a aspectos como la sanidad ambiental, alimenticia, veterinaria, farmacéutica, etc.).

c) Derecho a la salud como derecho de cada persona a que se propia salud no se vea amenazada ni dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado. El derecho a la salud se comporta como un derecho absoluto o de exclusión, oponible *erga omnes*; un derecho de la persona sobre un aspecto o cualidad propio defendible frente a todos (como los derechos a la intimidad, a la propia imagen o a la integridad física)"

Dejando de lado esta última afirmación, que es discutible porque parece configurar al DPS como un verdadero derecho subjetivo, pero lo liga a otros derechos constitucionales que sí tienen sustantividad propia y que pueden, desde luego, proyectarse sobre la salud, esta formulación refleja con bastante precisión la amplitud del contenido del art. 43, del que la asistencia sanitaria (y el derecho a recibirla) sería solamente un aspecto. Esta concepción es también coherente con el significado general del precepto constitucional, que, como todos los incluidos en el Capítulo III del Título I, no define verdaderos derechos subjetivos, sino "principios generales" del Derecho, cuyo valor normativo está fuera de duda porque deben inspirar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 de la Constitución).

El art. 43, como los demás principios rectores de la política social y económica contiene una serie de mandatos dirigidos a los poderes públicos para que hagan efectivas las prestaciones que se definen como contenidos del Estado social y a las que los ciudadanos tendrán derecho a acceder en los términos que establezca la legislación positiva. De ahí que, como se ha dicho de forma expresiva, aunque el art. 43 no configure un derecho subjetivo constitucional, de él resulta "el derecho a que se establezcan derechos", que sí serán verdaderos derechos subjetivos de acuerdo con la legislación que los regule.

Entre ellos podrá figurar (así ocurre ya en nuestro ordenamiento), el derecho a la asistencia sanitaria. Su contenido, aunque parcial desde la óptica del art. 43, es seguramente el más relevante para los ciudadanos en su conjunto o, al menos, se refiere a los aspectos de la protección de la salud a que la conciencia social es más

4 Su artículo 12 reconoce "el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental" y añade que entre las medidas que deberán adoptar los Estados "para asegurar la plena efectividad de este derecho figurarán las necesarias para:

- a) La reducción de la mortalidad y la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, profesionales y de otra índole y la lucha contra ellas
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad".

5 J. PEMAN GAVIN, "Derecho a la salud y Administración Sanitaria", Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1989, pág. 79-80. En mi opinión, no hay un derecho "a la salud", sino a la protección de la salud, como dice textualmente el art. 43 CE. La salud no integra el contenido de un derecho subjetivo, sino más bien el de un "status" en el sentido de JELINEK.

6 Cfr. J.M. FERNANDEZ PASTRANA, "El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional", Cuadernos Civitas, Madrid, 1984, pág.62.

sensible y respecto de los que la demanda ha experimentado un incremento espectacular en los últimos años, cuantitativa y cualitativamente. A este derecho se refiere de forma reiterada el Acuerdo parlamentario de 1997 a que antes hemos hecho referencia y no al más genérico de la protección de la salud, confirmando que la distinción entre ambos no es un ejercicio intelectual estéril, sino que tiene pleno sentido, al menos en el ámbito jurídico.

III. EL ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO POSITIVO VIGENTE.

A) Legislación sanitaria estatal.

La disposición básica a tener en cuenta es, lógicamente, la Ley General de Sanidad de 1986 (LGS). Pero también se debe traer a colación el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, porque en él se hacen importantes referencias a los derechos en cuestión, sobre todo en la Exposición de Motivos.

En un intento de síntesis, obligadamente esquemático, de la regulación contenida en la LGS, hay que destacar los siguientes aspectos:

1. Distinción imprecisa entre derecho a la protección de la salud (DPS) y derecho a la asistencia sanitaria (DAS).

En efecto, la Ley proclama desde el principio su propósito de regular "todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 y concordantes de la Constitución" (art. 1.1), estableciendo a continuación quiénes son titulares "del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria" (art. 1.2). Más adelante se precisa que "la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española" (art. 3.2), si bien esta previsión queda atemperada por la progresividad a que se refiere la Disposición Transitoria 5ª.

La política de salud "*estará orientada a la superación de los desequilibrios territoriales y sociales*" (art. 3.3), dentro de una "*concepción integral del sistema sanitario*" (art. 4.1), que deberá instrumentarse mediante planes y programas de salud en los que deberá prestarse especial atención a la "sanidad ambiental", que incluye, entre otros aspectos, los relativos a la calidad del aire, aguas, alimentos e industrias alimentarias, residuos orgánicos, suelo y subsuelo, energía, transporte colectivo, sustancias tóxicas y peligrosas, vivienda y urbanismo,

medio escolar y deportivo, medio laboral, lugares e instalaciones de esparcimiento público y cualquier otro aspecto del medio ambiente relacionado con la salud (art. 19). De ello se deduce, obviamente, una concepción amplísima del DPS, cuyo contenido sólo en parte puede estar constituido por la provisión de unas prestaciones sanitarias, que son, sin embargo, en las que se centra la Ley comentada, ya que, al regular los derechos de "todos" con respecto a las distintas Administraciones Públicas Sanitarias, el correspondiente catálogo está centrado en el acceso y recepción de las citadas prestaciones y no en los otros aspectos del DPS.

Por consiguiente, aunque no los distinga con precisión, la LGS parece configurar claramente el DAS como una parte del DPS y no como expresiones sinónimas. El propio DAS se concreta en una serie de derechos más específicos, que figuran en el art. 10 y cuya definición se hace igualmente en términos de gran amplitud, de tal modo que su contenido es también susceptible de concreción ulterior, dando lugar a un proceso de concretización "en cascada" del contenido de las facultades que el legislador quiere atribuir. Lógicamente interesa poner de relieve (pero la Ley no lo hace) cuál es el elemento clave en ese proceso de concreción para determinar los aspectos que tienen cobertura en el art. 43 u otros conexos de la Constitución, los que dependen del legislador ordinario y, en su caso, los que quedan a disposición de la potestad reglamentaria del Gobierno (del Estado o de las Comunidades Autónomas).

2. Catálogo de derechos.

La atribución de ese catálogo de derechos a "todos" (se supone que serán los titulares del DPS según el art. 1.2) es otra de las características de la LGS. Muchos de ellos suponen la mera reiteración en este ámbito de principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución (respeto a la personalidad, dignidad e intimidad, prohibición de discriminación), otros evocan algunos de los derechos reconocidos con carácter general a los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas (art. 35 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, LRJPAC). Así, el derecho a la información, el de obtener certificados acreditativos de su estado de salud, el de participación en las actividades sanitarias, la constancia escrita de todo el proceso, la utilización de las vías de reclamación y de propuesta de sugerencias en los plazos previstos. Un tercer grupo, en fin, tiene un carácter más específicamente sanitario, co-

mo la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, el llamado "consentimiento informado", el de negarse al tratamiento y la libre elección de médico en las condiciones que la Ley establece. En rigor, sólo este último grupo puede considerarse parte integrante del contenido del DAS, puesto que los demás derivan de derechos fundamentales o de derechos frente a las organizaciones públicas de alcance mucho más general.

Llama la atención que, pese a su amplitud, este catálogo de derechos con el que la LGS pretende integrar el contenido del DAS (o del DPS, ya que, como hemos dicho, no hay una clara distinción) no incluyen un conjunto delimitado de prestaciones. En otras palabras, la Ley atribuye el derecho a la asistencia sanitaria en abstracto, pero no concreta cuáles son las prestaciones a que efectivamente se tiene derecho. Tal concreción se llevó a cabo por el citado Real Decreto 63/1995, disposición importantísima, aunque de rango normativo discutible y sobre la que más adelante habremos de volver.

Ante una posible reforma de la LGS, conviene subrayar que ésta es una deficiencia de necesaria subsanación, ya que, para configurar un derecho subjetivo que merezca esa denominación es necesario que su contenido esté delimitado con la mayor precisión posible, y eso, desde luego no lo hace la LGS, lo que pone en entredicho su, en apariencia, gran aportación, que es la universalización del DAS.

3. Universalización del derecho a la asistencia.

Como ya se ha indicado, la LGS dispone la extensión de la asistencia sanitaria pública a toda la población española y garantiza el acceso a ella en condiciones de igualdad efectiva (art. 3.2), vinculándose esta igualdad en el acceso a lo dispuesto en los arts. 9.2 y 158.1 de la Constitución (art.12). Esta universalización se proclama de nuevo como una de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud (art. 46.a.).

Las consecuencias de esta "generalización" del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria (de nuevo aparecen unidos, pero diferenciados, ambos conceptos) se extraen en el art. 81, según el cual dicha generalización "*implica la homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público*" y "*se efectuará mediante una asignación de recursos financieros que tengan en cuenta, tanto la población a atender en cada Comunidad Autónoma, como las inversiones sanitarias a realizar para corregir las desigualdades territo-*

riales sanitarias, de acuerdo con lo establecido en el art. 12" .

Al vincular la universalización o generalización del DAS con la financiación pública de las prestaciones, el legislador hizo una apuesta arriesgada, pero tanto más loable cuanto que con ella se persigue claramente la efectividad real del derecho y no sólo su afirmación en el plano formal. De poco serviría, en efecto, la atribución generalizada del derecho a la asistencia si el titular tuviera que abonar el coste del servicio y careciera de recursos para ello. La libertad de acceso, sin financiación pública, y, por tanto, con obligación de pagar el coste de las prestaciones recibidas, impediría, de hecho, el acceso a los potenciales usuarios carentes de recursos. En tal caso, el acceso, aunque "libre", no se produciría en condiciones de "igualdad efectiva" como quiere el art. 3.2 LGS. Es cierto, sin embargo, que esa igualdad efectiva no implica necesariamente la financiación pública íntegra de las prestaciones en todos los casos. Frente a ello se podría objetar que un tal sistema discrimina positivamente a los usuarios de mayor capacidad económica, que reciben gratuitamente unas prestaciones cuyo coste podrían satisfacer sin quebranto patrimonial grave. Hay muchas opciones de financiación posibles y constitucionalmente admisibles, pero ésta es una cuestión en la que no procede entrar aquí.

Lo relevante a los efectos del presente estudio es que la vinculación entre la libertad de acceso y la financiación pública (que se ha tendido a entender como "gratuidad" al menos para las prestaciones garantizadas) ha contribuido a enturbiar los perfiles del derecho que nos ocupa. La universalización de un derecho de contenido prestacional no implica, por sí sola, la gratuidad de las prestaciones. Hay derechos universales de ejercicio oneroso (tarifas en los servicios públicos "clásicos"). A la inversa, hay derechos prestacionales sin coste pero no universales (pensiones no contributivas). Finalmente, puede haber derechos universales y sin coste (enseñanza obligatoria y gratuita). En el caso del DAS, la regulación de la LGS adolece de cierta ambigüedad, al combinar la generalización con la financiación pública sin suficiente precisión.

Otro matiz importante es que la libertad de acceso no es igual para todas las prestaciones. No hay la misma

7

Esta previsión apunta inequívocamente a la financiación pública de las prestaciones, aunque no implica que la cobertura sea total ni excluye la posibilidad (más bien, obligatoriedad) de que se abone el coste de los servicios prestados. Así lo confirman los arts. 82 y 83 LGS.

libertad en todos los niveles de la asistencia, como veremos a continuación.

4. Diferente grado de libertad en el acceso a los distintos niveles de la asistencia

La LGS establece tres niveles de asistencia con distinto grado de libertad para el usuario:

a) Atención primaria en la que, en principio, existe libertad de elección de médico en el marco del Área de Salud. El ejercicio de esta facultad se remite al desarrollo reglamentario, lo que se hizo por Real Decreto 1575/1993, de 10 de septiembre.

b) Asistencia hospitalaria especializada a la que se tiene derecho, también en el marco del Área de Salud, pero sin que parezca existir libertad de elección de centro o establecimiento (art. 15.1).

c) Por último, posibilidad de acceder, ya fuera del ámbito del Área de Salud a los "servicios de referencia" acreditados por el Ministerio, una vez superadas las posibilidades de diagnóstico y tratamiento de los servicios especializados de la Comunidad Autónoma de residencia (art. 15.2). Aquí tampoco parece existir libertad de elección de centro por parte del usuario, configurándose este nivel asistencial como un correctivo de las desigualdades prestacionales que puedan existir en el ámbito de los Servicios de Salud, al proporcionar a todos los usuarios del SNS la posibilidad de acudir, en último término, a los citados servicios especializados, cualquiera que sea su localización. Aunque la atribución al Ministerio de la facultad de acreditación de estos Servicios ha sido criticada por algún autor⁸, puede estar justificada en garantía de la igualdad sustancial en el ejercicio de los derechos, que incumbe al Estado en virtud del art. 149.1.1^a de la Constitución.

Al regular los tres niveles de asistencia reseñados, la LGS utiliza con preferencia la expresión "usuarios" del SNS, que conviene poner en conexión con la titularidad del derecho a la asistencia. ¿Todos los usuarios del SNS son titulares del derecho? Es evidente que no, porque habrá usuarios con derecho a la asistencia (los españoles y los extranjeros residentes: art. 1.2 LGS) y otros que no son titulares del derecho, pero que podrán recibir asistencia, aunque tengan que pagarla. Así lo prevé el art. 16 cuando se refiere a "los usuarios sin derecho a la asis-

⁸

J.L. Beltrán Aguirre, "Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud: Aspectos Jurídicos", en la Revista Derecho y Salud, Volumen 2, n.º 2, julio-diciembre 1994, pág. 95.

tencia de los Servicios de Salud". Esta es una cuestión conceptual importante sobre la que se volverá más adelante al tratar acerca de la titularidad del DAS, pero conviene subrayar que la LGS adolece en este punto de una cierta imprecisión al no distinguir con nitidez entre los titulares del DAS y los usuarios sin derecho a la asistencia, pero con derecho de acceso al sistema. Lógicamente, esta distinción depende de la configuración que se haga del propio DAS. La misma imprecisión se observa en el art. 3.2 del Real Decreto 63/1995, que utiliza idéntica expresión ("usuarios sin derecho a la asistencia"), condición que, en principio, es característica de los extranjeros no residentes. La cuestión se complica porque cuando se habla del derecho a la asistencia parece presuponerse la financiación pública de la misma, a diferencia de la situación de simple usuario que, al no ser titular del DAS, recibe asistencia pero tiene que pagarla, como paciente "privado". Ahora bien, la cuestión es si estos usuarios también tienen derecho a ser atendidos, aunque deban abonar el coste de los servicios.

Esto nos introduce en otra de las características del régimen vigente que es la relativa a la financiación de las prestaciones.

5. Financiación

Entre las características fundamentales del SNS se incluye también la de que "la financiación de las obligaciones derivadas de esta Ley se realizará mediante recursos de las Administraciones Públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios" (art. 46.d. LGS).

⁹

La propia LGS aclara en otro lugar (art. 79.1) que "la financiación de la asistencia prestada se realizará con cargo a:

a) Cotizaciones sociales.

b) Transferencias del Estado que abarcarán:

La participación de la contribución de aquél al sostenimiento de la Seguridad Social.

La compensación por la extensión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a aquellas personas sin recursos económicos.

La compensación por la integración, en su caso, de los hospitales de las Corporaciones locales en el Sistema Nacional de Salud.

c) Tasas por la prestación de determinados servicios.

d) Por aportaciones de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales".

A esta relación se ha añadido "los tributos estatales cedidos" (art. 68.1 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas).

Este sistema de financiación mixta de las prestaciones sanitarias pone de relieve la situación de transición en que se encontraba el legislador de 1986, que no opta decididamente por un determinado "modelo" de financiación, sino que deja abierto un amplio abanico de posibilidades, al arbitrar un conjunto de recursos de muy distinta procedencia y significado jurídico y económico (cotizaciones a la Seguridad Social, recursos presupuestarios de las distintas entidades territoriales y, por último, cantidades aportadas por los usuarios en concepto de tasas por la prestación de servicios) pero sin asignar una determinada fuente de financiación a un determinado tipo de prestaciones .

La situación ha cambiado radicalmente tras la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de la Seguridad Social, fruto del denominado "Pacto de Toledo". Esta Ley modificó el artículo 86.2 de la Ley General de Seguridad Social (LGSS) en el sentido de atribuir naturaleza no contributiva a las prestaciones sanitarias de dicho sistema. Con posterioridad, la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, ha modificado de nuevo el citado art. 86.2 estableciendo que la financiación de las prestaciones y servicios sanitarios de la Seguridad Social cuya gestión se haya transferido a las Comunidades Autónomas formará parte del sistema de financiación autonómica vigente en cada momento. A este respecto, reitera que dichas prestaciones tienen naturaleza no contributiva .

10

Es evidente que en este marco tan amplio hay muchas combinaciones posibles, con predominio de una u otra de las vías de financiación previstas. La previsión del art. 81 ya citado, según el cual la generalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria implica la homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público y se efectuará mediante una asignación de recursos financieros en función de la población y la necesidad de corregir las desigualdades territoriales sanitarias, parece apuntar a un predominio de la financiación presupuestaria, pero esto es más bien una constatación de lo que ha ocurrido en la realidad, que el resultado de una decisión expresa del legislador. También cabría la opción de apoyar la financiación en las tarifas abonadas por los usuarios, que al tener el carácter de tasas, son tan ingresos públicos como los procedentes de otras figuras tributarias (impuestos y contribuciones especiales).

11

Artículo 86.2 LGSS en la nueva redacción introducida por la Ley 21/2001. Por otra parte, se afectan específicamente a la financiación del gasto sanitario los rendimientos del nuevo Impuesto sobre las ventas minoristas de determinados hidrocarburos, creado por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. No obstante, la parte de los recursos derivados de la aplicación de los tipos de gravamen autonómicos puede dedicarse a financiar actuaciones medioambientales (art. 9). Este nuevo tributo es de los cedidos a las Comunidades Autónomas (art. 17.ñ. de la ya citada Ley 21/2001) con el alcance previsto en el art. 36 de la misma Ley. Hay un tipo de gravamen estatal (art. 9.10 Ley 24/2001) y otro autonómico (art. 44.1 Ley 21/2001).

Pero todavía está sin resolver, a mi juicio, la cuestión clave de si el derecho a la asistencia sanitaria implica la gratuidad de las prestaciones. Es obvio que los cotizantes a la Seguridad Social y sus beneficiarios tendrán derecho a prestaciones sanitarias "gratuitas" (en el sentido de financiadas con fondos públicos), pero no por imperativo de la LGS, sino en cuanto afiliados al sistema de la Seguridad Social. En cambio, los ciudadanos no afiliados a la misma, aunque titulares del DAS, estarán obligados, en principio, al pago de las prestaciones recibidas, pese a ser formalmente titulares del derecho según el art. 1.2 de la Ley. De este modo, la titularidad del DAS parece tener consecuencias muy distintas en función de un dato en principio ajeno al SNS como es el encuadramiento o no en la Seguridad Social.

En el mismo sentido, la previsión de tasas a abonar por los usuarios pone claramente de relieve que el derecho a la asistencia no implica sin más la gratuidad de las prestaciones, sino que se puede tener derecho a ellas pero abonando el correspondiente coste, con el resultado de que quienes no tengan capacidad económica para sufragarlo y no estén encuadrados en el sistema de la Seguridad Social serán titulares de un derecho sin contenido efectivo. Por cierto que llama la atención la rotunda configuración como tasas de las contraprestaciones a abonar por la asistencia sanitaria. El legislador de 1986 parece presuponer que ésa es la naturaleza jurídica de tales ingresos, al amparo del art. 13 de la Ley 8/1989 de Tasas y Precios Públicos (que incluye, en efecto, bajo este concepto la prestación de servicios sanitarios), pero no se molesta en regular con suficiente precisión el hecho imponible, sujeto pasivo, el tipo de gravamen y demás elementos que deben ser regulados por Ley en virtud de la reserva que a las normas de este rango se contienen en materia tributaria en el art. 31.3 de la Constitución. Esta es una cuestión que conviene tener en cuenta con vistas a una posible reforma de la LGS.

Por consiguiente, el criterio clave para determinar si el usuario tiene que pagar o no las prestaciones que recibe es el del "aseguramiento". Si está asegurado, por la Seguridad Social o por otra entidad, no tendrá que abonar el coste de las prestaciones (al menos cuando se trate de las cubiertas por el seguro) sin perjuicio de que dicho coste se pueda exigir de la entidad aseguradora obligada al pago. Pero si no hay aseguramiento, aunque el usuario sea formalmente titular del DAS, estará obligado a pagar las tasas correspondientes. Este criterio del aseguramiento resulta, pues, el punto de conexión entre el derecho de acceso a las prestaciones y la gratuidad o no de las mismas. No obstante, es evidente que la atribución de

naturaleza no contributiva a las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social apunta a una financiación puramente presupuestaria .

En síntesis, la relativa indefinición en que la LGS dejó la cuestión clave de la financiación de las prestaciones tiene una incidencia directa sobre la configuración del DAS, que queda también en la ambigüedad en cuanto a si las prestaciones a que se tiene derecho son o no financiadas (total o parcialmente) con fondos públicos. Tenemos, pues, aquí una segunda quiebra o, al menos, insuficiencia en cuanto al contenido del DAS: por un lado, como ya se dijo, la LGS no concreta las prestaciones a que se tiene derecho; por otro, no aclara si se debe o no abonar su importe. La razón es, quizá, que la plena inserción de la asistencia sanitaria pública en el ámbito de la Seguridad Social era en 1986 un condicionamiento demasiado fuerte para el legislador. También es posible que se considerara que la cuestión estaba resuelta en el marco del sistema de la Seguridad Social o que había que abordarla dentro de él. El problema (y la incoherencia del legislador) es que la LGS proclama la universalización del DAS no en el marco de la Seguridad Social sino en el del SNS, pero no extrae las consecuencias de este cambio de perspectiva. De ahí que se haya podido afirmar, con razón, que la universalización proclamada por la LGS se hizo "*en términos que tienen poco más que fuerza orientadora*" .

6. Libertad de empresa en el sector sanitario

Aunque tangencial al objeto de este estudio, interesa destacar, para concluir este reseña de las características básicas del sistema diseñado por la LGS, la incidencia de la libertad de empresa en el sector sanitario (art. 38 de la Constitución y art. 89 de la Ley) y del derecho al ejercicio libre de las profesiones sanitarias (arts. 35 y 36 de la Constitución y art. 88 de la Ley). Ello implica la plena legitimidad de la existencia de centros y establecimientos

¹² La Ley 52/2002, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2003, regula la financiación de la asistencia sanitaria, a través del presupuesto del nuevo Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (sucesor del INSALUD), mediante dos aportaciones finalistas del Estado, una para operaciones corrientes y otra para operaciones de capital "y con cualquier otro ingreso afectado a aquella entidad", por el importe estimado que se indica (art. 12).

¹³ M. REBOLLO PUIG, en el Capítulo "Sanidad" de la obra colectiva "Las estructuras del bienestar. Derecho, Economía y Sociedad en España", dirigida por S. MUÑOZ MACHADO, J.L. GARCIA DELGADO y L. GONZALEZ SEARA, Escuela Libre Editorial y Editorial Civitas ; Madrid 1997, pág. 217 y ss. (la cita está tomada de la pág. 252).

privados, que prestan asistencia sanitaria en ejercicio de esos derechos fundamentales y que pueden colaborar en la prestación de la asistencia pública mediante convenios de vinculación al SNS (arts. 66 y 67 LGS) y conciertos sanitarios (art. 90 LGS). El dispositivo prestacional de la asistencia sanitaria ofrece así un claro paralelismo con la educación: hay centros públicos, centros privados concertados o vinculados y centros puramente privados, sin perjuicio de la existencia de fórmulas mixtas y del libre ejercicio de la profesión.

7. El Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud

Para concluir este reseña de la legislación estatal vigente conviene hacer referencia a esta importante disposición, que ya hemos citado varias veces, y cuyo preámbulo realiza un notable esfuerzo en la explicación del significado del DPS, confirmando plenamente la concepción amplia o integral del mismo que se deduce del art. 43 de la Constitución, aunque sin diferenciarlo con nitidez del DAS. El citado preámbulo comienza señalando lo siguiente:

"El contenido de este derecho tiene una doble dimensión, colectiva e individual. La garantía de la primera está en parte cubierta por otro derecho fundamental, el de disfrutar de un medio ambiente adecuado en los términos del art. 45 del propio Texto Constitucional, pero requiere también acciones específicas de defensa de la salud pública, mediante el control sanitario de los alimentos y demás productos de uso o consumo humano, con arreglo a lo dispuesto en la normativa correspondiente, en particular, las reglamentaciones técnico-sanitarias de productos, actividades y servicios, cuya aplicación es controlada por los Servicios de Salud.

La importancia decisiva que reviste la dimensión colectiva del derecho a la protección a la salud se completa con el núcleo irrenunciable de la dimensión personal, es decir, por la relación de toda persona con su propio bienestar físico y mental que debe ser respetado y promovido por los poderes públicos más allá del establecimiento de unas normas o pautas de salubridad en el entorno en que la vida se desarrolla.

Esa faceta personal del derecho requiere la actuación de los poderes públicos en el doble plano de la prevención, para la que es fundamental la labor educativa encaminada a la difusión de hábitos saludables

de conducta en la vida cotidiana, y de la asistencia mediante las necesarias prestaciones cuando la salud se quiebra o decae. Esta manera de enfocar la garantía del derecho está explícita en la formulación del art. 43 de la Constitución al configurarlo como un derecho a la protección de la salud y no como un derecho a la sanidad, contraído exclusivamente a la recepción de una asistencia en caso de accidente o enfermedad".

El Preámbulo continúa señalando que ésta es la concepción que inspira a la LGS y añade que la universalización del DAS introducida en ella *"no es sino la aplicación, en este ámbito concreto, del derecho a la igualdad reconocido en el art. 14 de la Constitución, cuya realización efectiva deben promover los Poderes públicos, correspondiendo en concreto al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen dicha igualdad cuando están en juego derechos fundamentales (art. 149.1.1ª), como ocurre en el presente caso con los reconocidos en los artículos. 41, 43, 49, 50 y 51 todos ellos del Texto Constitucional"*.

Las palabras del Preámbulo del Real Decreto 63/1995 son suficientemente expresivas de la concepción integral del DPS y de su diferenciación con el DAS, como una parte de aquél. En el articulado, subsisten, sin embargo, las mismas imprecisiones que en la LGS en cuanto a la distinción entre la titularidad del derecho y la condición de usuario del SNS. No obstante, la gran

14

Entre los principios de la LGS que desarrollan y concretan los formulados de un modo más abstracto en los preceptos constitucionales reseñados, el Preámbulo destaca, en lo que aquí nos interesa, los siguientes:

- *"La universalización del derecho a la asistencia sanitaria en todos los casos de pérdida de la salud.*
- *En conexión con el anterior, la garantía de la igualdad sustancial de toda la población en cuanto a las prestaciones sanitarias y la inexistencia de cualquier tipo de discriminación en el acceso, administración y régimen de prestación de los servicios sanitarios.*
- *La homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público que en cuanto son financiadas con cargo a la Seguridad Social con fondos estatales adscritos a la sanidad, han de ajustarse necesariamente a la asignación de recursos financieros, conforme a lo dispuesto en el art. 134.2 de la Constitución, en el art. 81 de la Ley General de Sanidad y en la Ley de Presupuestos Generales del Estado de cada año.*
- *La reclamación del coste de los servicios prestados siempre que aparezca un tercero obligado al pago o cuando no constituyan prestaciones de la Seguridad Social..."*.

15

En efecto, por un lado, se establece la obligación de facilitar atención y asistencia sanitaria "a toda la población", conforme a lo previsto en la LGS, en el propio Real Decreto y demás disposiciones que resulten de aplicación (art. 1º). Pero, por otro, se establece la procedencia de la reclamación del importe de los servicios, además de a los terceros

novedad y el gran mérito (pese a las injustas críticas que ha recibido) del Real Decreto en cuestión es que concreta el contenido de las prestaciones a que se tiene derecho, subsanando así una de las clamorosas deficiencias de la Ley General de Sanidad, como se indicó anteriormente. La consecución de este objetivo se concreta en los tres Anexos referidos, respectivamente, a las siguientes materias:

- Prestaciones sanitarias facilitadas directamente por el SNS y financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales adscritos a la sanidad (Anexo I).
- Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago (Anexo II).
- Prestaciones que no son financiadas con cargo a la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria (Anexo III).

El concepto de prestación sanitaria se intenta deslindar frente a la atención de "los problemas o situaciones sociales o asistenciales no sanitarias que concurren en las situaciones de enfermedad o pérdida de la salud", a las que se atribuye la consideración de "atenciones sociales", debiéndose garantizar la continuidad del servicio a través de la adecuada coordinación por las Administraciones Públicas correspondientes de los servicios sanitarios y sociales (Disposición Adicional Cuarta). Esta es otra importante contribución a la precisión del concepto de asistencia sanitaria en el que todavía es necesario profundizar.

Por último, el contenido prestacional delimitado en el Real Decreto se configura como un denominador común a todos los titulares del derecho a la asistencia sanitaria que el Estado garantiza y que puede ser mejorado o complementado por las Comunidades Autónomas, pero, naturalmente, con cargo a sus propios recursos o mediante el pago de los servicios por los usuarios (Disposición Adicional Quinta). Esta disposición refleja una situación que resulta inevitablemente del reparto constitucional de competencias y que da pie para la introducción

obligados al pago, a los "usuarios sin derecho a la asistencia..., admitidos como pacientes privados, conforme a lo establecido en el art. 16 de la Ley General de Sanidad" (art. 3.2). La expresión "pacientes privados" aporta un matiz respecto de la LGS que parece apuntar a que estos usuarios lo son "de pago", de acuerdo con la terminología hospitalaria usual. Pero seguimos sin saber con precisión si estos usuarios sin derecho a la asistencia son sólo los extranjeros no residentes, como resultaría de una interpretación estricta del art. 1.2 LGS o si en ese concepto se incluyen también los titulares del DAS que no estén afiliados a la Seguridad Social o a otra entidad obligada al pago.

de desigualdades entre los diferentes territorios autonómicos.

En síntesis, la contribución del Real Decreto a la definición del contenido del derecho a la asistencia sanitaria se puede esquematizar en la forma siguiente:

- El citado derecho incluye el aseguramiento de las prestaciones del Anexo I, con financiación por la Seguridad Social o fondos estatales destinados a la asistencia sanitaria. El problema, no resuelto explícitamente, es si la cobertura alcanza a los titulares del derecho no afiliados a la Seguridad Social. Cuando haya un tercero obligado al pago, la cuestión se resuelve por aplicación de lo establecido en el Anexo II.
- No incluye la cobertura de las prestaciones del Anexo II. El problema, no resuelto, es si se tiene derecho a esas prestaciones aunque no haya que pagar su coste.

B) Legislación sanitaria autonómica

En ejercicio de sus competencias en esta materia las Comunidades Autónomas han llevado a cabo una importante labor legislativa mediante la promulgación de leyes generales de ordenación sanitaria o, de menor alcance, con el objeto de regular la organización de su respectivo Servicio de Salud. La reseña que se hace a continuación tiene una pretensión meramente ejemplificativa, poniendo especial énfasis en aquellos datos que implican un avance o un salto cualitativo respecto de las previsiones de la LGS.

Se han tomado como referencia la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Ordenación Sanitaria de Cataluña (modificada por la Ley 11/1995, de 29 de septiembre), la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León y la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi.

Con carácter general se debe subrayar que tampoco en estas leyes hay una distinción clara entre el DPS y el DAS, si bien todas ellas parten de una concepción integral o amplia de la salud, lo mismo que la LGS. También en todas ellas está claro que el DPS tiene un contenido prestacional y que los Poderes públicos están obligados a organizar el correspondiente dispositivo, que algunas leyes como la vasca califican como "*servicio público, universal y equitativo*" (E. de M. I).

Los aspectos a que prestaremos mayor atención serán los relativos a la configuración general del derecho, su universalización, el principio de equidad y lo relativo a la calidad de los servicios.

1. Configuración del derecho

- El DPS se considera como un "derecho inalienable de la población catalana" (art. 6.2.b. de la Ley 15/90) que debe garantizarse por el Servicio de Salud, así como el acceso a curarse en condiciones de un escrupuloso respeto a la intimidad personal y a la libertad individual del usuario.
- Libre elección del médico dentro de las posibilidades que ofrece el sistema sanitario de utilización pública (art. 6.2.b. de la citada Ley 15/90). Esa libertad se amplía al Servicio y Centro en los términos establecidos en ella por la Ley Foral 10/1990, mientras que en Castilla y León se remite a las condiciones que fije el Reglamento (art. 4.1.o.). En principio, esta libertad de elección es más amplia que en la LGS, puesto que no se limita a la atención primaria, aunque sus límites no están claros.
- Se establece un catálogo de funciones a realizar por los Poderes públicos para la efectividad del derecho (art. 8 de la Ley catalana 15/90, art. 13 de la Ley Foral, art. 1.2 de la Ley castellano-leonesa y arts. 1 y 2 de la Ley vasca).
- La titularidad del derecho a la asistencia sanitaria pública corresponde a los ciudadanos residentes (art. 3.1 de la Ley Foral, art. 8.3 de la Ley castellano-leonesa y art. 4.1 de la Ley vasca). Para los no residentes se hace una remisión a la legislación estatal y a lo estipulado en los convenios de colaboración e internacionales, lo que deja la situación un tanto indefinida.
- El catálogo de derechos del ciudadano respecto del sistema sanitario coincide sustancialmente con el de la LGS, pero algunas leyes añaden matices de interés, entre los que cabe destacar los siguientes: a) se configura la cobertura de la seguridad social como un mínimo, al que se añade la asistencia psiquiátrica y se prevé el establecimiento de otras prestaciones complementarias (art. 5.4 de la Ley Foral 10/90 y art. 4 de la Ley vasca 8/97); b) derechos adicionales de los enfermos mentales (art. 11 de la cita-

da Ley Foral y art. 4.3 de la Ley de Castilla y León); c) previsión de la concreción reglamentaria del contenido y alcance de esos derechos y la reparación en caso de incumplimiento (art. 5.1 de la Ley de Castilla y León); d) se refuerza el derecho a la información del paciente, garantizando el derecho a la segunda opinión (art. 9.2 de la Ley Foral 10/90).

- Se prevé la intervención administrativa en las actividades públicas y privadas negativas para la salud, a veces con formulaciones que resultan criticables por su enorme vaguedad, como es la contenida en la citada Ley Foral ("*establecer y acordar las limitaciones y las medidas preventivas que sean exigibles en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan tener consecuencias negativas para la salud*": art. 24.1.a.). Esas limitaciones podrán establecerse pero en muchos casos deberá hacerlo el legislador y no la Administración sanitaria, sin que baste esa autorización legal que constituye un verdadero "cheque en blanco".
- Las acciones u omisiones que dificulten o impidan el disfrute de los derechos reconocidos se configuran como infracciones (art. 27.2.b. de la Ley Foral, arts. 5.3 y 36 de la Ley castellano-leonesa y arts. 35 y ss. de la Ley vasca).

2. Universalización

- La universalización para todos los ciudadanos residentes de los servicios sanitarios de carácter individual o colectivo se proclama como uno de los principios informadores del sistema sanitario (art. 2.c. de la Ley catalana que, sin embargo, se remite a los recursos disponibles, si bien con la previsión de que la universalización sea efectiva en un plazo de 6 meses: Disposiciones Adicionales Cuarta y Novena). En sentido análogo la Ley Foral (art. 3.1) y la de Castilla y León (arts. 2.1.a. y 8.3), así como art. 4 de la Ley vasca. Se debe subrayar que en estas Leyes la universalización implica la extensión del derecho a toda la población residente, pero no comporta en absoluto la financiación pública de las prestaciones, para lo que el legislador autonómico se remite a lo establecido en la ordenación básica (es decir, estatal) del SNS.
- En consecuencia, la legislación autonómica no aporta ningún elemento sustantivo respecto de

la universalización del derecho, lo que parece confirmar que ésta es una cuestión reservada al legislador estatal, no sólo por razones de financiación, sino por razones jurídico-constitucionales de garantía de la igualdad.

3. Equidad

Este es un principio de significado aparentemente claro, pero, en el fondo, bastante críptico, que se recoge en la legislación autonómica desde distintas perspectivas:

- Unido a la superación de las desigualdades territoriales (art. 2.h. de la Ley catalana 15/90). En cambio, la Ley 1/93 de Castilla y León configura la "*superación de las desigualdades socioeconómicas y disminución de desequilibrios territoriales*" como uno de los principios de la ordenación sanitaria de la Comunidad (art. 2.1.j.), sin hacer referencia alguna a la equidad.
- Como principio informador de las actuaciones y servicios sanitarios, vinculado a la igualdad en las condiciones de acceso (equidad en los niveles de salud: art. 4.c. de la Ley Foral 10/90).
- Vinculado a la universalización, como en la Ley vasca 8/97: servicio público "universal y equitativo"; "universalidad, equidad y calidad" como premisas del modelo sanitario adoptado.

La impresión que tiene el autor de este estudio es que el término "equidad" se ha convertido en un tópico en este ámbito, pero se emplea en la legislación sanitaria sin precisión alguna, con un carácter puramente retórico y, desde luego, sin ninguna conexión con el significado del término en el lenguaje jurídico ordinario: la equidad como justicia del caso concreto y, por lo tanto, con un cierto matiz de desigualdad o alejamiento de la norma abstracta y general para dar un tratamiento más apegado a las circunstancias del caso. Como no parece que esto sea lo que se pretende expresar con tal palabra, sería preferible hablar sencillamente de "igualdad" tanto en el acceso como en la recepción de las prestaciones sanitarias.

4. Calidad

La calidad de la asistencia sanitaria está también en la primera línea de las preocupaciones de los legisladores autonómicos que, como en el caso vasco, la vinculan a la universalidad y equidad, y se configura como uno de los objetivos del servicio de salud, vinculado a la modernización de los servicios (arts. 6.1.g. y Disposición Adicional

Quinta de la Ley catalana) o se considera, en la misma línea que uno de los principios de la ordenación sanitaria de la Comunidad es la "*mejora continua de la calidad de los servicios*" (art. 2.1.f. Ley de Castilla y León). Como la calidad está indisolublemente unida a la eficiencia en la gestión se propugna la utilización de las formas jurídicas que resulten más adecuadas, sin excluir las sometidas al Derecho privado, como propone la Exposición de Motivos de la Ley vasca. No obstante, estas cuestiones de organización quedan al margen del presente estudio.

C) Jurisprudencia constitucional

El Tribunal Constitucional no se ha ocupado hasta ahora frontalmente del significado del art. 43, quizá por estar incluido en el Capítulo III del Título I, regulador de materias que no son susceptibles de acceder a aquél por la vía del recurso de amparo, como recordó expresamente el Auto nº 1084 de 12 de diciembre de 1986. No obstante, en diversas sentencias se encuentran referencias incidentales, efectuadas casi siempre desde la perspectiva competencial (al delimitar los ámbitos respectivos del Estado y las Comunidades Autónomas para la efectividad de lo establecido en el citado precepto constitucional). Aquí nos limitaremos a dejar constancia de las afirmaciones que pueden contribuir a esclarecer el significado del DPS.

El Alto Tribunal pone en conexión el art. 43 con el contenido de otros preceptos constitucionales (en especial, los arts. 45 y 51, sobre el derecho al medio ambiente y protección de los consumidores, respectivamente), para extraer de la interpretación sistemática de todos ellos la conclusión de que hay una "*exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional*", puesto que los derechos que los citados preceptos reconocen

"pertenecen a todos los españoles y a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para el ejercicio de los mismos; en igual sentido hay que interpretar las disposiciones constitucionales, no en balde situadas en el mismo contexto, relativas a la regulación por Ley del comercio interior y del régimen de autorización de productos comerciales, pues dada la unidad del mercado, la libre circulación de bienes y la indudable incidencia que en la salud de los ciudadanos pueden tener determinados productos, es obvio que todo ello debe quedar integrado en un mismo sistema normativo" (STC 32/1983, de 28 de abril, FJ 2º)

La exigencia constitucional de que exista un sistema normativo de la sanidad nacional no implica, sin embargo, que su regulación sea unitaria, porque aquí, como en todos los demás ámbitos materiales, incide la distribución competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de modo que la integración de ese sistema es una tarea conjunta de ambas esferas territoriales. Para decirlo con las palabras del Tribunal en la misma sentencia:

"Ahora bien, en los preceptos constitucionales examinados hasta aquí sólo se contiene una fijación general de objetivos y de derechos, pero no se establece (salvo por lo que se dice en el artículo 149.1.1) un reparto de competencias entre los 'poderes públicos' a los cuales en bloque se les confiere la misión de 'organizar y tutelar la salud pública' (artículo 43.2 de la CE). Para saber qué aspectos del sistema de la sanidad nacional corresponden al Estado (además del fundamental que se contiene en el artículo 149.1.1, referido allí no sólo al ejercicio de estos derechos, sino en términos más generales) y qué otros pueden ser o son competencia de cada Comunidad Autónoma, es necesario acudir al Título VIII de la Constitución y al correspondiente Estatuto" (ibidem).

Si entrar en la delimitación competencial, lo que interesa destacar aquí es que, dejando de lado la cuestión de si el DPS es o no un verdadero derecho subjetivo (en la que el TC no entra), su atribución a todos los españoles implica la "universalización" de todo el dispositivo de prestaciones que los poderes públicos organicen para la efectividad del art. 43 o, con mayor precisión, que los contenidos de ese derecho deben ser iguales para todos, al menos en la parte "básica" cuya definición se reserva al legislador estatal y que cumple la función de garantizar la igualdad sustancial ("condiciones básicas") en el ejercicio de éste como de los demás derechos constitucionales, conforme a lo previsto en el art. 149.1.1ª, que la sentencia cita reiteradamente.

Esta es una conclusión muy importante para nuestro propósito, porque, si el derecho a la asistencia sanitaria se configura como una parte del DPS del art. 43 o como una manifestación concreta del mismo, le alcanza, lógicamente, la necesidad de su configuración como "universal". Esto significa que la universalización del DAS no es una opción del legislador sino una exigencia constitucional. Cuestión distinta, como ya nos consta, es si ese carácter universal implica la financiación pública (total o

parcial) de las prestaciones, aspecto éste sobre el que la sentencia comentada no aporta luz alguna.

Otro matiz importante a destacar es que la interrelación del art. 43 con otros preceptos constitucionales relativos al medio ambiente, la defensa del consumidor o la libertad de comercio, pone de relieve que el Tribunal parte de la concepción amplia o integral de la protección de la salud que hemos visto reflejada en la legislación positiva, estatal y autonómica, que resulta así acorde con los planteamientos de la jurisprudencia constitucional. Esta concepción se manifiesta en la vinculación al art. 43 de contenidos que van mucho más allá de la asistencia sanitaria. Por ejemplo:

- las reglas aplicables a los productos alimenticios constituyen parte esencial de la protección de la salud (STC 71/82, FJ 6 y la ya citada 32/83, FJ 3, art. 2.2)
- la protección de la salud es, a su vez, encuadrable en el conjunto de medidas de protección del consumidor (STC 71/82, FJ 6), entre las que se incluye el derecho a recibir una información adecuada (ibidem FJ 18)
- el derecho a la reparación por daños a la integridad física y a la salud, así como a los intereses económicos, que tengan su origen en la adquisición, utilización o disfrute de bienes, medios o servicios, para su uso personal, familiar o colectivo, forma parte del régimen de la responsabilidad, que se encuadra en la legislación civil y que, por tanto, corresponde regular al Estado, pues ese régimen "debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado" (STC 71/1982, FJ 19)
- tampoco pueden las Comunidades Autónomas introducir novedades en materia de legitimación (en el caso, la generalización de la legitimación colectiva y de la legitimación por sustitución en el área de la defensa del consumidor), pues ello afecta a la legislación procesal, competencia del Estado, en virtud del art. 149.1.6ª, lo que se justifica "por la necesidad de salvaguardar la uniformidad de los instrumentos jurisdiccionales" (STC 71/82, FJ 20). En el mismo sentido, la STC 62/91 (FJ 5), que prohíbe a la Comunidad Autónoma establecer un sistema de arbitraje de consumo, por ser materia de competencia estatal en virtud del mismo título (legislación procesal).

- los derechos de la personalidad (a los que afecta la extracción y trasplante de órganos) no están comprendidos en la materia "sanidad", pero la regulación de esas actividades ha de considerarse básica en dicha materia (y, por tanto, competencia del Estado) en cuanto implica el ejercicio de competencias por la Administración sanitaria (STC 80/84, de 20 de julio, FJ 2, con argumentación bastante endeble)
- por último, la eficacia en los procedimientos de protección de la seguridad y salud conforme a lo previsto en el art. 51.1 de la Constitución, exige que cada industria o establecimiento pueda identificarse en un registro unificado de carácter y ámbito nacional (STC 87/85, de 16 de julio, FJ 5)

En resumen, se puede afirmar que la jurisprudencia constitucional no ofrece todavía una construcción perfilada del derecho a la protección de la salud. Sin embargo, de ella se pueden extraer algunas conclusiones relativas a: a) concepción amplia o integral de la salud, cuya protección deriva de un conjunto de preceptos constitucionales y no sólo del art. 43; b) carácter universal del derecho; c) reparto competencial entre el Estado y las Comunidades autónomas para su regulación; d) el reconocimiento del derecho implica la correlativa obligación de los poderes públicos de garantizar su efectividad; e) el incumplimiento de esas obligaciones determina la exigencia de responsabilidad, cuya regulación corresponde al Estado.

Sobre este último aspecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sin aportar tampoco una construcción acabada del DPS, ha contribuido a perfilar con mucha mayor nitidez el DAS, como veremos a continuación.

D) Jurisprudencia del Tribunal Supremo

En ella se encuentran algunos pronunciamientos que parten de una concepción amplia del DPS, junto a otros mucho más precisos centrados en el significado del DAS. Con pretensión meramente ejemplificativa, reseñaremos algunas sentencias interesantes para la configuración del derecho a la asistencia como derecho público subjetivo.

Con carácter general y en el marco de la polémica y consiguientes dudas sobre la competencia jurisdiccional para conocer sobre las demandas de responsabilidad por daños y perjuicios sufridos por omisión o defectuosa prestación de la asistencia sanitaria (materia en la que,

como es sabido, confluyen el orden jurisdiccional civil y el social, junto con el contencioso-administrativo, al que se atribuye la competencia general cuando está en juego la responsabilidad de las Administraciones Públicas), el Alto Tribunal ha declarado que la omisión de la asistencia sanitaria supone la infracción del art. 43, lo que produce, al menos, un daño moral, que debe ser reparado en el marco del art. 1902 del Código civil (Sentencia de 19 de junio de 1990, de la Sala Primera) o, desde la óptica de la jurisdicción social, que la competencia de este orden está amparada en que no se trata de pretensiones de responsabilidad de la Administración por el funcionamiento anormal de un servicio público, sino del incumplimiento de la normativa reguladora de la acción protectora de la Seguridad Social, lo que atrae hacia ese orden la competencia jurisdiccional. Así, entre otras muchas, la sentencia de 9 de febrero de 1996 (Az. 1008), que contiene una buena síntesis del estado de la cuestión. Tras señalar que la misma ha sido ya debatida en numerosas sentencias, resume los argumentos en que se apoya la competencia del orden social en los siguientes términos:

"La prestación sanitaria de tratamiento médico, en cuyo desenvolvimiento acaecen los daños y perjuicios a resarcir, se produce en función de la relación jurídica de aseguramiento protector que vincula a la Seguridad Social con sus titulares y beneficiarios... Exigir las consecuencias de la prestación asistencial deficiente, como exigir la prestación misma o como pedir el reintegro de los gastos ocasionados en los casos reglamentariamente autorizados de utilización de los servicios ajenos a la Seguridad Social, no puede fundarse en la existencia de una culpa extracontractual, sino en el desarrollo

mismo de la acción protectora de la Seguridad Social.

No se ventila una acción contra la Administración por los daños derivados del funcionamiento de un servicio público... En nuestro caso no se le atribuye a la Administración un deber de reparación que arranque de su responsabilidad patrimonial en virtud de una lesión resarcible e indemnizable... La relación que liga al beneficiario de la prestación con la Administración Sanitaria sitúa la cuestión determinante no ya en la responsabilidad que se reclama, sino en la deficiente prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social" (F.D. 2º).

Aquí no nos interesa entrar en los pormenores de la polémica sobre la competencia de los distintos órdenes jurisdiccionales, sino poner de relieve que, como soporte o argumentación para resolver una cuestión procesal (la competencia), el Tribunal acude a un razonamiento sustantivo: la configuración del derecho a la asistencia sanitaria como un verdadero derecho subjetivo de contenido prestacional cuyo incumplimiento o deficiente cumplimiento por parte de la Administración Sanitaria legitima la solicitud de indemnización, no por el principio general de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino -hay que insistir- por el incumplimiento de un deber legal que es el correlato del derecho subjetivo a la asistencia sanitaria. La propia sentencia de 9 de febrero de 1996 así lo dice sin vacilación:

" La asistencia sanitaria en un régimen público de Seguridad Social, que garantiza el art. 41 de la Constitución, es una prestación propia de la Seguridad Social, articulada como derecho público subjetivo frente a la Entidad Gestora de la misma, el INSALUD o el Servicio o Instituto de la Comunidad Autónoma al que se haya verificado la transferencia correspondiente. Es una prestación técnica en especie, de finalidad reparadora, consistente en la asistencia de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar y restablecer la salud" (F.D. 2º, subrayado no original).

La afirmación del DAS como verdadero derecho público subjetivo, en cuya virtud se pueden exigir determinadas prestaciones de la Administración Sanitaria, se aborda con mucha mayor amplitud y aparato conceptual en la Sentencia de 21 de diciembre de 1995 (Az. 3183), también de la Sala de lo Social, en la que se plantea el problema del reintegro de unos gastos médicos como consecuencia de haber acudido a la medicina de un país

16 *La vigente Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, refuerza la exclusividad de la competencia de este orden jurisdiccional para conocer de las demandas de responsabilidad frente a las Administraciones Públicas, "cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive", al prohibir expresamente la intervención de los órdenes civil y social ("no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil y social": art.2.e). No obstante, a la vista de lo ocurrido hasta ahora, en que ambos órdenes han seguido afirmando su competencia en un contexto normativo no muy diferente, se puede manifestar un cierto escepticismo ante la virtualidad de esta pretendida unificación jurisdiccional.*

17 *Véase el comentario de J.L. FERNANDEZ COSTALES, en "Derechos Constitucionales y asistencia sanitaria. La Constitución española de 27 de diciembre de 1978", en Actas del 11 Congreso Mundial de Derecho Médico, Sun City, South Africa, 1996, vol. 1, págs. 199-200)*

extranjero al no existir tratamiento en la sanidad pública española. El Tribunal, para resolver el problema, pondera con buen criterio el contraste entre lo que denomina dimensión individual y social del derecho a la protección de la salud, para llegar a la conclusión de que el derecho a las prestaciones no incluye las que no están disponibles en España, "por la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios de la Seguridad Social".

18

Aunque la cita sea extensa, vale la pena reproducir las consideraciones de la sentencia, porque resume con bastante precisión la doctrina del Tribunal:

"a) El reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia médica se mueve entre la exigencia que un enfermo determinado tiene, de disponer de unos medios para la curación o recuperación de la salud y la obligación de la Seguridad Social de prestarlos, por consiguiente, de tener a disposición del beneficiario los mismos. La jurisprudencia ha contemplado normalmente el problema partiendo de las exigencias del enfermo. Sin embargo, la Sentencia de 4 de junio de 1986, cuya doctrina reitera la de 16 de febrero de 1988, señala que la Seguridad Social, como cualquier entidad de análoga naturaleza, tiene que garantizar tanto la eficacia y la igualdad en los servicios prestados, como la necesaria estabilidad financiera del sistema. Ello supone el reconocimiento de unos límites inherentes a la asistencia debida por la Seguridad Social, aunque por su especial naturaleza éstos no se precisan por la norma como ocurre en materia referente a prestaciones dinerarias y así la Sentencia de 16 de febrero de 1988 establece que "el obtener por decisión propia una asistencia conforme a las técnicas más avanzadas no puede razonablemente constituir el contenido de la acción protectora de un sistema caracterizado por la limitación de medios y su proyección hacia una cobertura de vocación universal".

b) El problema de la asistencia debida es una cuestión médica, que jurídicamente sólo obliga a determinar si de hecho era exigida por el enfermo como tal, esa asistencia que la ciencia médica aconseja y si ésta fue o no prestada por la entidad obligada a ello. Pero junto a esta valoración, que parte del enfermo individualmente considerado y prescinde del marco concreto de lugar y medios en que se encuentre, cabe y es necesario contemplar una dirección inversa, partir y hacer pie en el conjunto de medios disponibles de modo concreto, real, y no indeterminado, es decir los meramente existentes para la ciencia médica y con arreglo a ellos medir la asistencia que el enfermo requiere. Este punto de vista es primordialmente social y como cuestión jurídica plantea la determinación de qué medios son los exigibles a la Entidad Gestora para que estén a disposición del beneficiario.

c) La tensión entre uno y otro término, el individual y el social, se encuentra ya en la Constitución pues su artículo 43 se inicia con el reconocimiento del derecho a la protección a la salud, lo que abre de modo indeterminado la expectativa a cuantos medios sean adecuados y conducentes a la conservación y recuperación a la salud, para concluir el párrafo del número segundo, con el mandato de "la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto", con lo que al extender a "todos" el derecho, necesariamente está excluyendo aquellos medios que están fuera del ámbito espacial de soberanía de la ley o, que por su propia índole emergente o limitada, como pueden ser los servicios de un excepcional facultativo, sólo son accesibles a algunos, no a todos.

d) Esta misma tensión entre uno y otro término se encuentra en la normativa de la Seguridad Social; así el art. 98 de la Ley de Seguridad Social de 30 de mayo de 1994, fija como objeto de la asistencia sanitaria los servicios médicos y farmacéuticos condu-

La doctrina de esta sentencia tiene interés porque aborda el problema de los límites del derecho a la asistencia sanitaria, ponderando entre la dimensión individual del derecho, que exigiría la dispensación de los tratamientos más avanzados y la dimensión colectiva que, por la limitación de recursos, sólo permite proporcionar los tratamientos que estén disponibles en la sanidad pública española y, por tanto, sean accesibles a todos.

En esta línea de precisión de los límites del derecho, son numerosas las Sentencias que contienen pronunciamientos de interés (asistencia en el extranjero, prótesis implantadas en servicios ajenos a la Seguridad Social, prótesis especiales, asistencia prestada en centros privados). No hay necesidad de exponer con detalle estas Sentencias, que nos introducirían en un casuismo que podría apartarnos de nuestro propósito (la configuración del DAS como derecho público subjetivo)¹⁹.

centes a conservar y restablecer la salud, sin precisar el ámbito de los mismos, mientras que el artículo 11 del Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, circunscribe las técnicas terapéuticas y diagnósticas "a todas las que se consideren precisas por los facultativos asistentes" y el propio art. 18 del mismo Decreto al referirse a la denegación injustificada de la prestación debida al enfermo, deja abierta la posibilidad de que aún siendo debida a un enfermo una asistencia médica, su negativa sin embargo está justificada, es decir no está obligada la Seguridad Social a prestarla.

e) Es evidente que aquellos medios que solamente son accesibles y disponibles en países más avanzados y que poseen un nivel científico y de desarrollo técnico superior y que por ello, y sólo por ello, no son disponibles en España, la Seguridad Social no está obligada a prestar la asistencia médica que los incluye, por la elemental razón de que no están ni pueden estar al alcance de todos los beneficiarios de la Seguridad Social."

¹⁹ Veamos algunas afirmaciones de interés:

— "Las prestaciones médicas y las prestaciones farmacéuticas se rigen por el principio de cobertura íntegra, con las limitaciones o exclusiones establecidas en la Ley... La evolución reciente del ordenamiento sanitario no ha eliminado la vigencia de este principio de cobertura íntegra, si bien por razones de economía de la salud se ha incrementado la regulación del mismo y ha crecido la cifra de los tratamientos o prescripciones exceptuadas o limitadas... El principio de cobertura no rige en cambio para las otras prestaciones o prestaciones sanitarias que complementan a las médicas y farmacéuticas... En este grupo... la responsabilidad de la Seguridad Social sólo alcanza a lo expresamente indicado en las Leyes o Reglamentos..." (STS de 26 de mayo de 1994. Az. 4305.F.D.3º)

— En cuanto a la asistencia prestada por centros privados, la Sentencia de 3 de mayo de 1994 (Az. 5353), establece el criterio de que "el Estado debe respetar las creencias religiosas; pero no tiene el deber de financiar aquellos aspectos de las mismas que no sean acreedores de protección o fomento desde el punto de vista general, por lo que en definitiva ha de concluirse que las consecuencias de todo orden (también las económicas) que derivan del precepto religioso que nos ocupa han de ser asumidas por quien al mismo quiera atenerse". Se trataba de si un testigo de Jehová que abandona la sanidad pública para evitar una transfusión

A la vista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que acaba de reseñarse y, sobre todo, de las aportaciones de la Sala de lo Social desde la óptica de la normativa reguladora de la asistencia sanitaria del sistema público de Seguridad Social, se pueden extraer algunas conclusiones para la configuración del derecho a la asistencia sanitaria como un derecho público subjetivo esgrimible "erga omnes" y, en particular, frente a los poderes públicos obligados a garantizar su efectividad:

- El derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (pero lo mismo podría decirse de ese derecho en el marco de la sanidad pública en general) es un derecho público subjetivo que comporta la obligación de los poderes públicos de prestar la asistencia y la consiguiente exigencia de indemnización por omisión o deficiente prestación de la misma.
- Ese derecho no se vincula necesariamente al art. 43 de la Constitución, puesto que, como ya hemos visto, la jurisprudencia lo construye a partir del art. 41, pero se caracteriza porque se inserta en la relación entre los ciudadanos y los Poderes públicos, lo que excluye, en principio,

sanguínea y acude a una clínica privada donde se realiza la operación quirúrgica sin transfusiones, tiene o no derecho a ser reintegrado de los gastos ocasionados. La doctrina del Tribunal tiene interés en cuanto que pone de relieve que el derecho a la asistencia sanitaria se enmarca en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos y, por lo tanto, dentro de los límites establecidos por la sanidad pública, sin alcanzar q las prestaciones que puedan obtenerse en centros privados por decisión personal del interesado, cualquiera que sea la creencia o convicción personal a que obedezca esta decisión.

- *Alguna sentencia aislada pone el acento en los deberes del paciente de seguir las prescripciones médicas como correlato del reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 1996 (Sala de lo Militar, Az. 9551), según la cual el reconocimiento del citado derecho lleva aparejado el correlativo deber de seguir las prescripciones médicas, no realizando salidas del domicilio o actos que retrasen la curación. Es cierto, que en el ámbito militar en que se inserta esta conducta da lugar a su tipificación como falta grave de las previstas en el art. 8.9 de la Ley de Disciplina de la Guardia Civil: dejar de prestar servicio amparándose en una supuesta enfermedad o prolongando la baja para el mismo. En el ámbito de la Administración sanitaria civil es evidente que no habría tal infracción, pero tiene interés la reseña de esta Sentencia como expresiva de que la plena efectividad del DAS puede estar supeditada a la observancia de un determinado comportamiento del paciente, acorde con las prescripciones médicas. La cuestión es, sin duda, compleja, porque aquí también entraría en juego el derecho a negarse al tratamiento (art. 10.9 LGS), si bien en tales casos hay que solicitar el alta voluntaria. El problema de los límites derivados del cumplimiento de los deberes de seguir las prescripciones médicas se plantea justamente en los supuestos en que no se haya producido dicha negativa.*

la posibilidad de reclamar su efectividad en centros privados, salvo que estén concertados o vinculados a la sanidad pública. Esta característica del derecho ya había sido puesta de relieve por algún autor²⁰.

- El contenido del derecho tiene una dimensión individual (exigencia del titular a recibir la mejor atención posible de acuerdo con los adelantos de la medicina) y otra colectiva (posibilidad de ofrecer esos tratamientos derivada de la limitación de recursos y de la propia aptitud de los profesionales). El Tribunal Supremo pondera ambas dimensiones y sitúa los límites del derecho en las prestaciones que en cada momento establezca el legislador, por lo que no se extiende a tratamientos existentes en otros países adonde no llega la "soberanía de la Ley" (española) o, lo que es lo mismo, no estarían disponibles para todos los españoles. Esto significa limitar la dimensión individual del derecho por la función social que cumple el sistema público de prestaciones sanitarias y parece plenamente respetuoso con el mandato del art. 43.2 de la Constitución, según el cual "la Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto".
- El Tribunal apunta, aunque no apura, la existencia de deberes positivos de llevar una vida saludable o de cumplir las prescripciones médicas, lo que abre el debate sobre la delimitación del contenido del DAS desde esta perspectiva que, sin embargo, dista mucho de revestir una construcción doctrinal acabada.

IV. EL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA COMO DERECHO PUBLICO SUBJETIVO

A los efectos del presente estudio no tiene sentido plantearse la configuración del DPS como derecho público subjetivo, habida cuenta de la enorme amplitud que en nuestro ordenamiento tiene la expresión "protección de la salud", vinculada a otros preceptos constitucionales y, en último término, al propio derecho a la vida y a desarrollar ésta en unas condiciones adecuadas de calidad. En el art. 43 no hay propiamente un derecho subjetivo sino más

²⁰ PEMAN GAVIN, ob. Cit. pág. 87.

bien, un mandato a los poderes públicos y, en particular, al legislador ordinario, para que establezca los derechos y deberes vinculados a la protección de la salud, conforme a los principios contenidos en el propio precepto constitucional. Se tratará, pues, de derechos subjetivos de configuración legal, uno de los cuales (seguramente, el más importante) es el derecho a la asistencia sanitaria, que no hay dificultad alguna en construir como un verdadero derecho subjetivo frente a los poderes públicos y cuya efectividad puede reclamarse tanto en vía administrativa como posteriormente en la vía judicial competente.

Así lo ha hecho el Tribunal Supremo, bien es cierto que en el marco del art. 41 de la Constitución y, por tanto, como derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. Pero no hay inconveniente alguno en extrapolar esta construcción al ámbito del art. 43, ya que el mismo contenido prestacional puede vincularse al mandato de organización y tutela de la salud pública contenido en este último precepto constitucional.

Un intento de construcción de este derecho en el marco del ordenamiento vigente que ponga, al mismo tiempo, de relieve, las insuficiencias o problemas que en él se plantean, ha de fijarse, al menos, en los siguientes aspectos:

- titularidad
- facultades y deberes que definen el contenido del derecho y, por tanto, sus límites
- organización y funcionamiento de los servicios encargados de la provisión de las prestaciones

A) Titularidad del derecho a la asistencia sanitaria

Como ya nos consta, la universalización del derecho es una exigencia derivada del art. 43 de la Constitución, según su máximo intérprete y a la misma conclusión ha llegado el legislador ordinario en el marco de la LGS (y las leyes autonómicas que la desarrollan), así como en el marco del art. 41, al regular el sistema público de Seguridad Social. Este es, pues, un dato que vincula al legislador. Una ley que estableciera exclusiones o discriminaciones en la titularidad del DAS sería, presumiblemente, inconstitucional.

Lo que se acaba de afirmar podría formularse con mayor precisión, matizando que esa universalización y consiguiente igualdad se refiere a las prestaciones sanitarias garantizadas por el Estado, porque en el nivel com-

plementario que pueden incorporar las Comunidades cabe ya la introducción de diferencias, pero de nuevo con el matiz de que esas diferencias serían "interterritoriales". En el ámbito de cada Comunidad, la asistencia sanitaria adicional o complementaria sería igualmente universal para todos los residentes.

Ahora bien, ¿qué supone la "universalización" del DAS? En principio, se puede contestar que la universalización implica la libertad de acceso a las prestaciones en condiciones de igualdad efectiva (art. 3.2 LGS), pero en modo alguno comporta la financiación pública (total o parcial), expresión ésta que es preferible a la simplista de "gratuidad", puesto que la financiación pública puede hacerse por distintas vías y, por otro lado, los ingresos públicos proceden de las aportaciones de los ciudadanos, a través de las distintas figuras tributarias exigibles, de modo que la gratuidad es más que relativa. Hay derechos "universales", cuyo ejercicio no es en absoluto gratuito (así ocurre en el acceso a casi todos los servicios públicos "clásicos"), por lo que se puede argumentar que la tesis de que la universalización del DAS implica la gratuidad de las prestaciones carece de fundamento sólido y está demasiado condicionada por el encuadramiento tradicional de la asistencia sanitaria en el marco de la Seguridad Social. Las prestaciones serán gratuitas (relativamente) si hay un asegurador (público o privado) con el que se haya concertado la asistencia y que, por ello, estará obligado al pago. En caso contrario, habrá libertad de acceso pero pagando las prestaciones que se reciban.

Frente a esta tesis, se podría objetar que si las prestaciones sanitarias no se financian con fondos públicos, la igualdad en el acceso sería ilusoria en la práctica, por lo que aquél no se realizaría en condiciones de igualdad "efectiva", como quiere el legislador. Por consiguiente no es correcto presuponer la desvinculación entre la libertad de acceso y la gratuidad de las prestaciones o, al menos, del conjunto de ellas que se delimite por el legislador. La cuestión debe abordarse, al menos, desde tres perspectivas:

- quiénes son titulares del derecho y tienen, por tanto, acceso a las prestaciones
- si la libertad de acceso implica la financiación pública, total o parcial de las prestaciones
- cuáles son las prestaciones a que se tiene derecho y, en conexión con ello, si el sistema sanitario debe ofrecer también otras, aunque formalmente no se tenga derecho a ellas.

Los dos últimos aspectos encajan en la delimitación del contenido del derecho, por lo que nos centraremos aquí en el primero.

La respuesta del derecho positivo, tanto estatal como autonómico, es inequívoca: son titulares del derecho a la asistencia sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional (art. 1.2 LGS). La legislación autonómica atribuye en general el derecho a los españoles residentes en el territorio de la Comunidad y se remite para los extranjeros a lo establecido en la legislación estatal y en los Convenios internacionales. Esta formulación de la titularidad del derecho plantea, a primera vista, dos problemas:

- Si el derecho se extiende también a los españoles no residentes, pero que podrían solicitar la asistencia en España, sobre todo si se garantiza la financiación pública.
- Si pueden acceder a las prestaciones los extranjeros no residentes, que, aun no siendo titulares del derecho, podrían solicitar la asistencia, abonando el importe de las correspondientes prestaciones.

La primera cuestión parece que debe responderse afirmativamente, puesto que, aunque no residan, se trata de ciudadanos españoles a los que se atribuye la titularidad del derecho, conforme a lo previsto en los arts. 1.2 (aunque depende de cómo se interprete el requisito de la residencia, si aplicable sólo a los extranjeros o también a los españoles) y 3.2.

La segunda también parece tener una respuesta afirmativa en la LGS, al preverse en ella el acceso al Sistema Nacional de Salud de "usuarios sin derecho a la asistencia", que pueden acceder a las prestaciones en calidad de pacientes privados, obligados al pago de las prestaciones (art. 16 LGS).

Habría, pues, en principio, dos situaciones jurídicas:

- a) Titulares del DAS con derecho de acceso a las prestaciones en condiciones de igualdad efectiva.
- b) Usuarios sin derecho a la asistencia, a los que parece garantizárseles también la igualdad en el acceso, con la única diferencia de que están obligados al pago y sin que esa obligación pueda suponer una discriminación positiva en su favor (como ocurriría si, al ser "de pago", reci-

bieran una mejor asistencia), lo que refuerza el criterio igualitario en el acceso.

Si bien se mira, esta distinción no tiene mucho sentido, puesto que, aunque se diga que los usuarios del segundo grupo no tienen derecho a la asistencia, en rigor sí lo tienen, ya que se les garantiza el acceso a las prestaciones, quedando obligados al abono de su importe. La diferencia entre uno y otro grupo no parece residir en la titularidad del derecho sino en la obligación de abonar o no el coste las prestaciones, pero esto, en principio, nada tiene que ver con la universalización del derecho, como antes se ha puesto de relieve. La legislación sanitaria vigente es bastante confusa en este punto capital, en cuanto determinante de la titularidad del derecho y del acceso a las prestaciones. Aquí nos topamos de nuevo con el problema de la vinculación entre universalización y financiación pública (total o parcial) de las prestaciones, pero, en un planteamiento correcto del problema, parece que deberían distinguirse con precisión, al menos, las siguientes situaciones:

- a) Titularidad del derecho a la asistencia concretada en prestaciones financiadas, total o parcialmente, por los poderes públicos.
- b) Titularidad del derecho a la asistencia, lo que implica libre acceso al SNS, pero debiendo abonar el coste de las prestaciones.
- c) Usuarios sin derecho a la asistencia (en principio, los extranjeros no residentes), que podrán acceder a las prestaciones (también en principio, abonando su importe), pero sin que haya que garantizarles la igualdad en el acceso.

B) Universalización y financiación pública

Como antes se ha puesto de relieve, la universalización del derecho no implica por sí sola la financiación pública de las prestaciones, pero la ambigua configuración de la LGS y el presupuesto de que la asistencia está cubierta por la Seguridad Social han vinculado ambos elementos (libertad de acceso y financiación pública) como integrantes del contenido del DAS. Sin embargo, un planteamiento más preciso del problema requiere distinguir, por un lado, la titularidad del derecho y, por otro, la financiación pública (total o parcial) de las prestaciones. En otras palabras, en principio, el DAS puede consistir únicamente en la libertad de acceso en condiciones de igualdad (formal) a las prestaciones que se determinen o bien puede articularse en un doble nivel,

incluyendo la citada financiación pública. Este segundo aspecto marca, a primera vista, la principal diferencia entre la asistencia sanitaria y los servicios públicos "clásicos" (agua, transportes, electricidad, etc.), en los que sólo se garantiza la igualdad en el acceso, pero no la financiación pública, lo que no impide que ésta pueda existir, al menos en parte (precios políticos, que no cubren el coste del servicio) pero por una decisión del legislador.

1. La financiación pública como exigencia constitucional o como decisión del legislador

En el caso de la asistencia sanitaria, puesto que se trata de un derecho de configuración legal, la decisión la tiene, aparentemente, el legislador (art. 43.2 in fine de la Constitución). De este precepto se deduce, como ya nos consta, la universalización del derecho y la obligación de los poderes públicos de organizar y mantener un sistema de prestaciones, pero no la financiación pública de las mismas. Sin embargo, podría extraerse una respuesta favorable a la exigencia constitucional de financiación pública de las prestaciones sanitarias en el marco del sistema público de Seguridad Social, es decir, por imperativo del art. 41. Aunque en este precepto sólo se cita expresamente el desempleo entre las prestaciones a cubrir por el sistema público de Seguridad Social, se puede entender que en él se exige la cobertura de otras contingencias, entre ellas los casos de enfermedad o pérdida de salud, mediante las prestaciones sanitarias, como ha sido tradicional y como ocurría en el marco de la Seguridad Social vigente en el momento de promulgarse la Constitución. Ahora bien, también en ese marco se trataba de una Seguridad Social de carácter fundamentalmente contributivo, nutrida de las cotizaciones satisfechas por los afiliados al sistema. Aunque posteriormente la situación se ha modificado de forma sustancial y en la actualidad las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social se encuadran en la modalidad no contributiva del sistema y se financian, por lo tanto, con cargo a fondos presupuestarios, ambas opciones parecen caber en el art. 41, sin que de él pueda deducirse ni la obligatoriedad de la financiación presupuestaria ni la de la financiación por vía de cotizaciones o cualesquiera otras fórmulas mixtas.

En contra de esta tesis, se podría argumentar que, sea en la modalidad contributiva o en la no contributiva (disyuntiva que depende, desde luego, de la decisión del Legislador), lo característico de un sistema público de Seguridad Social es que el Estado se erige en asegurador de una serie de contingencias, lo que implica la necesidad de financiar las correspondientes prestaciones con fondos públicos, cualquiera que sea su procedencia (tributaria o

cotizaciones sociales). En ambos casos, los ciudadanos contribuyen a la financiación, ya que de ellos proceden, en definitiva, los recursos correspondientes. Al configurarse el derecho a la Seguridad Social como un derecho de todos los españoles (art. 1 LGSS), la efectividad de lo establecido en el art. 41 de la Constitución exige la financiación pública de las prestaciones. De lo contrario, el sistema de SS no sería "público". Lógicamente, este planteamiento requiere la delimitación de las prestaciones cubiertas por el sistema, como se precisará inmediatamente.

La argumentación anterior, que parece sólida, conduce a una conclusión de gran interés para el supuesto de que la asistencia sanitaria se desvincule de la SS y se configure como un servicio público universal en el marco del art. 43. Esa desvinculación sólo parece posible si, en ese marco, se garantiza, como mínimo, el mismo nivel de prestaciones que ya estaba garantizado en el marco del art. 41. De lo contrario, se estaría situando el umbral de la protección sanitaria de los ciudadanos por debajo de los mínimos a que se había llegado en el marco del sistema público de SS. Por consiguiente, la desvinculación de dicho sistema de unas prestaciones financiadas con recursos públicos para encuadrarlas en el marco del art. 43 sólo sería constitucionalmente posible si se mantiene esa financiación para el mismo conjunto de prestaciones. Este razonamiento lleva, pues, al resultado de que hay una garantía constitucional de financiación pública de las prestaciones sanitarias (lo que no significa gratuidad, pues los recursos procederán de los ciudadanos, por distintas vías), bien en el marco del sistema público de SS, bien en el marco de sistema de protección de la salud, configurado como servicio público universal, como ocurre en el caso de la educación, al menos en sus niveles básicos.

2. La financiación pública implica la necesidad de establecer un catálogo de prestaciones

La cuestión estriba en determinar los límites de la financiación pública, tarea que corresponde al legislador y que la jurisprudencia ha facilitado en un notable esfuerzo de precisión, ponderando la dimensión individual y la colectiva del DAS, en los términos más arriba reseñados. En efecto, habida cuenta de la escasez de recursos y, por tanto, la limitación de las posibilidades de financiación pública, resulta imprescindible acotar el contenido de las prestaciones estableciendo un catálogo de las mismas. En este punto la LGS adolece de una gran ambigüedad al no haber incluido en el catálogo de derechos de los titulares del DAS la referencia a un conjunto tasado de prestaciones. Como ya nos consta, esta omisión fue subsanada

por el Real Decreto 63/1995 que, desde esta perspectiva, no se configura como un mero desarrollo de la Ley sino como una pieza clave para completar la configuración del derecho a la asistencia establecido en aquélla²⁷

Por consiguiente, parece haber una exigencia constitucional de financiación pública de un núcleo mínimo de prestaciones sanitarias, sea en el marco de la Seguridad Social sea fuera de ella en el marco del servicio público de la sanidad, lo que implica la necesidad de delimitar las prestaciones que son objeto de dicha financiación. Ahora bien, aunque se admita esa exigencia constitucional, es evidente que el abanico de posibilidades que se abre al legislador es amplísimo.

3. Sobre la supuesta irreversibilidad de las prestaciones en el Estado social

Lo que se acaba de decir sobre la necesidad de limitar las prestaciones en función de los recursos disponibles se vincula a una cuestión de alcance mucho más general: si las "conquistas" que han alcanzado los ciudadanos en el marco del Estado Social son o no reversibles. Supuesto que los poderes públicos hayan garantizado un determinado nivel de prestaciones (típicamente, en materia de asistencia sanitaria o de pensiones de jubilación), ¿esa garantía marca un límite que constituye un mínimo irrenunciable? ¿Es posible la "reformatio in peius", de modo que se rebajen los niveles asistenciales alcanzados y se empobrezca, por tanto, el contenido del Estado Social? ¿Y si no hay recursos suficientes para hacer frente a los compromisos hasta entonces adquiridos?

La cuestión ha suscitado grandes discusiones en la doctrina alemana y en España ha merecido también alguna atención. En el marco de la Constitución de 1978 parece que debe abordarse partiendo de la distinción entre los verdaderos derechos subjetivos y los principios rectores de la política social y económica, que no configuran situaciones concretas de poder jurídico susceptibles de protección e inmediatamente exigibles, sin perjuicio de que las Leyes que los desarrollen deban configurar derechos subjetivos propiamente dichos. Pues bien, lo que no puede hacer nunca el legislador ordinario es apartarse de

²⁷ El planteamiento de la Ley del Medicamento es a ese respecto mucho más correcto, ya que, aunque no contiene una lista de los medicamentos susceptible de dispensación (lo que resultaría, sin duda, excesivo, por la rigidez que introduciría al congelar esa lista en una norma con rango de Ley), al menos aborda la cuestión fijando unos criterios de inclusión y exclusión en la financiación pública (art. 94) y autorizando al Gobierno para determinar cuándo la financiación será total o parcial (art. 95).

dichos principios (art. 53.3 de la Constitución), pero sí podrá, sobre todo si se ve obligado por las circunstancias, establecer una regulación que, respetando los principios en cuestión, suponga una modificación "in peius" del régimen vigente con anterioridad, que debería justificarse en la falta de recursos y en la necesidad de distribuir equitativamente los disponibles. Sobre las eventuales consecuencias indemnizatorias (o más bien, su improcedencia) de la adopción de tales medidas restrictivas puede ser ilustrativo lo ocurrido en materia de incompatibilidades y del adelanto de la edad de jubilación de los funcionarios.

En definitiva, la naturaleza de las cosas (aquí la escasez de los recursos) impide, si se es realista, afirmar el carácter irrenunciable e irreductible de todas y cada una de las conquistas que los ciudadanos alcancen en el marco del Estado Social. Esa debe ser la tendencia, en tanto en cuanto la mejora de la calidad de vida sólo puede resultar de un proceso en el que se van consolidando y asumiendo los pasos sucesivos que garantizan un mayor bienestar y el caso de la sanidad lo demuestra de forma paradigmática. Pero no siempre podrá ser así, si los poderes públicos no disponen de recursos no ya para elevar la calidad de vida sino ni siquiera para garantizar la alcanzada. Esta concepción se acoge explícitamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cuál cada Estado firmante se compromete a adoptar medidas para la plena efectividad de estos derechos "hasta el máximo de los recursos de que disponga" (art. 2.1), lo cual implica el compromiso de realizar el máximo esfuerzo pero también marca el límite hasta donde ese esfuerzo es exigible.

C) La organización de las prestaciones sanitarias como servicio público

El derecho a la asistencia sanitaria comporta la obligación de los poderes públicos de organizar y mantener un sistema de prestaciones que garanticen su efectividad (art. 43.2 de la Constitución). El problema es cómo organizar esas prestaciones. La Ley 15/1997, de 25 de abril, se propuso facilitar la gestión, estableciendo que en el ámbito del Sistema Nacional de Salud "la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad públicas admitidas en derecho" (artículo único.1, párrafo 1º).

El precepto puntualiza, además, que el SNS tiene la condición de "servicio público".

No es propósito del presente estudio abordar el problema de las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos²² para lo que el ordenamiento vigente introduce una gran flexibilidad acorde con el principio constitucional de eficacia que deben perseguir las Administraciones Públicas. Es cierto que no todas las formas de gestión son intercambiables, porque no tienen el mismo significado, pero lo que interesa poner aquí de relieve es que el derecho a la asistencia sanitaria no implica el derecho a exigir una determinada forma de gestión. Las prestaciones sanitarias se pueden proporcionar en centros públicos o en centros privados concertados, lo mismo que ocurre en el ámbito de la educación. Lo importante es que la prestación se haga efectiva en las condiciones legalmente previstas. La forma de provisión de esas prestaciones es una opción organizativa que, en el ordenamiento vigente, corresponde en lo fundamental a las Comunidades Autónomas, en cuyo ámbito se estructuran los Servicios de Salud, con sujeción a las bases que pueda fijar el Estado y que se refieren más a las pautas de funcionamiento de los servicios que a las formas de organización administrativa de los mismos. Desde esta perspectiva se deben introducir en el ámbito de la sanidad pública las aportaciones recientes sobre la calidad de los servicios públicos, señalando unas pautas de funcionamiento exigibles por los usuarios, cuya inobservancia podría determinar la exigencia de responsabilidad por funcionamiento anormal de dichos servicios, aparte del control judicial de la inactividad de la Administración sanitaria.

D) ¿Qué prestaciones están obligados a ofrecer los poderes públicos?

Un problema de carácter más teórico que práctico que cabe plantear aquí es si los poderes públicos sólo están obligados a garantizar las prestaciones financiadas total o parcialmente con fondos públicos o si, en los centros y establecimientos de que sean titulares deben ofrecer cualesquiera otras que permita el "estado del arte", aunque el usuario tenga que pagar. La práctica ofrece, sin duda, una respuesta afirmativa en este último sentido, pero en términos estrictamente jurídicos no es fácil responder a esta cuestión, entre otras razones porque tampoco hay un imperativo constitucional de que las prestacio-

nes se ofrezcan por establecimientos de titularidad pública. En principio, los poderes públicos sólo están obligados a garantizar las prestaciones que financian, lo que no impide que ofrezcan otras diferentes en coherencia con una concepción integral de la asistencia sanitaria y de la protección de la salud.

Con este enfoque, el problema se reconduce de nuevo a la delimitación de cuáles sean las prestaciones a financiar con fondos públicos y cuáles quedan fuera de dicha financiación.

E) El control de la inactividad de la Administración sanitaria

La configuración como servicio público de la asistencia sanitaria prestada por los poderes públicos tiene consecuencias importantes desde la óptica de la responsabilidad (por funcionamiento normal o anormal del servicio), lo que justifica la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de las pretensiones que al respecto se formulen, "*cualquiera que se la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive*" (art. 2.e. de la LJCA de 13 de julio de 1998). También las tiene desde la perspectiva del control de la inactividad de la Administración sanitaria. En efecto, la citada LJCA ha superado el criterio tradicional que configura a este orden jurisdiccional como "revisor" de actos previamente dictados por la Administración (expresos o presuntos, por silencio administrativo, que era una ficción para mantener ese carácter revisor), sustituyéndolo por un criterio más amplio de control de la "actuación" administrativa, que incluye también los supuestos de inactividad (art. 29.1)²³. La posibilidad de utilizar esta vía depende de que se tenga un derecho reconocido a las prestaciones. De ahí la trascendencia de que el DAS se configure como un derecho subjetivo. Ahora bien, para evitar que este control de la inactividad (cuya incidencia en el ámbito sanitario es manifiesta) pueda tener consecuencias indeseables, es imprescindible definir ya no sólo las prestaciones a qué se tiene derecho sino también los tiempos y condiciones en que son exigibles, lo que remite de nuevo al señalamiento de los estándares de funcionamiento de los servicios a que antes se ha hecho referencia.

²² Cfr. Al respecto, la obra colectiva "La organización de los servicios públicos sanitarios", coordinada por L.PAREJO, F.LOBO y M.VAQUER, Marcial Pons, Madrid 2001, en la que se incluye un trabajo del autor del presente estudio /pág. 71 y ss.)

²³ Para una visión general de esta cuestión puede verse A.MENENDEZ REXACH, "El control judicial de la inactividad en la Administración", en "Derecho y Proceso", Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid nº 5 (2001), coordinado por J. DAMIAN MORENO, pág. 163 y ss.

V. PROBLEMAS PENDIENTES

Con vistas a una posible modificación legislativa de la LGS, se debería aprovechar la ocasión para regular el derecho a la asistencia sanitaria de forma mucho más precisa, para lo que deberían abordarse, al menos, las siguientes cuestiones:

A) Sobre la configuración del derecho

- Mantenimiento del derecho en el marco de la Seguridad Social o encuadramiento con todas sus consecuencias en el marco del sistema nacional de salud. En el primer caso, la garantía de las prestaciones, al estar encuadradas en la modalidad no contributiva, no debería hacerse depender de la afiliación al sistema, cuya cobertura sería así "universal". En el segundo, se debería afirmar expresamente que el derecho incluye la financiación pública de las prestaciones, al menos de las que hoy forman parte del sistema de Seguridad Social. En esta segunda opción se podría prescindir por completo de la idea del "aseguramiento" que es inherente a la primera.
- Definir con precisión las situaciones en que pueden encontrarse los usuarios del SNS: a)

titularidad del DAS con financiación pública de las prestaciones; b) titularidad del DAS sin dicha financiación; c) usuarios sin derecho a la asistencia.

B) Sobre la organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud

- Es urgente definir las pautas de funcionamiento de los servicios sanitarios para determinar, desde esta óptica, el alcance del derecho a la asistencia sanitaria y la procedencia de recurso contencioso-administrativo frente a situaciones de inactividad.
- En conexión con lo anterior se deberían establecer los criterios de acceso a los centros privados en caso de imposibilidad de prestar la asistencia en centros públicos o de retraso excesivo de la misma.
- Si se insiste en la configuración de las tarifas por la prestación del servicio sanitario como "tasas" se deben regular con mucha mayor precisión el hecho imponible, sujeto pasivo, tipo de gravamen y los demás elementos afectados por la reserva de ley en materia tributaria.

El derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Obligaciones que derivan para el personal sanitario.

Juan Manuel Fernández López
Magistrado.

Ex - Director de la Agencia de Protección de Datos

I. La protección de datos personales y su vinculación al derecho a la intimidad.

La protección de los datos personales tradicionalmente ha venido siendo vinculada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar tanto por diversas normas de ámbito supranacional como por nuestro Derecho interno. Dentro de dicha configuración fundamental se vino a encontrar su habilitación en nuestro País en el art. 18 de la misma Constitución que proclama como derecho fundamental el respeto a la intimidad personal y familiar, y en el mandato contenido en el apartado cuarto del citado artículo relativo a la limitación de la informática para impedir que el empleo de esta tecnología pudiese afectar al honor e intimidad personal y familiar de los ciudadanos.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 292/2000, de 30 de Noviembre de 2000 (BOE de 4 de Enero de 2001), ha venido a definir el derecho a la protección de datos como aquel que tiene todo ciudadano de disponer libremente de sus datos personales, desvinculándolo del derecho a la intimidad y configurándolo como un derecho fundamental independiente (fundamentos jurídicos 6 y 7).

Viene así a concluir el Tribunal Constitucional su propia doctrina iniciada con la Sentencia 254/1993, fundamento jurídico 6, después de superar pronunciamientos que lo hacían aparecer con carácter instrumental, como garantía presupuesto, para la protección de otros derechos (STC 11 / 1998).

La Sentencia del Tribunal Constitucional 292 / 2000 coincide casi en el tiempo con la Proclamación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea,

hecha en la cumbre de Niza el pasado 7 de diciembre, cuyo artículo 8 establece el derecho a la protección de datos también como derecho independiente, al que describe con gran precisión y nitidez, y define como el derecho de todo ciudadano a la protección de los datos de carácter personal que le conciernen.

Pero hasta la formulación del derecho a la protección de datos como derecho independiente ha debido recorrerse un largo camino tanto en el ámbito nacional como supranacional.

1.- Ambito internacional

Tanto el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas como el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales vienen a establecer el respeto por la vida privada y familiar de toda persona, sin que se contenga en los citados preceptos, ni en ninguno otro de dichos textos, referencia expresa alguna a la protección de datos personales. Ello no ha sido obstáculo para que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos declarase contrario al artículo 8 y, por tanto, vinculado a la intimidad, el almacenamiento y la comunicación de datos relativos a la vida privada del demandante y la negativa a permitirle refutar tales datos (sentencia de 26 de Marzo de 1987 “ Laender”).

La realidad nos demuestra que el derecho a la protección de los datos personales emerge como derecho individualizado, como facultad de autodeterminación de la persona frente al desarrollo de la informática y la telemática, que van a permitir la recogida masiva de datos de los individuos y su tratamiento, para cuya protección va a surgir el Convenio 108 del Consejo de Europa para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento

Automatizado de Datos de Carácter Personal (firmado por España el 28 de enero de 1982 y ratificado el 27 de enero de 1984). Este convenio tiene por objeto y fin, según señala su artículo 1, el garantizar en el territorio de cada parte a cualquier persona física respeto a sus derechos y libertades fundamentales y concretamente su derecho a la vida privada, en relación al tratamiento automatizado de sus datos de carácter personal. Como puede observarse, la protección alcanza al tratamiento automatizado de datos personales, en relación con la garantía de la vida privada, principalmente.

En el ámbito de la Comunidad Europea se va a producir la Directiva 95/46/CE de 24 de Octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas y en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Obsérvese que aquí ya alcanza la protección a cualquier tratamiento de datos personales, informatizado o no ,siendo el objeto de la directiva la protección de los derechos fundamentales y libertades de las personas físicas, en particular el derecho a la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos personales. Así , también se constata en el texto de la directiva que si bien existe cierta vinculación con el derecho a la intimidad, la protección de datos adquiere singularidad propia.

La posterior Directiva 97/66 de fecha 15 de diciembre va a ampliar la protección en el ámbito concreto de las telecomunicaciones.

Finalmente, como se adelanta más arriba, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, proclamada el 7 de diciembre de 2000, viene a individualizar y considerar como derecho fundamental de los ciudadanos europeos el derecho a la protección de datos personales.

2.- Ámbito interno

Nuestra Constitución en su artículo 18.4 señala que la ley limitará el uso de la informática para garantizar la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. La ambigüedad que evidencia el precepto entraña dificultad para la identificación de la naturaleza y contenido del bien que se trata de proteger. Pero además, la referencia a la informática como único elemento capaz de incidir en los derechos de las personas no resulta apropiado, si bien hay que tener en consideración que , en la época en que se redacta el texto constitucional, este medio tecnológico irrumpía con fuerza suficiente como para predecir que si no se controlaba rigurosamente, sus posibilidades de incidir sobre aquellos

derechos pudieran alcanzar límites de suma gravedad. Me refiero principalmente a las posibilidades que ofrece la informática para acumular gran volumen de datos, cruzarlos y tratarlos de forma que se posibilite la obtención de perfiles del individuo e incluso el poder predecir sus pautas de comportamiento.

En cumplimiento, aunque tardío , del mandato contenido en el citado precepto constitucional se va a publicar la Ley orgánica 5/1992 de 29 de octubre, de regulación de tratamiento automatizado de datos de carácter personal(Lortad), cuyo objeto, según señala el artículo 1 de la misma, es limitar el uso de la informática y otras técnicas para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar de las personas físicas y el pleno ejercicio de sus derechos. Esta ley viene a coincidir fundamentalmente con el contexto del Convenio 108 del Consejo de Europa, si bien el legislador español tiene en cuenta el avance de los trabajos llevados a cabo para redactar la que sería Directiva 95/46/EC, por lo que ésta viene en gran parte anticipada por la ley española, aunque circunscrita sólo a disciplinar los tratamientos automatizados de datos personales.

En este contexto legislativo resulta lógico que se fuera abriendo paso con dificultad y cierta vacilación la doctrina del Tribunal Constitucional que arranca con la ya citada STC 254/1993 de 20 de julio, a la que va a seguir la STC 143/1994 de 9 de mayo , y que van a ser la única referencia hasta la STC 11/1998, a la que seguirán otras 18 basadas en supuestos similares de hechos y con idénticos fallos. La jurisprudencia del Alto Tribunal sobre esta materia la completan hasta la fecha tres sentencias más: La sentencia del Tribunal Constitucional 202/1999 de 8 de noviembre, y las más recientes 290/2000, de 30 de noviembre de 2000,por la que se rechazan los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra diversos preceptos de la Lortad, y la 292/2000, de la misma fecha , que viene a configurar el derecho a la protección de datos como derecho fundamental autónomo, y a declarar nulos , por contrarios a la Constitución, determinados incisos de los artículos 21 y 24 de la Ley 15 / 1999, de 13 de Diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD).

Pero antes de comentar esta trascendental STC 292/2000 es preciso en cualquier caso señalar la innovación que va a suponer la Ley Orgánica 15/1999 en la protección de datos. En efecto, esta ley, que vino a sustituir a la Lortad, a la que deroga, tiene por finalidad principal el incorporar a nuestro Derecho interno la Directiva

95/46/CE, aunque no se diga expresamente en la ley española, por carecer ésta de exposición de motivos e incluso de un simple preámbulo. La nueva Ley de Protección de Datos señala como su objeto el garantizar y proteger en lo que concierne al tratamiento de datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar, según explicita su artículo 1. Obsérvese que ya no se habla de tratamiento automatizado, sino que va a estar reglado por la ley cualquier tratamiento de datos, acorde con la directiva, cuyo artículo 1 transcribe casi literalmente el correlativo de la ley española. Coinciden también ambas normas en ampliar su objeto más allá de la protección del honor y la intimidad, en lo que respecta al tratamiento de datos, para extenderlo a todas las libertades públicas y derechos fundamentales. Ambos legisladores, comunitario y español, vienen en definitiva a singularizar la garantía y protección de todos los derechos fundamentales y libertades públicas en los supuestos de tratamiento de datos personales.

II.- El nuevo derecho fundamental a la protección de los datos personales.

Como apuntaba antes, van a coincidir casi en el tiempo la configuración del derecho a la protección de datos, que el Tribunal Constitucional singulariza en su Sentencia, y la que establece la Carta Europea de Derechos Fundamentales en su artículo 8. Brevemente analizaré a continuación la formulación que hace el Alto Tribunal y el contenido dado al derecho a la protección de datos por la Carta Europa.

1.- STC 2992 / 2000

Los fundamentos jurídicos 6 y 7 de la sentencia del Tribunal Constitucional vienen íntegramente dedicadas a la definición y configuración del derecho a la protección de datos personales. Se señala al respecto por el Alto Tribunal que “.....el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona el poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado” (F:J 6, primer párrafo). Más adelante, y en el mismo fundamento jurídico, se establece “.....el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimos, cuyo conocimiento o empleo por tercero pueda afectar a sus derechos sean o no fundamentales, porque su objeto no es sólo la intimi-

dad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 de la Constitución española otorga, sino los datos de carácter personal” (F.J.6 tercer párrafo).

La propia sentencia del Tribunal Constitucional dice asimismo “ Pero también el derecho fundamental a la protección de datos posee una segunda peculiaridad que lo distingue de otros (...) Dicha peculiaridad radica en su contenido, ya que (...), el derecho a la protección de datos atribuye a su titular un haz de facultades consistentes en diversos poderes jurídicos cuyo ejercicio impone a terceros deberes jurídicos (...), y que sirven a la capital función que desempeña este derecho fundamental: garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales , lo que sólo es posible y efectivo imponiendo a terceros los mencionados deberes de hacer. A saber: el derecho a que se requiera el previo consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, el derecho a saber y ser informado sobre el destino y uso de esos datos y el derecho a acceder, rectificar y cancelar dichos datos. En definitiva, el poder de disposición sobre los datos personales” (F.J. 6, cuarto párrafo). El fundamento jurídico 7 de la referida sentencia viene a remarcar el contenido del derecho fundamental a la protección de datos y las facultades que proporciona al individuo tanto frente al Estado como ante el particular.

Dice el citado fundamento jurídico: “ De todo lo dicho resulta que el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede éste tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos, se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida , la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular. Y ese derecho a consentir el conocimiento y el tratamiento, informático o no , de los datos personales requiere como complementos indispensables , por un lado, la facultad de saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los está sometiendo, y , por otro lado, el poder oponerse a esa posesión y usos”.

He preferido transcribir algunos de los párrafos de los citados fundamentos jurídicos en lugar de resumirlos, ya que las propias palabras del Tribunal Constitucional

han de resultar sin duda más elocuentes, siendo las anteriores transcripciones sólo un breve exponente de lo que con claridad, contundencia e incluso si se quiere con reiteración, se establece en los citados fundamentos jurídicos 6 y 7.

De la anterior doctrina viene, pues, a deducirse que el Tribunal Constitucional ha venido a configurar, sin ningún tipo de ambigüedad, el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental autónomo, desarrollando hasta sus últimas consecuencias la doctrina iniciada tímidamente por el propio Tribunal Constitucional en su sentencia 254/ 1993 .

Este derecho fundamental no reduce su protección a los datos íntimos, sino que su objeto de protección es cualquier tipo de dato personal, traspasando su objeto la intimidad personal, y viniendo constituido su contenido por un haz de facultades consistentes en diversos poderes que imponen a terceros deberes tales como requerir el consentimiento para la recogida y uso de los datos personales, ser informado sobre el destino y poder acceder, rectificar y cancelar los propios datos. En definitiva, el contenido del derecho a la protección de datos personales que señala el Tribunal Constitucional viene a coincidir con los principios y derechos que establece la Ley Orgánica 15 / 1999, y que deberán respetarse y atenderse en todo tratamiento de datos personales.

El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste, en resumen, en un poder de disposición y control sobre los datos personales, tanto frente al Estado como ante cualquier particular.

2.- Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

En la cumbre de Niza, el 7 de diciembre de 2000, se proclamó la Carta, dado que el sistema constitucional de algunos países miembros, sobre todo los de Constitución no escrita, impedía al parecer, optar por la fórmula más contundente de aprobación. No obstante la fórmula empleada, es evidente que la Carta supone un paso muy importante en la construcción de la Europa de los ciudadanos.

En el último párrafo de su preámbulo se señala “ En consecuencia, la Unión reconoce los derechos, libertades, y principios enunciados a continuación”. El artículo 8, bajo el título “ Protección de datos de carácter personal”, establece:

“ 1.- Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan”.

“ 2.- Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación”.

“ 3.- El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente “.

Si se examina toda la Carta, puede fácilmente comprobarse que este derecho a la protección de datos de carácter personal es uno de los más ampliamente explicitados en dicho texto y cómo viene desligado del derecho al respeto a la vida privada y familiar, el domicilio y las comunicaciones, que se reconoce en el artículo 7.

También se comprueba cómo el contenido del derecho a la protección de datos se configura en el apartado 2 del artículo 8 en similares términos al establecido por nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia antes comentada.

Otro hecho que es preciso poner de relieve es la preocupación por la defensa de este derecho, como lo demuestra el encomendar expresamente su tutela a una autoridad independiente.

III. Contenido del Derecho a la Protección de Datos Personales

Para tratar cualquier aspecto relativo a la protección en el tratamiento de datos es obligado referirse, aunque sea de forma telegráfica, a los principios de la protección de datos (título II de la Ley) y a los derechos que ante el tratamiento de datos la misma Ley confiere a los ciudadanos (Título III), ya que, en todo caso, aquellos y estos son exigibles y ejercitables, respectivamente, ante cualquier supuesto, viniendo tanto la Directiva como la Ley española a añadir mayores exigencias ante el caso de tratamiento de datos “*especialmente protegidos*”.

Pero además, como hemos visto antes, éstos principios que siempre hay que observar en todo tratamiento de datos, los señala la STC como contenido del derecho fundamental a la protección de datos, que se completa con los derechos que derivan para los ciudadanos y que siempre habrá que atender. En parecidos términos se contemplan estas exigencias por el art. 8 de la Carta de

los Derechos Fundamentales de la U.E, según queda señalado con anterioridad.

1. Principios

Los principios de protección de datos exigidos por la Directiva 95/46/CE están incorporados fundamentalmente en nuestra LORTAD, y han sido en algunos aspectos reforzados y clarificados en la vigente LOPD. Estos son:

- Principio de Información.-

En la recogida de datos hay que informar al ciudadano de la existencia del fichero o tratamiento, de la finalidad de la recogida de los datos y los destinatarios de la información, del carácter obligatorio o facultativo de la respuesta, de la identidad y domicilio del responsable del tratamiento, así como de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (art. 5 LOPD).

- Principio de Calidad de Datos.-

Los datos de carácter personal solo se podrán tratar cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos. Se mantendrán exactos y puestos al día o en su caso cancelados (art. 4 LOPD).

- Principio de Finalidad.-

No podrán usarse los datos para finalidades incompatibles con aquellas para las que hubieran sido recogidas (art. 4.2 LOPD) debiendo haberse recogido para finalidades determinadas, explícitas y legítimas (art. 4.1 LOPD). Es evidente que el término “incompatible” que incorpora la vigente LOPD en terminología idéntica a la empleada por la Directiva 95/46CE es de gran indeterminación jurídica, resultando más claro el término “ idéntico” empleado por la LORTAD. No obstante, a la luz de la tan repetida STC 2992 / 2000 a efectos de nuestro derecho interno debe asimilarse “ incompatible” a “idéntico”

- Principio de Consentimiento.-

Salvo situaciones excepcionales (cuando lo disponga la Ley, se derive de una relación contractual o procedan los datos de fuentes accesibles al público) el tratamiento de los datos personales requerirá el consentimiento del afectado, al que la LOPD define como manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada (art.3.h). Ello no obstante no determina el que el consentimiento tenga que ser siempre escrito, pues este solo se exige para una especie de datos especialmente

protegidos (los que revelan ideología, religión, y creencias), ni siquiera expreso, que en cambio si se exige en el supuesto de datos que revelen origen racial, salud y vida sexual. Bastará con carácter general el consentimiento tácito. El problema, en todo caso, se suscitará a la hora de probar que se obtuvo el consentimiento de esta forma.

La nueva Ley, a diferencia de la LORTAD, proporciona una definición del consentimiento que, como puede comprobarse, es clara y contundente.

- Principio de Seguridad de Datos.-

Obliga a la adopción de medidas de índole técnico y organizativo que garanticen la confidencialidad e integridad de los datos y eviten su alteración, pérdida o acceso no autorizado. El nivel de las medidas que será necesario adoptar dependerá de la categoría de los datos tratados, en los términos que establece el Reglamento de Medidas de Seguridad, aprobado por Real Decreto 994 / 1999 de 11 de Junio, que la LOPD expresamente deja en vigor.

Todos los principios antes enunciados y especialmente los de información, finalidad, y consentimiento han sido expresamente reforzados por la LOPD, en relación al nivel de exigencia que establecía la derogada Lortad.

2. Derechos

Por lo que se refiere a los derechos que la Ley reconoce en el Título III al afectado -persona física cuyos datos hayan sido objeto de tratamiento (art. 3.e) vienen a enlazar con aquéllos que se exigen cumplir para la recogida de datos (Art. 5. No se entiende el porque la Ley recoge el derecho a la información en la recogida de datos en este artículo incardinado dentro del Título II “ Principios de la Protección de Datos”, pero referidos a los afectados según dicción de su apartado 1, que no parece acorde con la definición de afectado que señala el art. 3.e) de la misma y que por otro lado se contengan los derechos de las personas en Título distinto pero vinculados al concepto de afectado), según veíamos.

Hechas las anteriores observaciones, debe señalarse que éstos derechos, expresamente reconocidos, los concreta la Ley en:

2.1. Poder impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de comportamiento con único fundamento en tratamiento automatizado de datos personales que ofrezca una definición de sus características o personalidad (Art. 13).

2.2. Derecho a ser informado de la existencia de ficheros automatizados, de su finalidad y de la identidad del responsable del fichero, por la Agencia de Protección de Datos (Art. 14).

2.3. Derecho del afectado a recabar y obtener información de los datos personales incluidos en ficheros automatizados (Art. 15).

2.4. Derecho a poder rectificar o en su caso cancelar los datos personales (art. 16).

Todos estos derechos reconocidos ya por la Ley española de 1992, son acordes con los establecidos por la Directiva 95/46/CE, si bien ésta viene a reconocer el derecho de oposición del interesado en su art. 14 no contemplado por la LORTAD y recogido posteriormente en la LOPD, aunque no suficientemente desarrollado.

Como colofón de este apartado , se debe insistir , que en todo tratamiento de datos personales deberán respetarse los anteriores principios y atender los citados derechos de los ciudadanos.

IV.- Categorías de Datos Especialmente Protegidos

Recordados los anteriores principios que regirán con carácter general en todo tratamiento de datos personales, centraremos nuestra atención en el análisis de exigencias especiales para el tratamiento de determinados datos que la Ley española considera como “*especialmente protegidos*” (Art. 7) y la Directiva como “*tratamiento de categorías especiales de datos*” (Art. 8 Directiva 95/46/CE). A mi entender la Ley española manteniendo el ámbito protector de la Directiva es más clara en su delimitación y en la determinación de las exigencias especiales que establece.

Tanto el legislador comunitario como el nacional han sido conscientes de que no todos los datos referidos a una persona física inciden de igual forma en su intimidad. Partiendo del principio general de que sólo los datos serán recogidos, tratados y transmitidos a terceros con el consentimiento del afectado, con las naturales excepciones de aquellos supuestos que la vida en sociedad reclama el tratar y transmitir ciertos datos, lo que ha de derivar de imperativo legal o relación comercial, se considera que algunos pertenecen al acervo más íntimo del individuo, especialmente los que revelan sus creencias, de aquí que deban ser especialmente protegidos para preservar esa esfera más profunda de la personalidad.

La Ley española establece tres grupos de datos especialmente protegidos:

1. Ideología, religión y creencias

Los datos de carácter personal que revelen ideología, religión y creencias para su tratamiento se exige consentimiento expreso y escrito del afectado, previo informe al sujeto de no estar obligado a declarar éstos (Art. 7.1 y 2 en relación con el art. 16.2 CE).

A todos los anteriores añade la Directiva los relativos a afiliación sindical que al no contenerse expresamente en la LORTAD, la nueva LOPD que se encarga de la transposición de la Directiva los incluye .

El art. 7.2 LOPD establece excepción al consentimiento exigido para el tratamiento de estos datos respecto de los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos e iglesias, confesiones, comunidades religiosas, fundaciones, asociaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, en cuanto a los datos relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre del consentimiento del afectado, según puntualiza el último inciso de este precepto.

2. Origen racial, salud y vida sexual

Otro grupo de datos especialmente protegidos lo integran los datos personales que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual, que sólo podrán ser recabados, tratados o cedidos en dos supuestos (art. 7.3):

- a) Con consentimiento expreso del afectado, que no tiene que ser prestado necesariamente de forma escrita.
- b) Cuando por razones de interés general lo disponga una Ley, debiendo entenderse esta referencia a una Ley en sentido de Ley formal no pudiendo dar cobertura en este supuesto una norma de inferior rango , dado que como ha precisado el T.C la limitación de un derecho fundamental solo podría establecerse por Ley y motivando las razones de interés general que lo justifiquen.

3. Comisión de infracciones penales o administrativas

El tercer grupo de datos especialmente protegidos, delimitado por nuestra Ley, lo forman aquellos datos de carácter personal relativos a la comisión de infracciones penales o administrativas (Art. 7.5). Respecto de los

mismos la Ley española limita su inclusión a ficheros automatizados de las Administraciones Públicas, a la competencia de éstas en las respectivas materias, y además, a la concurrencia de los supuestos previstos en las respectivas normas reguladoras. Habrá que estar pues a lo que dispongan las diversas normas reguladoras que deberán de concretar los supuestos en que aquellos datos puedan ser incorporados a los ficheros.

De los datos pertenecientes a este grupo ni que decir tiene que los que van a resultar especialmente sensibles son aquéllos relativos a la comisión de infracciones penales, por su propia naturaleza y porque además en muchos supuestos van también a incorporar otros datos especialmente protegidos tales como los relativos a la salud, vida sexual, origen racial, e incluso los de ideología y creencias.

V.- Especial referencia al tratamiento de los datos de salud.-

1.- Concepto de datos de salud.-

Dado el tratamiento más riguroso como datos especialmente protegidos, que tanto nuestra Ley como la Directiva, dan a aquéllos relativos a la salud y el que tales datos estén más presentes en la vida cotidiana de los ciudadanos que el resto de datos que merecen al legislador el mismo rango especial de protección, bueno será que delimitemos su concepto. Enseguida se comprueba que la LORTAD si bien se refería a los datos relativos a la salud de las personas, no establece un concepto concreto de este tipo de datos. Otro tanto ocurre en la vigente LOPD.

Ello exige que para la delimitación del concepto establecido en la Ley haya que atenderse, por imperativo del art. 10.2 de nuestra Constitución, a las normas contenidas en Tratados Internacionales reguladores de la Protección de Datos de carácter personal que hayan sido válidamente ratificados por España, pasando a formar parte de su ordenamiento interno, según dispone el artículo 1.5 del CC.

En este contexto, tanto el art. 8 de la Directiva 95/46/CE, como el art. 6 del Convenio 108 del Consejo de Europa, hacen referencia a los datos de salud como sujetos a un régimen especial de protección, de tal forma que, como indica el citado Convenio, tales datos *“no podrán tratarse automáticamente a menos que el derecho interno prevea garantías adecuadas”*.

El apdo. 45 de la Memoria Explicativa del Convenio 108 del Consejo de Europa viene a definir la noción de *“datos de carácter personal relativos a la salud”*, considerando que su concepto abarca *“las informaciones concernientes a la salud pasada, presente y futura, física o mental, de un individuo”*, pudiendo tratarse de informaciones sobre un individuo de buena salud, enfermo o fallecido. Añade el citado apdo. 45 que *“debe entenderse que estos datos comprenden igualmente las informaciones relativas al abuso del alcohol o al consumo de drogas”*.

En este mismo sentido, la Recomendación nº R (97) 5, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, referente a la protección de datos médicos afirma que *“la expresión datos médicos hace referencia a todos los datos de carácter personal relativos a la salud de una persona. Afecta igualmente a los datos manifiesta y estrechamente relacionados con la salud, así como con las informaciones genéticas”*.

En cuanto a la incorporación al citado concepto de los datos psicológicos y referentes a la salud mental de las personas, baste recordar la existencia de la Recomendación nº R (91) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en materia de estudios epidemiológicos en el ámbito de la salud mental, en la que se hace expresa referencia a la necesidad de establecer las garantías necesarias para la protección de los datos referentes a este tipo de trastornos.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que los datos psicológicos deben ser considerados, a los efectos de la aplicación de la LOPD, como datos relativos a la salud de las personas. Para delimitar el fundamento de esta inclusión habrá de distinguirse entre los datos incorporados a historiales clínico-psiquiátricos o psicológicos y los no incorporados a los mismos.

En cuanto a los primeros, atendidos los conceptos ya señalados, no puede existir duda alguna acerca de la naturaleza, como datos de salud, de los datos que se deriven expresamente de expedientes médicos, habida cuenta que, comprendiendo el concepto de datos sanitarios los referentes a la salud mental, siempre habrán de incorporarse al concepto de aquéllos cualesquiera datos obrantes en una de las fuentes de tratamiento establecidas en el art. 8 de la LOPD.

El problema se planteará en relación con aquellos datos que no se deriven de un determinado tratamiento psicológico o psiquiátrico, sino de las propias manifestaciones de los sujetos encuestados o de la apreciación del encuestador ante las citadas afirmaciones. En este caso,

cabría plantearse la inclusión de los datos en el concepto anteriormente señalado.

La respuesta a esta cuestión parece que ha de ser la de considerar que estos datos, aún cuando no procedan expresamente del historial clínico de los sujetos, deben ser considerados como datos referentes a la salud de las personas, habida cuenta que, o bien conciernen directamente a la salud mental del individuo (apdo. 45 de la Memoria del Convenio 108) o bien se encuentran estrechamente relacionados con la salud (Recomendación R (97) 5 del Comité de Ministros).

La justificación de esta incorporación es evidente, dado que el sometimiento de estos datos a la especial protección conferida por los artículos 7.3, 8 y 11.2 f) de la LOPD evita que se pueda proceder al tratamiento de estos datos con base en meras sospechas o apreciaciones subjetivas que no presenten una constatación fáctica real, generando una situación de riesgo que puede, con base en esas sospechas o apreciaciones, crear una situación social de prejuicio hacia las personas cuyos datos psicológicos “negativos” han sido incorporados al fichero automatizado.

Precisamente éste es, a mi juicio, el motivo que indujo a incorporar al concepto de “*datos de carácter personal relativos a la salud*” incluido en la memoria del Convenio 108 del Consejo de Europa, “*las informaciones relativas al abuso del alcohol o al consumo de drogas*”, cuando estos datos no se refieren, en sentido estricto, a la salud de las personas.

A mayor abundamiento, no debe olvidarse que el tratamiento de datos de carácter psicológico podría, en la práctica, generar un perfil completo del individuo, del que se desprendiese el conocimiento de otros datos especialmente protegidos por el legislador, tales como las creencias morales y religiosas o la vida sexual del sujeto. Ello no hace sino ratificar la conclusión del necesario sometimiento de los datos de carácter psicológico al régimen de los datos relativos a la salud de las personas, consagrado por la LOPD.

2.- Exigencias para la recogida y tratamiento de los datos de salud.

En el supuesto específico de los datos de salud, el legislador español siguiendo al europeo (ver art. 6 del Convenio 108/81 Consejo de Europa) y al de la Comunidad Europea (ver art. 8 Directiva 95/46 CEE de 24 de octubre de 1995) los considera como especialmente protegidos, o sensibles, en la denominación europea o co-

munitaria y prevé que sólo puedan ser recabados, tratados y cedidos, cuando por razones de interés general así lo disponga una Ley o el afectado consiente expresamente (art. 7.3 LPD y 7.3 LORTAD), según veíamos antes. Ello quiere decir que sólo en estos supuestos específicos dichos datos podrán ser tratados con carácter general.

No obstante lo anterior, la vigente Ley 15/99 y también la LORTAD, establecen que las instituciones y centros sanitarios, y los profesionales correspondientes podrán tratar sin consentimiento datos relativos a la salud de las personas que a los mismos acudan o hayan de ser tratados en ellos, de acuerdo con “ la legislación estatal o autonómica” , dice la nueva LOPD, con carácter más amplio , ya que la LORTAD concretaba determinadas leyes sanitarias (art. 8 de ambas leyes). La práctica había puesto de manifiesto que las leyes específicamente señaladas por la LORTAD habían sido superadas por legislación posterior en materia sanitaria, que era necesario acoger en el mismo régimen por responder a fines equivalentes por lo que resulta más acorde el acotamiento más general que establece la nueva Ley pero igual de concreto en la finalidad.

Hasta aquí ambas leyes mantienen la misma regulación de los datos relativos a la salud con la única diferencia mínima que queda señalada.

Pero la Ley 15 / 1999 incorpora a su art. 7 un nuevo apartado 6: Dice el art. 7.6. “ *No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 (ideología, religión y ciencia) y 3 (salud, origen racial y vida sexual) de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamiento médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto.*

También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”.

El transcrito precepto viene pues a posibilitar que todos los datos que se consideran en los apartados 2 y 3 del mismo artículo como especialmente protegidos, entre los que se encuentran los relativos a la salud, puedan ser

tratados sin las exigencias especiales de protección que al respecto se señalan. En el caso concreto de los datos de salud sin la exigencia del consentimiento expreso del afectado o sin que una Ley así lo disponga por razones de interés general (art. 7.3). Pero el régimen excepcional del art. 7.6 requiere la concurrencia de dos requisitos :

- a) que el tratamiento de dichos datos “ resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios” .
- b) que el tratamiento de datos se realice por un profesional o por otra persona obligada a equivalente secreto.

La delimitación del segundo requisito y su acreditación resulta sencilla. No así la del primero. Puede parecer a primera vista que el simple criterio de quien trate los datos será suficiente justificación. Ello no puede ser así evidentemente , pues tal interpretación vaciaría de contenido la exigencia general de consentimiento o habilitación legal que exige el art. 7.3 LOPD. Piénsese que estamos ante un derecho fundamental, el derecho a la protección de los datos personales y que además , en el supuesto de datos relativos a la salud tanto el legislador comunitario como el nacional los consideran como especialmente protegidos . Por ello de no existir una norma que establezca la “necesidad del tratamiento” de dichos datos deberá acreditarse en cada caso concreto por quien la alegue para prescindir del consentimiento del interesado. Esta es la interpretación dada a éste confuso precepto tanto por la Agencia de Protección de Datos, con ocasión de resolver expedientes sancionadores sobre tal supuesto , como por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, con ocasión de revisar en vía jurisdiccional las Resoluciones de la APD.

El otro supuesto del art. 7.6 LOPD es que puede prescindirse del consentimiento es mucho más claro:

Cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona , en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento. “ También aquí” se exige la concurrencia de un doble requisito: salvaguarda del interés vital e incapacidad para consentir.

Finalmente es preciso hacer una referencia , aunque ésta sea sucinta al régimen de cesión o comunicación de los datos tratados a terceros.

Con carácter general el art. 11.1 LOPD establece que los datos de carácter personal objeto de tratamiento, todos y no únicamente los especialmente protegidos, sólo podrán comunicarse a terceros para el cumplimiento de las legítimas funciones de cedente y cesionario con el previo consentimiento del interesado , considerándose nulo el consentimiento cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que se destinarán los datos.

En el supuesto de datos relativos a la salud queda excepcionado el consentimiento para la cesión de aquellos, cuando resulte necesaria para solucionar una urgencia o para realizar estudios epidemiológicos en los términos que establece la legislación sanitaria . Esta previsión del art. 11.2 . f) , de la LOPD también se contenía en la anterior LORTAD.

El cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos que, tanto con carácter general, como de particular de los datos de salud como especialmente protegidos establece la LOPD, es la obligación que deriva de esta Ley para el personal sanitario que trate datos personales. A la hora de interpretar la Ley, en caso de duda, deberá realizarse con carácter restrictivo en favor de la mejor protección del derecho que la Ley tutela , y que , no podemos olvidar, se trata de un derecho fundamental de todos los ciudadanos.

El personal estatutario. Consideraciones sobre el nuevo Borrador de Anteproyecto de “Estatuto básico del personal del sistema nacional de salud”

José María Goerlich Peset
Catedrático de Derecho del Trabajo
Universidad de Valencia

1. Introducción

Cuando recibí la invitación para preparar una ponencia sobre el personal estatutario, estuve dudando aceptarla. La razón es sencilla: creo que, a estas alturas, la cuestión está, desde la perspectiva teórica, agotada. No me refiero, con ello, a que existen magníficas monografías sobre el particular. Aparte de que esto es verdad¹, es que creo sinceramente que poco se puede aportar ya al análisis mediante la reflexión teórica convencional. En efecto, una ponencia sobre el personal estatutario en la actualidad implica la descripción de algunas tendencias generales –la “judicialización” del problema de este colectivo por la clara insuficiencia de las normas aplicables; la evolución de los criterios interpretativos hacia la “funcionarización”–; y, luego, supone mostrar ejemplos concretos de ambas tendencias, a través de una descripción más o menos exhaustiva de singulares episodios interpretativos. Reflexiones de este tipo, sin embargo, resultan o inútiles –puesto que las grandes tendencias son sufi-

cientemente conocidas– o extraordinariamente aburridas –puesto que los episodios singulares son de una complejidad técnica extraordinaria y, por tanto, poco adecuados para una exposición como la presente–.

Sin embargo, finalmente, decidí aceptarla. Y lo hice porque la invitación era diferente a las que habitualmente se hacen en relación con este personal. Más que un análisis de tipo técnico, lo que se me propuso es una reflexión distinta y más general como es el análisis de un texto en trámite de elaboración: el último Borrador de Anteproyecto de Estatuto Marco del personal al servicio del Sistema Nacional de Salud². No se trataba de volver a contar episodios judiciales que son tan interesantes como se quiera pero dejan poco margen de actuación al intérprete; sino de algo más interesante como es determinar si la normativa proyectada es adecuada para resolver los problemas que actualmente presenta el personal del sistema nacional de salud y, en su caso, proponer soluciones más adecuadas. Una reflexión de este tipo tiene algo de reto para cualquier teórico y más si, como es mi caso, he dedicado una parte de mi tiempo a reflexionar sobre los problemas jurídicos del personal de las instituciones sanitarias.

En este contexto, lo que me propongo a continuación es desarrollar el análisis del texto proyectado. A tal fin, creo que es necesario hacer una doble tarea. De un lado, desde una perspectiva general, se hace necesario reflexionar sobre la conveniencia o no de proceder a la aprobación del indicado Estatuto así como sobre la ade-

¹ Por citar sólo las aproximaciones generales más recientes, cabe recordar las de CAVAS MARTÍNEZ, F., y SEMPERE NAVARRO, A.V., El personal estatutario de la Seguridad Social en la doctrina de unificación (1991-1998), Pamplona (Aranzadi), 1999; GARCÍA PIQUERAS, M., Régimen jurídico del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, Madrid (CES), 1996; HERNÁNDEZ MARTÍN, A., Régimen jurídico del personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social, Madrid (Dykinson), 1997, y LANDA ZAPIRAIN, J.P., La reforma de la Sanidad Pública y del régimen jurídico de su personal, Madrid (CES), 1999. Existen, asimismo, obras de carácter colectivo que afrontan la totalidad de las cuestiones implicadas o una parte muy sustancial de las mismas: Manual jurídico de la profesión médica, Madrid (Dykinson), 1998, especialmente los títulos IV y V; Personal estatutario de la Seguridad Social, Manuales de formación continuada 11, Madrid (CGPJ), 2000; Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas, XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid (MTAS), 2001, volumen II, ponencia temática III así como las comunicaciones presentadas.

² La versión del citado borrador utilizada para la realización de este trabajo es la publicada en Diario Médico el 31 de mayo de 2002 (Diariomedico.com). En este mismo sitio se publicó una propuesta sindical el 4 de abril de 2002 a la que sólo se hace referencia ocasionalmente en el texto.

cuación de las grandes opciones en materia de personal que el mismo realiza (2 y 3). De otro, en un análisis más de detalle, se debe estudiar la regulación propuesta en relación con las principales instituciones que integran el régimen jurídico del personal estatutario propiamente dicho. No es posible, desde luego, un análisis minucioso que incluya todas las materias –ni todos los aspectos involucrados en la regulación–. Se realiza, por ello, una selección temática que incluye los temas que, en la actualidad, son más conflictivos: selección y tipología del personal (4), condiciones de trabajo en sus diversos aspectos (5) y cuestiones jurisdiccionales (6).

2. Cuestiones generales

Lo primero, pues, que se debe afrontar son las dos indicadas cuestiones de alcance general: la primera, relativa a la conveniencia, de proceder a la aprobación de un Estatuto básico del Personal del Sistema Nacional de Salud (2.1); y, la segunda, referente a la orientación general que debe tener el mismo en cuanto a la selección del modelo de regulación (2.2).

2.1. La necesidad de un Estatuto nuevo

La respuesta a la primera cuestión es, a mi juicio, bastante evidente. No es que la aprobación sea conveniente; es algo más: es completamente necesaria. La situación normativa actual –y sus reflejos jurisprudenciales– son, desde mi punto de vista, insostenibles. En efecto, el sistema sanitario público ha sufrido en los últimos veinte años una importantísima transformación (a) y, sin embargo, la regulación de las prestaciones de servicios no ha experimentado una actualización paralela (b). La resultante es un marco jurídico caracterizado por una elevadísima complejidad e incertidumbre en cuanto a sus soluciones (c).

a) En relación con la primera de estas ideas, conviene recordar, siquiera brevemente, los grandes vectores de la transformación del sistema sanitario público. En este terreno, habría que hacer referencia a tres fenómenos: la reorganización histórica del sistema sanitario público, la distribución territorial del poder normativo en la materia y, en fin y más recientemente, el creciente recurso a técnicas de gestión de carácter privado.

El proceso de reorganización histórica del sistema sanitario –que, convencionalmente, podemos datar en 1986, fecha de aprobación de la Ley General de Sanidad– implicó que todos los recursos sanitarios públicos anteriormente existentes se unificaron en su gestión, por

medio de la creación del sistema nacional de salud, articulado en servicios autonómicos de salud³. En términos de personal, ello implicó la coordinación funcional –aunque no necesariamente normativa– de los distintos tipos de prestadores de servicios preexistentes. De este modo, en las “nuevas” instituciones sanitarias públicas confluyeron relaciones laborales –parte de la anterior sanidad local–, funcionariales –otra parte de la anterior sanidad local– y estatutarias en sentido escrito –provenientes de la Seguridad Social–.

Por su parte, la asunción de competencias por las CCAA ha implicado una ulterior diversificación, relacionada con las opciones en materia de personal que las mismas, en ejercicio de su autonomía, han puesto en marcha. Existen modelos continuistas –en los que las CCAA actúan sobre el tipo de relación preexistente– y otros que no lo son –procesos de funcionarización o de laboralización existentes–. Incluso en los primeros pueden existir modelos normativos diferentes en atención a las competencias autonómicas de desarrollo de unas bases que no han quedado plenamente explicitadas en la legislación estatal⁴. El problema, por lo demás, puede agravarse a corto plazo puesto que, si, inicialmente, sólo algunas CCAA asumieron competencias en este terreno, en la actualidad el proceso de transferencia competencial se ha extendido a la práctica totalidad del territorio nacional.

En fin, a finales de la década de los 90, se han puesto en marcha mecanismos de prestación sanitaria de carácter “privado” y/o descentralizado que implican concretas apuestas por unos ciertos tipos de relación de prestación de servicios. El modelo es incipiente y variado –no procede describirlo aquí⁵– pero en su avance, si es

³ Para un análisis más detallado del proceso, me remito a APARICIO TOVAR, J., *La seguridad social y la protección de la salud*, Madrid (Civitas), 1989, pp. 199 ss. o, más recientemente, LANDA, *La reforma de la sanidad pública cit.*, pp. 40 ss.

⁴ Una rápida descripción de los diferentes modelos en GOERLICH PESET, J.M., “El personal estatutario al servicio de instituciones sanitarias”, en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas cit.*, pp. 354 ss. Para más detalles, LANDA, *La reforma de la sanidad pública cit.*, pp. 73 ss.

⁵ Para un análisis de esta realidad, véanse, entre otros, ARIÑO, G. y SALA, J.M., “La gestión de los servicios sanitarios mediante formas personificadas: especial referencia a empresas públicas y sociedades”, en *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*, Gobierno de Navarra, 1995, pp. 55 ss.; BORRAJO INIESTA, I., “La huida hacia fórmulas de gestión de Derecho Privado en la prestación de servicios sanitarios”, en *La gestión de los servicios sanitarios: modelos alternativos*, Gobierno de Navarra, 1995, pp. 95 ss.; MENÉNDEZ REXACH, A., “Las fórmulas de gestión indirecta de Servicios Sanitarios: especial referencia al concierto sanitario”, en *La gestión de los servicios sanita-*

que avanza, producirá ulteriores grados de complejidad en el tema que estamos estudiando.

b) El proceso de transformación no ha ido, en segundo lugar, acompañado de un proceso de revisión de la normativa aplicable. En efecto, la normativa vigente y aplicable hoy día es, en su núcleo, obsoleta; sólo existen actualizaciones fragmentarias que se ensamblan dificultosamente unas con otras.

En relación con lo primero, cabe recordar que el núcleo central viene constituido por una serie de normas administrativas, a veces de escaso rango, aprobadas en los años 60 y 70. Me refiero, claro está, a los Estatutos del personal médico (Decreto 3.166/1966 de 23 de diciembre), el personal sanitario no facultativo de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social (Orden de 26 de abril de 1973) y, en fin, el personal no sanitario al servicio de las indicadas instituciones (Orden de 5 de julio de 1971). Lógicamente, en atención a su fecha de aprobación, es de todo punto obvio que las mismas no pueden dar cuenta de todos los cambios que se han producido en el sistema sanitario público.

Su actualización, por otro lado, sólo se ha producido de manera fragmentaria: aunque existen decenas de normas, estatales o autonómicas, lo cierto es que las mismas afectan fundamentalmente a los aspectos organizativos, regulando sólo de manera muy incidental las cuestiones de personal. Estas últimas sólo han sido objeto de regulación reciente de forma parcial, a través de disposiciones de alcance general que afectan a materias concretas, aunque muy importantes. Es el caso, fundamentalmente, del RDL 3/1987, sobre régimen retributivo, y la Ley 30/1999, sobre régimen de selección de personal.

c) La articulación, en fin, de normas nuevas y viejas, normas de origen estatal y normas autonómicas y normas legales y reglamentarias y negociación colectiva no responde a criterios seguros. No se puede entrar en detalles al respecto –aunque los problemas han sido suficientemente descritos por la reflexión doctrinal⁶–. Lo cierto es

rios: modelos alternativos, *Gobierno de Navarra, 1995, pp. 73 ss.*; VILLAR ROJAS, F.J., “La huida al derecho privado en la gestión de los servicios de salud”, *Derecho y salud 1994, pp. 98 ss.* VILLAR ROJAS, F.J., “La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: ¿hacia una desregulación de la Sanidad Pública?”, *Derecho y Salud 1999, pp. 74 ss.* En la doctrina laboralista, LANTARÓN BARQUÍN, D., “La fundación y sus recientes proyecciones en el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Especial referencia a las fundaciones sanitarias)”, *Relaciones laborales 1(2001), pp. 8 ss.*

⁶ Un análisis teórico de esta realidad en DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., “El sistema normativo de la relación de servicios del personal estatutario”, en *Personal estatutario de la Seguridad Social, cit., pp. 13 ss.* o GOERLICH PESET, J.M., “El personal estatutario” *cit., pp. 329 ss.*

que la falta de definición expresa de los criterios de articulación normativa da vida a toda una serie de problemas aplicativos que sólo pueden llevar a una conclusión: es absolutamente necesaria una renovación en profundidad de todo el aparato normativo que regula la prestación de servicios en las instituciones sanitarias públicas⁷. De hecho, no se trata sólo de una aspiración doctrinal; es también una exigencia legal prevista, en su momento, en la Ley General de Sanidad (art. 84).

2.2. La selección del modelo de personal.

La cuestión de la orientación general que debe tener el modelo de personal elegido por el eventual Estatuto que se apruebe es, desde luego, mucho más problemática. No se trata de ahora de decidir si vale o no la pena aprobarlo sino establecer si el mismo debe decantarse por uno de los modelos de personal existentes en nuestro Ordenamiento; en definitiva, si la regulación del personal de las instituciones sanitarias públicas debe ajustarse al paradigma funcionarial, al laboral o, en fin, si debe permanecer en el terreno de contornos difusos que actualmente conocemos como personal estatutario.

La respuesta a este problema depende, a mi juicio, de la aproximación que hagamos al mismo. Cabe, ante todo, una valoración de carácter teórico basada en factores de carácter abstracto. Si nos acercamos a la cuestión desde esta perspectiva, habríamos de preguntarnos acerca de las características del paradigma laboral y del funcionarial e intentar hacer un juicio de su respectiva adecuación al carácter de servicio público que tiene el sistema sanitario, a las particularidades de las prestaciones dispensadas por éste o a las necesidades organizativas que podrían tener las instituciones encargadas de su gestión.

Personalmente, creo que no hay que seguir esta vía. En efecto, una aproximación excesivamente teórica al tema parece poco adecuada. De un lado, aun subsistiendo diferencias entre los paradigmas laboral y funcionarial, lo cierto es que existe históricamente un proceso de aproximación entre ambos que minimiza su alcance. De otro, la evolución muestra que, con la salvedad de las prestaciones más vinculadas a la soberanía, ambos paradigmas son

⁷ Se trata de un lugar común entre los autores que se han aproximado últimamente al tema (cfr., por ejemplo, BENITO-BUTRÓN, J.C., “Maraña interpretativa y necesidad de un Estatuto-Marco para el personal estatutario de la Seguridad Social”, en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas cit., pp. 507 ss.*; DEL REY, S. y GALA, C., “Régimen estatutario frente a norma laboral en el marco de las instituciones sanitarias del INSALUD”, en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas cit., pp. 600 ss.*)

intercambiables, aun a pesar de los esfuerzos de la doctrina del TC. En este contexto, la cuestión que nos ocupa debe resolverse con arreglo a criterios mucho más pragmáticos. Dicho de otro modo, cualquiera de los dos modelos –o de los tres, si consideramos las relaciones estatutarias– puede ser adecuado para satisfacer las necesidades del sistema sanitario siempre que cumpla ciertas condiciones.

Aunque en otro lugar he formulado una propuesta más articulada⁸, a los efectos que ahora interesa creo que las indicadas condiciones pueden resumirse en dos las siguientes. En primer lugar, en línea de principio la regulación habría de ser única. Si bien este criterio no puede llevarse hasta extremos radicales, sí que creo que un factor que distorsiona extraordinariamente la gestión del sistema es la diversidad de estatutos aplicables. Y no me refiero ahora a la posible existencia de tres estatutos diferentes para canalizar las prestaciones de servicios dentro del sistema de salud sino a la coexistencia simultánea de personal sujeto a ellos –y, por tanto, a normas de posible contenido diferente– dentro de cada centro o institución sanitaria. La normativa debería ser, en segundo lugar, completa y coherente. A estas alturas ya sabemos que la regulación de las instituciones sanitarias escapa a su inclusión en cualquiera de los paradigmas clásicos: aunque “huye” del Derecho del Trabajo, no encaja con facilidad en los esquemas del Derecho de la Función Pública más clásico⁹. Se hace necesario, por tanto, detectar los problemas existentes y resolverlos en su totalidad, aprovechando las lecciones que al efecto puedan darnos los dos y, cuando éstas no existan, inventando soluciones nuevas. Estas dos condiciones –uniformidad y globalidad de la nueva regulación– son las que, a mi juicio, deben presidir la valoración de cualquier propuesta legislativa que se haga y ésta es la tarea que me propongo comenzar a partir de ahora, entrando ya en el estudio concreto del Borrador.

⁸ GOERLICH, “El personal estatutario” cit., pp. 364 ss.

⁹ Para un análisis del personal estatutario en esta clave, véase GOERLICH PESET, J.M., “El personal estatutario. Especialidades de su relación laboral, en especial con relación a las retribuciones, haciendo hincapié en la doctrina de unificación”, ponencia presentada a las VI Jornadas de Otoño de Derecho Social, Vigo, 15 y 16 noviembre 2002, en prensa. La idea es, en todo caso, compartida en otras aproximaciones (cfr., por ejemplo, SERRANO ARGÜELLO, N., “Encuentros y desencuentros entre las distintas modalidades de personal al servicio de las instituciones sanitarias de la seguridad social. Apuntando nuevas tendencias”, Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas cit., pp. 467 ss.).

3. El modelo de personal en el borrador de Estatuto Básico

Establecidas las grandes coordenadas del análisis, la primera cuestión que hemos de resolver es la opción de fondo en cuanto al modelo de personal realizada por las normas proyectadas. Al respecto, creo que el punto de partida se encuentra en la permanencia de los tres modelos de prestaciones, si bien se avanza en la idea de que las mismas no deben coexistir en un mismo centro o institución (3.1). Existen, no obstante, algunas excepciones, cuya valoración es desigual, aunque cabe destacar que se ponen las bases para la solución de los principales problemas derivados (3.2).

3.1. La subsistencia de diferentes modelos de personal

El mantenimiento de la diversidad de estatutos resulta obvio en las normas proyectadas (a). Ello, sin embargo, no impide apreciar una tendencia general que evita los principales problemas derivados de ello puesto que, aparentemente, no ha de producirse confusión en las distintas dependencias del sistema nacional de salud: en cada una de ellas, por lo que parece, los gestores de personal se enfrentarán, en principio, a un único tipo de prestadores de servicios (b).

a) En el primer sentido, el Título II del Borrador – que, según la disp. final 1ª.1, se relaciona con la competencia de coordinación general del sistema sanitario– define el personal del sistema nacional de salud como aquel que presta sus servicios en los centros o instituciones sanitarias públicas integrados en el indicado sistema, incluyendo aquellos cuyo gestión esté encomendada a entes públicos sujetos al derecho privado o las fundaciones sanitarias promovidas por las Administraciones Públicas (art. 12.1). Este personal puede quedar vinculado a los indicados centros por relaciones de carácter funcionarial, estatutaria o laboral (art. 12.2). Los preceptos siguientes detallan las fuentes que resultan aplicables a las indicadas relaciones (arts. 13, para el personal funcionario, 14, para el estatutario, y 15, para el laboral). Frente a este personal, al servicio de entidades de titularidad pública, aparece el personal al servicio de centros concertados, de titularidad privada por tanto, que quedará sujetos a relaciones de carácter laboral o de otro tipo (art. 17).

Al margen estos últimos, conviene reparar en la pervivencia de las tres formas de articulación de la prestación de servicios que se mantienen dentro del sistema público en sentido estricto. Lejos de la unidad del sistema

que parecía imponer la LGS-1986 (cfr. art. 84), la propuesta parte de la base de que pueden existir prestaciones de servicios de naturaleza distinta. Es lógico que así sea toda vez que han pasado más de quince años desde su aprobación y, ahora, el legislador habrá de hacer las cuentas con dos realidades sobrevenidas desde su aprobación: las opciones de las diferentes CCAA en relación con el propio modelo de personal en los centros sujetos a su dependencia y las transformaciones del propio modelo de gestión de los servicios sanitarios, en la línea ya señalada de “huida” hacia el Derecho privado –que, a su vez, se diversifican cuantitativa y cualitativamente en los diferentes territorios autonómicos–. Obviamente, un Estatuto Básico que aspire a alcanzar un mínimo de consenso en todo el territorio y que no pretenda entrar en el sistema como un elefante en una cacharrería debe ser respetuoso con estas dos circunstancias. La opción consignada en los arts. 12 ss. del Borrador es, de este modo, la única posible en términos políticos.

Desde el punto de vista técnico, la solución no es, desde luego, ideal. La diversidad de estatutos aplicables siempre aparece como problemática. Ello no obstante, he de recordar ahora que, a mi juicio, la condición de eficiencia no es tanto la uniformidad dentro de todo el sistema cuanto que, en el interior de cada institución, no se produzca una coexistencia de estatutos que dificulte la gestión de personal. Pues bien, desde esta segunda perspectiva, la opción del Borrador de Estatuto no resulta tan discutible puesto que, aun cuando no existe una taxativa regla que imponga la separación para cada unidad funcional del estatuto aplicable, las líneas de tendencia que se dibujan en el texto proyectado apuntan hacia ella.

b) La separación de los diferentes tipos de personal en las distintas dependencias en que se organice el sistema de salud se aprecia, con facilidad, en la regulación proyectada del modelo estatutario. En ésta, a la que el Borrador dedica lógicamente, el mayor esfuerzo normativo –no sólo porque en la actualidad constituye el grueso de las relaciones de servicios sino también porque funcionarios *stricto sensu* y laborales se ajustarán a su legislación específica–, se advierten las indicadas tendencias dirigidas a evitar las duplicidades de estatutos de personal.

De un lado, de acuerdo con el título III del Borrador, que regula el personal estatutario, el mismo aparece como paradigma normal para la prestación de servicios en los centros e instituciones sanitarias de los Servicios de Salud autonómicos o lo que permanecen en la Administración del Estado (art. 37), siempre que, claro está, esté sea el modelo aplicable a las indicadas dependencias.

Pues bien, las prestaciones estatutarias aparecen monopolizando el panorama de las relaciones de servicios en estos centros, con independencia del tipo de servicios prestados. Frente a otras propuestas que puedan haberse manejado en el debate, quedan incluidas en el ámbito de aplicación del indicado título tanto las prestaciones sanitarias como las no sanitarias (arts. 41 y 42); y tanto en el caso de que tengan naturaleza fija como si son de carácter temporal (art. 43 y 44). Lógicamente, como en las indicadas dependencias, puede ocurrir que no sea ésta la situación de partida, el propio Borrador habilita la existencia de procesos de transformación del personal preexistente: se prevé el tránsito directo desde el régimen funcional o laboral al estatutario (disp. Adic. 6ª). E incluso, dentro del propio personal estatutario a fin de no suscitar diferencias de régimen jurídico en su interior (integración del personal de cupo y zona: disp. Adic. 4ª). La situación –si es que algún día se concreta, porque este tipo de procesos ya se han intentado con anterioridad con desiguales resultados– es la que se indicaba al principio: el modelo estatutario queda como paradigma normal dentro de la institución de que se trate.

De otro lado, el hecho de que el sistema sanitario sea unitario y, como veremos luego, aspire a una cierta intercomunicación del personal entre las diferentes dependencias, obliga a prever la posible existencia de movimientos del mismo entre éstas. También desde esta perspectiva dinámica se advierte el intento de posibilitar la convergencia hacia un único modelo de relación de servicios dentro de cada centro. La regulación proyectada para las situaciones en las que puede encontrarse el personal estatutario es un ejemplo muy claro de esta idea: posibilita el tránsito entre los diferentes estatutos jurídicos a que pueden estar sujetos los prestadores de servicios sanitarios en las distintas Comunidades Autónomas y/o en los diferentes centros o unidades existentes en ellas, de manera que, como resultante de este proceso, en cada uno de estos sólo exista un tipo de prestaciones. Y ello además se hace en manera que permita realmente la movilidad, a través de la salvaguarda de una serie de expectativas individuales de carácter básico –conservación de la antigüedad, derecho al reingreso en ciertas condiciones–¹⁰.

¹⁰ *Varios ejemplos se ofrecen en el Borrador. En primer lugar, el art. 81 regula una peculiar situación de “servicios bajo otro régimen jurídico”, relacionada con el tránsito a entidades sanitarias públicas, pero gestionadas en régimen de derecho privado. La solución se relaciona, desde luego, con la actualmente vigente (cfr. art. 116 Ley 13/1996). Por su parte, el art. 82 prevé una situación más amplia todavía (“excedencia por prestar servicios en el sector público”) que permite, conservando ciertas expectativas, pasar a prestar servicios a*

3.2. Algunas limitaciones: valoración

No obstante todo lo anterior, se detectan en el Borrador algunos “deslizamientos” en contra del objetivo propuesto. En efecto, su diseño general parece ser que, aunque se mantenga la diversidad de estatutos aplicable en términos “macro”, en la consideración microscópica, esto es, la de cada centro o institución, prevalezca un único tipo de estatuto de personal. Sin embargo, conviene observar que esta tendencia tiene en el Borrador algunas excepciones: algunas se encuentran justificadas y no parecen plantear excesivos problemas (a); otras no lo están tanto (b), si bien hay que reconocer que el Estatuto proyectado hace un esfuerzo interesante y novedoso para solucionar los principales problemas que puedan derivar de ellas (c).

a) Respecto a la primera idea, debo señalar que existen excepciones a la tendencia general que podemos considerar plenamente justificadas puesto que no se relacionan en sentido estricto con la prestación de servicios sanitarios sino con un fenómeno distinto: el de la utilización del sistema nacional de salud a efectos de la formación de los profesionales sanitarios. Me refiero, de un lado, a la presencia en las instituciones sanitarias públicas de personal facultativo en formación dentro del sistema de MIR; y, de otro, a la particular reserva de la utilización de estas instituciones en la docencia de pregrado de las Facultades de Medicina a través de las llamadas plazas vinculadas. Ambas situaciones dan vida a situaciones de personal diferenciadas respecto al modelo estatutario común. Desde este punto de vista, constituyen una anomalía respecto a la opción general en su favor.

Sin embargo, se trata como ya he dicho, de una opción plenamente justificada y, sobre todo, que se compensa con la renovación y clarificación del régimen aplicable. Para los médicos residentes, se conserva el carácter laboral de su relación (art. 16) pero se aborda expresamente su regulación, evitándose con ello los problemas interpretativos existentes en la actualidad: se les considerará como una relación especial, cuya regulación efectiva habrá de tener puntos de contacto con la estatutaria, fundamentalmente en el terreno más conflictivo del tiempo de trabajo (disp. Adic. 2ª). En cuanto a las plazas vinculadas, el Borrador no dice mucho: sólo que la parte asistencial de su función se regulará por las normas estatutarias (disp. Adic. 11ª). Debe tenerse en cuenta que la Ley

Orgánica de Universidades parece prever la renovación del régimen jurídico de este personal (cfr. disp. final 2ª, que da nueva redacción al art. 105 LGS; y disp. adicionales 7ª y 12ª) y que hay que esperar que, con ello, se clasifiquen algunos problemas de gestión que ahora plantea. Teniendo en cuenta todo ello, creo que esta primera anomalía no debe ser objeto de crítica.

b) Más criticable parece, por el contrario, la aparente coexistencia de estatutos de personal que se vislumbra en otros lugares del Borrador. Existen, no obstante, algunos “deslizamientos” respecto a esta previsión. De un lado, se encuentran en la función directiva de las II.SS.PP. –para las que se admite la posibilidad, ya existente, de recurrir a la contratación laboral de altos cargos (cfr. art. 64.4)–; de otro, existen disposiciones que posibilitan el tránsito del personal estatutario a otros puestos sujetos a la legislación funcional común (cfr. disp. Adic. 4ª y 8ª) e incluso a las instituciones sanitarias de carácter público pero sujetos a sistemas de gestión de carácter privado (cfr. disp. adic. 7ª).

La valoración de estos deslizamientos es un poco más compleja. Creo que cabría distinguir dos supuestos entre los que hemos expuesto: los que afectan a la función directiva y al tránsito entre puestos de carácter público y los que se refieren a la prestación de servicios asistenciales. Las primeras pueden plantear problemas de carácter individual relativos al tránsito entre situaciones diferentes. La regulación proyectada se ocupa, sin embargo, de solucionarlos en forma que puede considerarse satisfactoria toda vez que las principales expectativas se salvaguardan (cfr. art. 80, sobre juego de la institución de los servicios especiales para las funciones directivas, y reglas de la disp. adic. 4ª, sobre el tránsito definitivo a la condición funcional). Las segundas, sin embargo, pueden plantear problemas organizativos más serios: dentro de una misma unidad organizativa y funcional encargada de la prestación asistencial surgirá una duplicidad de estatutos. Ello es muy claro en la disp. adic. 8ª que permitiría la existencia de puestos de prestación indistinta por el personal estatutario y el sujeto a otros regímenes de personal; y en la disp. adic. 7ª, referida a entidades sanitarias de carácter público pero sujetas al derecho privado y a las fundaciones sanitarias públicas, que, en línea con las disposiciones actualmente vigentes¹¹, posibilita la convivencia del personal estatutario con

cualquier otra dependencia pública, sujeta a régimen administrativo o laboral.

¹¹ Para más información sobre ésta, GOERLICH, “El personal estatutario” cit., p. 361.

otros regímenes de personal y, muy señaladamente, con el laboral.

Personalmente, esta última situación no me gusta mucho puesto. Si la anterior sólo plantea interrogantes de carácter individual –que deben ser resueltos por los interesados, a través de la aceptación de las condiciones ofrecidas por las normas que resulten aplicable–, la segunda tiene una clara dimensión de alcance organizativo puesto que, expone a las entidades o centros sanitarios a los problemas derivados de la coexistencia de regímenes para el desarrollo de prestaciones similares. Altera, en definitiva, el criterio de la globalidad.

c) Debo reconocer, en todo caso, que el Borrador hace un esfuerzo para evitar los problemas más graves que derivan de ello. Y no me refiero ahora al hecho de que las normas que posibilitan la coexistencia de estatutos de personal son extraordinariamente abiertas, dejando una amplia capacidad de decisión a los gestores autonómicos para disminuir el alcance del problema. Lo que pretendo poner de relieve es que el Borrador proyectado, si bien permite la continuidad, siquiera limitada, de situaciones de confusión de personal, establece una solución original para evitar los problemas que –al menos, de los más importantes– que derivan de ella.

Debe resaltarse, en este sentido, que algunas partes del Estatuto proyectado funcionan como normas generales aplicables a todo el personal, con independencia de su naturaleza jurídica (cfr. Arts. 13,14 y 15). En concreto, los títulos I y II funcionan de esta manera; y, aparte otras cuestiones de menor trascendencia en punto a gestión ordinaria del personal, incluyen las disposiciones relativas al tiempo de trabajo, cuestión tradicional y particularmente conflictiva en el ámbito de la sanidad pública (véase *infra*, 5.2.a)).

Es más, la extensión de esta regulación en relación con este último punto tiene un alcance muy amplio, en términos tanto territoriales como personales. En el primer sentido, no se dictan, según nos indica la disp. final, al amparo de la competencia compartida según el esquema legislación básica y legislación de desarrollo existente con carácter general en el terreno de la función pública. Conectan no sólo con la coordinación general sanitaria sino también con la política de jornada y seguridad y salud laborales a las que se alude en el art. 40 CE. El margen de actuación autonómico es, así, limitado. De este modo, se ubica también, en el segundo sentido, en el terreno de la legislación laboral; y ello posibilita la extensión personal de las soluciones proyectadas más allá de los estatutos de carácter público. Se observa así como

alcanza a también a los residentes (disp. adic. 2ª) e incluso a los centros concertados de carácter privado (disp. adic. 3ª).

Se trata, desde luego, de una técnica nueva de regulación que implica una homogeneización de las condiciones de trabajo externa al propio estatuto. Habrá que ver cómo funciona y si la misma –limitada en cuanto a su alcance material– es o no suficiente...

4. La selección de personal estatutario; modalidades de nombramiento

Tras completar la primera parte del análisis, relacionada con las grandes opciones en relación con el modelo de personal, hemos de entrar en la segunda. A diferencia de lo que ocurre con las prestaciones funcionariales y laborales –que se habrán de sujetar al respectivo régimen común–, el Borrador debe dedicar un notable esfuerzo al personal estatutario, que es el que permanece en situación de especialidad respecto a ambas. De hecho, su Título III procede a una completa modernización del régimen del personal estatutario.

De lo que se trata ahora es de saber si la regulación propuesta cumple los requisitos que se han indicado al principio y si, en concreto, da una respuesta coherente a los problemas que el personal estatutario viene planteando en la actualidad. A este respecto conviene realizar un análisis más detallado, institución por institución, de los contemplados en el borrador: las disposiciones del Borrador son muchas y muy densas. En este contexto, entrar en detalles de tipo técnico, que los hay, resultaría en exceso premioso. El análisis se ha de mover necesariamente en un terreno más abstracto, de alcance general, en el que se valoren las orientaciones más que la corrección técnica de las soluciones.

El primero de los puntos que conviene analizar es el de la selección y tipología del personal estatutario. Por un lado, deben analizarse los procedimientos de acceso a tal condición (a); por otro, la tipología de los nombramientos que pueden ser utilizados (b).

a) En relación con el primer problema, el Borrador no es extraordinariamente innovador. Es lógico que así sea toda vez que los procedimientos de acceso y promoción interna han sido regulados en fecha relativamente reciente (Ley 30/1999). No existe razón de peso, pues, para una revisión en profundidad de la temática. El sistema continuará así basado en el modelo funcionarial: un concurso-oposición para el primer acceso (art. 58) y concursos para la provisión de plazas –con salvedades o

reglas especiales para los puestos relacionados con la gestión— (art. 61 ss.). Por su parte, para el personal temporal se prevén procedimientos de acceso más ágiles, a establecer con control sindical (art. 60). Podríamos entrar en más detalles respecto del modelo proyectado. Creo, sin embargo, que no vale la pena toda vez que las distintas prescripciones resultan prácticamente un calco de las disposiciones de 1999.

La única novedad parece encontrarse en la previsión de mecanismos específicos en relación con la movilidad geográfica del personal estatutario. Ya en la Ley 30/1999 se preveía la posible participación en los concursos de provisión de plazas por vía de traslado del personal perteneciente a distintos Servicios de Salud. La idea se mantiene (cfr. art. 66); pero ahora se establece el entramado institucional necesario para solucionar los problemas que este tipo de movilidad voluntaria puede plantear: se establecen sistemas de coordinación central de las necesidades de recursos humanos, para todo el Sistema Nacional de Salud (cfr. título I).

b) En cuanto a la tipología de los nombramientos de personal estatutario, el Borrador tampoco es en exceso innovador. Y por la misma razón apuntada respecto a lo anterior: la cuestión ha sido objeto de regulación reciente en la Ley 30/1999 y esta disciplina se mantiene en sus grandes trazos. La opción tiene sus ventajas y sus inconvenientes. En el primer terreno, destacaría la conservación de la unidad dentro del personal estatutario de carácter temporal. Unidad que no existía hasta 1999 por cuanto que el personal no sanitario de carácter temporal quedaba sujeto al ordenamiento laboral —y no a las reglas específicas del personal estatutario—. Sin embargo, al no ponerse en cuestión la regulación de 1999, se produce la continuidad también de algunos puntos oscuros que la misma presentaba.

De un lado, la jurisprudencia ha tenido que ir resolviendo infinidad de puntos oscuros en la ordenación de los nombramientos temporales, cuya regulación es anticuada y no resuelve los problemas actualmente existentes respecto a su gestión¹². Existe, en este momento, una

nutrida serie de pronunciamientos jurisprudenciales que podrían haber sido tomados en consideración, bien para incorporarlos al nuevo texto, bien para proceder expresamente a su corrección. El funcionamiento de los contratos por sustitución, sus relaciones con la interinidad, algunos problemas típicos de ésta última (criterios de selección en caso de amortización, posibilidad de cese por falta de las especialidades oficiales, etc.) son algunos ejemplos de ello.

De otro lado, algunos supuestos de nombramiento temporal no presentan límites difusos o no se ajustan a categorías conocidas, con posible vulneración de algunos criterios que resultan bastante evidentes en este terreno. Existe, en este sentido, un fenómeno poco claro de posible “descausalización” del recurso al personal de carácter temporal. Creo que puede sostenerse que existe un principio de causalidad, entendido como la necesidad de que el trabajo temporal se encuentre justificado por necesidades de personal de este carácter. Desde luego, lo es en el Ordenamiento laboral (cfr. art. 15 ET) y es muy probable que lo sea también en el ámbito de la función pública. Algunas de las figuras recogidas en el Borrador no se ajustan, sin embargo, a este principio. Es el caso del personal eventual en general¹³ y muy en particular al personal eventual llamado de refuerzo introducido por la Ley 66/1997 (art. 54) y posteriormente recogido en el art. 7.5.b) Ley 30/1999.

De acuerdo con el Borrador, es posible designarlo “cuando sea necesario para garantizar el funcionamiento permanente de los centros sanitarios” (art. 44.3.b)). Se trata del personal que cubre los excesos de jornada derivados del necesario funcionamiento continuo —o de sus exigencias horarias— y que no pueden ser afrontadas con el personal ordinario. Creo que es claro, sin embargo, que este personal no debe tener, por si mismo, naturaleza temporal porque la necesidad que desarrolla es de carácter estructural —incluso desde la perspectiva lingüística: el Borrador, menos astuto que la precedente Ley 30/1999, lo demuestra al usar el término “permanente”—. La prestación que desarrolla se parece más a la de los trabajadores a tiempo parcial —algunos pronunciamientos de los Tribunales, que han intentado atajar los abusos más ob-

¹² Más detalles en GOERLICH, “El personal estatutario” cit., pp. 335 ss. La bibliografía al respecto es extensa: véase la citada en la indicada ponencia, p. 369. Varias comunicaciones del XI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social se dedicaron a esta cuestión: véanse las de BELTRÁN, S. y MOLÉS, J.L., “La contratación temporal del personal estatutario de la Seguridad Social”, ibi, pp. 371 ss., LÓPEZ ANIORTE, C. y GARCÍA ROMERO, B., “Incidencias de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, sobre el régimen jurídico del cese del personal médico interino de la Seguridad Social”, ibi, pp. 423 ss. o DE VAL

ARNAL, J., “Los problemas jurídicos de las bolsas de trabajo del Instituto Nacional de Salud”, ibi, pp. 543 ss. .

¹³ Para un análisis crítico con propuesta de soluciones interpretativas que eliminen los problemas que se apuntan, véase LÓPEZ TERRADA, E. y NORES, L.E., “Los riesgos de la inadecuada delimitación del personal estatutario eventual en la Ley 30/1999”, en Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas cit., pp. 497 ss.

vios en la utilización de esta figura lo indican con claridad—. De hecho, el Estatuto es sensible a ello pues incorpora expresamente la posibilidad de prestaciones a tiempo parcial (cfr.art.76).

En cualquier caso, si se decide continuar asignando naturaleza temporal a estas prestaciones, se hace necesario de todo punto precisar más el régimen de determinación de la duración, seguramente perfilándola con más detalle en el texto o, si se prefiere —y tal y como sugiere la propuesta sindical (art. 11)—, sujetándola a negociación colectiva. En caso contrario, cabe pensar muy seriamente que el Estatuto entraría en este punto en contradicción con la normativa comunitaria en materia de trabajo temporal (Directiva 99/70/CE) cuya aplicación no parece quedar enervada por el tipo de regulación jurídica que se asigne a la relación temporal (cfr. cláusula 3ª). La Directiva prevé, en este sentido, la necesidad de que exista algún tipo de control sobre la duración de la relación temporal (cfr. cláusula 4ª), que en este tipo de nombramientos personales no aparece por parte alguna.

5. Condiciones de trabajo

El Borrador recapitula, lógicamente, los principales problemas de régimen jurídico del personal estatutario. Al hacerlo, introduce una importante dosis de racionalización de lo que hasta ahora es un verdadero caos. Veamos las principales líneas de tendencia y analicemos si las mismas son o no adecuadas.

5.1. Determinación de condiciones de trabajo: las fuentes

Un primer aspecto a analizar sería el de la regulación de las fuentes de condiciones de trabajo. En este terreno, las novedades no son espectaculares: encontramos en el Borrador una intensa labor de clarificación, a través de la explicitación de criterios actualmente aceptados y relacionados con la creciente “funcionarización” del personal estatutario (a). No obstante, cabe señalar que acaso el anteproyecto se ubica demasiado en esta última perspectiva y, con ello, puede desconocer algunas peculiaridades propias del mismo (b).

a) La línea de tendencia de clarificación no puede, desde luego, ser minusvalorada por no ser altamente original. Debe tenerse en cuenta —y ya lo hemos señalado más arriba (*supra*, 2.1)— que la falta de decisiones legislativas expresas ha venido suscitando un buen número de conflictos interpretativos, a pesar de la claridad de los criterios generales que resultan actualmente de aplicación. En este contexto, creo que la fijación legal de los

criterios de determinación de las condiciones de trabajo, aunque pueda no ser muy novedosa, aparece como extraordinariamente útil.

En cuanto a los principales componentes de esta clarificación son muy variados. Conviene reseñar, ante todo, que prevalece el carácter público de la relación estatutaria. El modelo de selección, la idea de que los servicios se presentan en virtud de nombramiento, la regulación que se hace de las situaciones del personal son algunos ejemplos claros de ello. No puede ser interpretado, en términos de fuentes de determinación de condiciones de trabajo, más que de un modo: la total y absoluta exclusión de las técnicas de ordenación típicas del ámbito privado. En este terreno, la opción legislativa ratifica tendencias jurisprudenciales preexistentes y consolidadas que excluyen los principios ordenadores típicos del Ordenamiento laboral (criterio de favorabilidad, relevancia de la autonomía individual...). Las fuentes reguladoras serán, pues, las que se derivan del propio Estatuto: fundamentalmente, la acción legislativa y/o reglamentaria y la de la negociación colectiva. Y, lógicamente, de forma supletoria, se aplicará la legislación funcionarial general (cfr. art. 37.2).

El Borrador no se limita a ubicar las condiciones de trabajo en el plano del Derecho de la función pública. Procede, además, a clarificar, en concreto, determinadas consecuencias derivadas de esta ubicación sistemática. Y ello, desde dos puntos de vista diferentes: de un lado, el de la delimitación de las competencias estatales y autonómicas y, de otro, el de las relaciones entre la Ley y la negociación colectiva.

En el primer terreno, como no podía ser de otra manera, se clarifica la relación entre las competencias del Estado —legislación básica— y las de las CCAA —legislación de desarrollo—. Y se hace no sólo en el terreno de las declaraciones generales (art. 2, art. 38, disposición final 1ª), sino también clarificando en muchas ocasiones las posibilidades que corresponden a las CCAA en cada una de las materias reguladas. (v.gr. art. 45, 46, 56, 58, 73, 78, etc.). Igualmente, se clarifica el marco normativo aplicable a la negociación colectiva. De un lado, y esto es novedoso, se explicitan los criterios para la participación de las organizaciones sindicales en la elaboración de las normas legales y las reglamentarias aplicables en cada Comunidad Autónoma (cfr. art. 38, seguido por múltiples referencias en preceptos concretos). De otro, y esto no lo es, se clarifica que la negociación colectiva se ha de desarrollar en el marco de la LORAP (art. 94).

b) Poco hay que añadir al respecto pues, insisto, los criterios generales son sobradamente conocidos en este momento¹⁴ y no se separan, como he dicho, de los que resultan de lo previsto en el Borrador. No obstante, creo que éste no ha reparado en que el proceso de “administrativización” que nos ocupa puede presentar algunas debilidades, en atención a las peculiaridades del personal estatutario. Se encuentran, según creo, en el modelo de negociación colectiva proyectado. En efecto, al ratificarse en la opción por el paradigma funcionarial, parece claro que los problemas actualmente existentes pueden seguir apareciendo y plantearse otros nuevos que, acaso, habrían de ser objeto de consideración.

En este sentido, no puede olvidarse que, dentro del personal estatutario, ha existido históricamente un notable recurso a la negociación colectiva de alcance informal, fuera de los márgenes expresamente previstos en la normativa funcionarial. Inicialmente, este fenómeno podía tener su explicación en la propia inexistencia de un marco para la negociación de funcionarios. Se recurría a la negociación informal y, con posterioridad, los resultados eran incorporados a normas estatales específicas. Sin embargo, incluso después de la aprobación de la LORAP, continúa recurriéndose a ella. Y, lógicamente, los acuerdos alcanzados fuera de este marco resultan aplicables, si bien no quedan exentos de problemas de interpretación.

Seguramente, la razón de esta pervivencia de la negociación informal se relaciona con la escasa adecuación entre el marco fijado para la negociación colectiva funcionarial por la LORAP y el tipo de personal al que se pretende aplicar. Así lo ha indicado la doctrina que se ha ocupado de estos temas¹⁵. La negociación trazada en este instrumento normativo es claramente centralizada en un doble sentido: en cuanto a su estructura –puesto que previene la existencia de una única mesa de sanidad (art. 31.1 LORAP)– y en cuanto a los interlocutores –puesto que se basa en la selección de los mismos en aplicación de los criterios formales de la representatividad (art. 31.2 LORAP)–. Ni una cosa ni otra se acomodan, probablemente, a las relaciones de personal dentro del sistema sanitario. Estas se caracterizan, de un lado, por una clara dispersión de los intereses y de su representación (distin-

ción entre los distintos de personal estatutario, existencia de representación de intereses corporativos); y, en este contexto, la utilización de instrumentos de negociación informal que no existen en el Derecho de funcionarios –pero sí en el ordenamiento laboral– aparece como poco evitable. De otro lado, si el modelo avanza hacia una descentralización en la gestión, el paradigma funcionarial resulta poco adecuado, por su centralización. En este contexto, el silencio del Borrador respecto a la posible existencia de un marco más articulado para la negociación colectiva resulta, cuando menos, sorprendente.

Por ello, creo que se deberían retomar las iniciativas del Borrador del 1998, que establecía un sistema de negociación más articulado y que, si bien se alejaba del modelo teórico establecido para las Administraciones Públicas, resultaba más funcional a la realidad del sector¹⁶. Sus previsiones incluían, en este sentido, la posibilidad de que las mesas sectoriales delegaran la concreción de determinados a mesas de ámbito geográfico, funcional u organizativo menor (art. 56.2). Es cierto que alguna cosa se vislumbra en el nuevo Borrador: en concreto, la “programación funcional” de cada centro sanitario (art. 21.2.j] con sus repercusiones posteriores en concretas materias, señaladamente el tiempo de trabajo. Sin embargo, no deja de sorprender que no sea materia negociable –a lo que aspiran claramente las reglas previstas en la propuesta sindical (cfr. art. 41)–. Parece claro que se terminará convirtiéndose en ella a través de los mecanismos generales de participación derivados de la LORAP (cfr. art. 9). Estos pueden, por lo demás, dar pie a un sistema descentralizado de negociación de condiciones más amplio, tanto como lo son las competencias de los órganos de participación. Pero no puede olvidarse que los acuerdos alcanzados en este terreno carecerán de un marco jurídico adecuado en el que ubicarse.

En otro orden de cosas, y para acabar este punto, hay que referirse a la “administración” de las condiciones de trabajo previstas en la negociación colectiva. En este terreno, la aproximación al paradigma funcionarial implica la privación de instrumentos de gestión de los conflictos colectivos que tradicionalmente han existido para el personal estatutario. En efecto, la eventual desaparición de la competencia de los tribunales laborales –a la que luego me referiré (*infra*, 6.b)]– supone la exclusión del recurso a los procedimientos de conflictos colectivos que los mismos habían permitido para el personal estatu-

¹⁴ Resulta sumamente ilustrativa, en este sentido, la lectura de DESDENTADO BONETE, A. y DESDENTADO DAROCA, E., “El sistema normativo”, *cit.*, pp. 13 ss.

¹⁵ LÓPEZ GANDÍA, J., “El personal estatutario y las fuentes de regulación de sus condiciones de trabajo”, *AL* 1990-II, pp. 276 ss. o JIMENEZ ROMANO, R., “El personal del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Sanidad e Higiene Pública*, 1993, 5, p. 592.

¹⁶ Para una valoración positiva de tales previsiones, DEL REY y GALA, “Régimen estatutario” *cit.*, p. 592.

tario. Es verdad que, desde el punto de vista teórico, esta admisión no dejaba de ser una anomalía y en cuanto tal había sido objetada¹⁷. Sin embargo, la reconducción pura y dura de los conflictos con el personal estatutario a las normas de la LORAP puede suponer una importante anomalía de orden práctico puesto que las mismas son muy pobres y carentes de viabilidad real por falta de desarrollo reglamentario. Creo, por tanto, que habría que estudiar la posible regulación específica de esta temática para el personal estatutario –o, si se prefiere, proceder de una vez al desarrollo del art. 38 LORAP, para todo el sector público–. No es de extrañar, en este sentido, que la propuesta sindical preste a la materia una atención explícita más detallada que la existente en el Borrador (art. 67).

5.2. Tiempo de trabajo y retribución

El análisis, en segundo lugar, de las condiciones de trabajo en concreto ha de partir de los elementos básicos de la relación: tiempo de trabajo y retribución. En ambos se detectan importantes novedades, aunque de sentido contrario: en cuanto al primero, porque frente a una situación anterior de anomia se desarrolla una importante labor de regulación y clarificación (a); respecto a la segunda, porque se produce una clara rectificación de la tendencia anterior y se reduce extraordinariamente el contenido de las normas aplicables (b).

a) En relación con el tiempo de trabajo, se han planteado numerosos problemas que no pueden ser objeto ahora de atención¹⁸. Basta ahora señalar que los mismos se han relacionado con tres fenómenos que se han sucedido en el tiempo. El primero ha sido la falta prácticamente absoluta de regulación –que incluso ha permitido llevar la cuestión ante el propio Tribunal Constitucional (SSTC 170/1998, 33/1991)–. Después, cuando la tarea reguladora ha ido siendo asumiendo, fundamentalmente a través de experiencias de carácter negocial o seminegocial, se ha detectado la inexistencia de criterios seguros de articulación entre las normas que se ocupaban del tema en los distintos ámbitos. En fin, el problema del tiempo de trabajo del personal estatutario se ha agudizado reciente-

mente al percibirse que la normativa vigente no se ajustaba a las exigencias de la Directiva comunitaria 993/104/CE (cfr. STS 4 de octubre 2001, Ar. 1420/2002).

Pues bien, el extenso Capítulo III del título II sale al paso de todos estos problemas regulando todos los aspectos del tiempo de trabajo. Como hemos visto, ello se hace, además, con alcance general: no sólo porque los indicados preceptos, son aplicables para todo el personal del sistema nacional de salud, incluyendo el que no es estatutario; sino también, y sobre todo, porque se fundamenta la regulación, según parece, en un título competencial específico (cfr. disp. Final 1ª.1), lo que supone la exclusión de competencias autonómicas de desarrollo incluso para el personal estatutario.

No puedo, ahora, por supuesto, detenerme en el análisis total del sistema. Solamente parece importante señalar que la regulación proyectada afecta estrictamente al tiempo de trabajo y no a sus aspectos retributivos (cfr. art. 21.1). Tiene una explicación: estos últimos no pueden ser fijados por el Estado, sin desconocer competencias autonómicas o de la negociación colectiva. Pero también abre un riesgo: la posible continuidad de los problemas actualmente existentes que no se relacionan tanto con los aspectos del tiempo cuanto con los de su retribución y en la existencia de distintos sistemas retributivos en función de las especialidades temporales de la prestación. No debe olvidarse, en este sentido, que los extensos conflictos de serie que se plantean respecto al tiempo de trabajo –y que se traducen en un importantísimo número de pronunciamientos unificadores reiterativos e innecesarios– no miran tanto a la consecución de determinados objetivos de reducción del tiempo de trabajo –o de modificación de los sistemas de distribución de jornada establecidos– cuanto a la de la equiparación de la retribución del propio tiempo de trabajo a la percibida por quienes tienen condiciones temporales diferentes en mayor medida¹⁹. Obviamente, el hecho de que la regulación de los primeros se clarifique no es, en modo alguno, una garantía de que se solucionen los problemas derivados de los segundos...

b) En cuanto a las retribuciones, el modelo del Borrador se separa netamente del actualmente vigente. El resultado de la aprobación del RD 3/1987 y de su posterior aplicación jurisprudencial habría sido, como es sabido, una elaborada centralización del modelo retributivo.

¹⁷ De “cuestionable”, la ha calificado Aurelio DESDENTADO (“El fuero jurisdiccional para la revisión de los actos de aplicación del Estatuto del Personal Médico”, en Manual jurídico cit., p. 1205). Por el contrario, se admite como razonable en ROMERO DE BUSTILLO, S., “Personal estatutario de la Seguridad Social. Aspectos del proceso de conflicto colectivo” en Personal estatutario de la Seguridad Social cit., p. 268.

¹⁸ Un análisis detallado en RABANAL CARVAJO, P., “Tiempo de trabajo del personal estatutario de la Seguridad Social”, en Personal estatutario cit., pp. 169 ss.

¹⁹ Para un análisis en esta clave de la litigiosidad, véase, en general, GOERLICH, “El personal estatutario” cit., pp. 330 ss. y, más recientemente y en específica referencia a las cuestiones del tiempo de trabajo, GOERLICH, “El personal estatutario”, en prensa, cit.

En efecto, si bien literalmente, la indicada normativa estatal se aplicaba sólo al personal del INSALUD, lo cierto es que los Tribunales habían procedido a entender que debía ser aplicada en todo el sistema nacional de salud. Y, por otro lado, habían realizado una lectura del carácter básico correspondiente a esta normativa relativamente restrictivo: las competencias autonómicas quedaban limitadas a la ejecución de la legislación estatal – fijando los puestos y la calificación retributiva que les correspondía– y a la determinación de las cuantías. El borrador altera radicalmente esta tendencia, al pasar a un sistema en el que se comprime la regulación estatal y se incrementan las autonómicas.

En efecto, se mantienen unas retribuciones básicas, iguales para todos los servicios de Salud. Resultan ser, sin embargo, extraordinariamente limitadas: incluyen sólo el sueldo, la antigüedad y las pagas extraordinarias (art.72). El resto de las retribuciones, llamadas complementarias y divididas en fijas y variables, apenas son esbozadas en el Borrador (art. 73). Se fijan sólo los grandes criterios a los que pueden atender, remitiendo a la normativa autonómica su delimitación. Es probable, en todo caso, que la novedad sea más aparente que real – pues determinadas técnicas interpretativas usadas por los Tribunales permitían escapar de la rigidez del modelo tal y como ellos mismos lo habían configurado²⁰–. En todo caso, no se puede dejar de notar que las normas proyectadas establecen un amplio margen para configurar las retribuciones en función de las necesidades reales de los centros sanitarios, las exigencias de su planificación y, también, por qué no, de las expectativas de progresión de los profesionales que en ellos prestan sus servicios. Sobre esto, volveremos de inmediato.

Antes, sin embargo, conviene hacer referencia a la regla específica que regula las retribuciones del personal temporal, cuya legitimidad es más que discutible. La normativa proyectada prevé distintas cosas al respecto. Se parte de la extensión del régimen jurídico previsto para el fijo pero sólo “en cuanto sea adecuado a la naturaleza de su condición” (art. 44.5). Y, después, se establecen específicas determinaciones: en concreto, el art. 74 excluye que el personal temporal tenga derecho a la antigüedad. La solución puede recrear los problemas de incertidumbre actualmente existentes respecto a los derechos del personal estatutario temporal. Pero, sobre todo, hace aparecer dudas sobre la aplicación del principio de

igualdad de trato establecido legalmente respecto del trabajo temporal. Ciertamente, el principio se encuentra consagrado en una norma de carácter laboral –cfr. art. 15.6 ET– cuya aplicación directa de personal estatutario, es, cuando menos, dudosa; pero no es menos cierto que su inclusión en el ET a la altura de 2001 se encuentra motivada en la aprobación de la Directiva de protección del trabajo temporal. Y, como ya hemos visto, la citada directiva no establece salvedades en cuanto a su aplicación en razón de la naturaleza del vínculo.

5.3. Las facetas dinámicas de la relación estatutaria

Un elemento esencial de cualquier reforma normativa del personal estatutario tiene que hacer las cuentas con determinadas particularidades del mismo que no siempre se encuentran presentes en el modelo funcional –y sí, por el contrario, en los paradigmas del derecho privado–. Las consideraciones de eficiencia tienen, en este sentido, un papel esencial en la configuración del sistema sanitario público por razones de diverso tipo (necesidad de reducir los costes del sistema, carácter competitivo de la prestación, carácter elevadamente tecnificado de los servicios). Desde este punto de vista, cuestiones que pueden tener una importancia secundaria en otros ámbitos, son particularmente importantes en el sistema de salud pública. Me refiero, claro está, a las políticas de gestión de recursos humanos, entendiendo por tales tanto las facultades que permitan a las entidades o instituciones sanitarias organizar sus efectivos con arreglo a criterios de racionalidad (a) como las relacionadas con la promoción profesional del personal estatutario en línea con su implicación en la consecución de los objetivos de calidad de aquellas (b).

El Borrador se ocupa de estos temas, si bien no tengo claro que las soluciones que se establecen sean las más adecuadas. La *vis atractiva* del paradigma funcional se detecta en la regulación proyectada. Y, si bien es cierto que se ha señalado por doctrina autorizada que ello no es si mismo malo desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos –quizá al contrario, aporta un mayor margen de posibilidades de actuación, al menos en ciertos ámbitos²¹–, creo que la atención a las especificidades de las prestaciones sanitarias debería conducir a prestar atención detallada a todos estos problemas. A mi

²⁰ Véase GOERLICH, “El personal estatutario” cit., pp. 352 y 353.

²¹ DEL REY y GALA, “Régimen estatutario” cit., pp. 598 ss.

juicio, pues, se trata de uno de los puntos en los que se debería hacer un esfuerzo mayor.

a) En relación con las facultades organizativas, el borrador distingue dos planos diferentes: el macroscópico y el microscópico. En el primer terreno, las normas proyectadas confían en un instrumento conocido. Configuran en este sentido los En efecto, las decisiones que desbordan las anteriores deben adoptarse dentro de los llamados Planes de Ordenación de Recursos Humanos (cfr. art. 65.4), que son un trasunto de los Planes de Empleo establecidos en la legislación administrativa general (art. 18 Ley 30/1994, redactado conforme a la Ley 22/1993). La regulación de aquellos, contenida en el art. 5 del Borrador, aunque no es exactamente igual, los recuerda de inmediato.

En mi opinión, la regulación que se establece de los mismos resulta, sin embargo, poco adecuada. De entrada, desde el punto de vista técnico, aunque es verdad que el aparato institucional que se establece puede facilitar el funcionamiento de este tipo de políticas integradas de recursos humanos, la regulación que se prevé no agota los temas que suscitan este tipo de planes. Por ejemplo, cuestiones que contempla la legislación funcionarial general no aparecen expresamente reguladas; cabría pensar además en enriquecer los temas que se relacionan con ellos –acaso en materia de política de jubilación–. En cualquier caso, este primer problema me importa poco: la aplicación supletoria de la legislación funcionarial permite la extensión de las reglas establecidas en ella al personal estatutario y, en otro orden de consideraciones, es claro que la legislación autonómica de desarrollo podrá entrar en este tema.

El problema principal viene dado porque, a mi juicio, no existen razones para entender que la experiencia de estos planes vaya a ser, en el ámbito de los servicios de salud, mejor de la que se ha producido en el resto de la Administración –donde no sólo no se han puesto en práctica, sino que su propia inexistencia ha imposibilitado el recurso a otras técnicas respecto, por ejemplo, del personal laboral²²–. Se han importado los existentes en el paradigma funcionarial, sin tomar en consideración que su funcionamiento ha sido escaso –si es que se ha producido alguno–. Es probable, además, que exista una diferencia entre las Administraciones y los servicios sanitarios. En estos, la cuestión de la eficiencia no es sólo ma-

croscópica sino que es, fundamentalmente de índole microscópica: un instrumento tan centralizado puede no ser, por tanto, adecuado.

En atención a estas últimas consideraciones, creo que cabe concluir que los verdaderos problemas de gestión no se encuentran tanto a nivel “macro” como en el “micro”: en buena medida, la eficacia de la gestión se relacionará con la capacidad no sólo de diseñar óptimas políticas de recursos humanos a nivel centralizado sino, sobre todo, con la realmente existente para llevarlas a cabo en las unidades más pequeñas. Y, si se me apura, más con la posibilidad de adoptar en estos niveles las decisiones más adecuadas a la realidad organizativa y funcional de cada unidad que con la formulación de criterios abstractos y generales para todas las que integren un servicio de salud. Pues bien, llevando la reflexión a este terreno, cabe concluir que las normas proyectadas adolecen de cierta pobreza.

Es verdad que existen algunas reglas que posibilitan la adopción de las necesidades organizativas más sencillas e, incluso, que las mismas se adoptan en función de criterios mucho menos exigentes que los establecidos por las normas laborales²³. En este terreno, cabría citar, de un lado, la admisibilidad de la movilidad funcional/geográfica dentro del ámbito del nombramiento, con la sola exigencia de que la resolución sea motivada (cfr. art. 65.1); y de otro, el importante papel que, en punto a disponibilidad de recursos temporales, juega la “programación funcional del Centro” de acuerdo con las normas generales del Capítulo III, Título II. Esto último parece implicar, en la misma línea indicada, que, a condición de que la planificación sirva como motivación, es posible adoptar las decisiones necesarias en este terreno. Sin embargo, fuera de estos supuestos, no existen sistemas eficientes de gestión de personal, puesto que las decisiones han de ser adoptadas dentro de un Plan de Ordenación de Recursos Humanos (art. 65). Medidas transitorias en punto a movilidad funcional o geográfica que habían sido objeto de consideración en borradores anterior (arts. 10 y 11 del de 1998) no se contemplan en la propuesta actual.

Por otro lado, no se presta atención a otra faceta de la cuestión que nos ocupa. Los problemas de gestión a nivel “micro” no sólo existen desde la perspectiva de las herramientas a disposición de los gestores de servicios y

²² GOERLICH, J.M. y NORES, L.E., “Reestructuración de plantillas en los entes locales: un nuevo supuesto de dudosa aplicación del Derecho del Trabajo en la Administración Pública”, *Justicia Laboral* 4(2000), pp. 5 ss.

²³ Ello explica que la propuesta sindical sea, en este punto, mucho más detallada (cfr. art. 32), casi una “contraofensiva” frente al borrador (aunque algunos de los criterios que se utilizan deberían, a mi juicio, ser analizados).

unidades sino también desde otra diferente: la de la idoneidad de estos últimos. La selección de los responsables intermedios, así como los requisitos de la actuación de estos últimos, es un tema en el que la solución del Borrador (art. 63) parece escasa por continuista con el modelo anterior cuyo funcionamiento ha sido muy desigual. Las CCAA, a las que corresponde desarrollar las prescripciones del precepto, tienen en este sentido un cierto reto ante sí.

b) En otro orden de consideraciones, cualquier política de recursos humanos que se precie debe contar con las expectativas de progresión del personal. Hasta ahora, el modelo de promoción profesional del personal estatutario, muy relacionado con el paradigma funcionarial, no atendía suficientemente estas expectativas. Obsérvese, en este sentido, como las posibilidades de perfeccionamiento profesional –y del consiguiente incremento retributivo– se cifraban fundamentalmente en la mejora dentro del escalafón, accediendo desde puestos básicos a las distintas jefaturas existentes en los servicios y unidades.

El Borrador apuesta por un modelo diferente, en el que existe una carrera profesional, relacionada con la mejora de las propias condiciones profesionales, que se concreta en incentivos, incluso económicos (arts. 69 y 70). Se “individualiza” así la propia carrera, dotando de compensaciones al profesional que aspira a una mejora de su formación. Este tipo de “individualización” se encuentra también en otros puntos que merecería destacar. Es el caso del régimen de jornada especial contemplado en el art. 24.

Desde mi punto de vista, el modelo es satisfactorio; y es, desde luego, el único posible para conseguir el resultado que se persigue. Es obvio que resulta de todo punto necesario que los profesionales sanitarios incrementen permanente la propia formación dada la naturaleza de su prestación. Pero, a la vez, es claro que la indicada promoción no puede descansar en un modelo vinculado al escalafón puesto que, por hipótesis, los puestos de responsabilidad o de gestión han de ser necesariamente limitados. No obstante, creo que la regulación proyectada presenta alguna deficiencia. En efecto, confiar en el incentivo personalizado a efectos de incrementar los niveles de profesionalidad tiene en el sector público un inconveniente: pueden aparecer sujetos que carezcan de interés en entrar en estas dinámicas –el sistema universitario, en el que existen mecanismos similares, puede ser un ejemplo de ello–. Desde este punto de vista, yo no habría descuidado la posibilidad de que el incremento de

la propia profesionalidad fuera también objeto de específicos deberes para el personal estatutario: retomar algunas de las soluciones previstas en el anterior borrador no sería, desde este punto de vista, descabellado. Me refiero al art. 23, que preveía un específico sistema para asegurar el mantenimiento del nivel de competencia del personal estatutario: se regulaba el procedimiento para llevarlo a cabo –garantizando, claro está, el principio de contradicción–, la posibilidad de obligar al afectado a desarrollar un específico programa de formación –desde la situación de excedencia forzosa– y, en fin, la eventual revocación del nombramiento si el indicado programa no daba los resultados previstos.

6. Otras cuestiones; en especial, la tutela judicial

Cabría señalar otras muchas cuestiones que resultan novedosas. La modernización y clarificación institucional que se produce en el Borrador afecta a muchas materias que, en la actualidad, presentan aristas problemáticas por diferentes razones. Podría destacar en este terreno la regulación de la pérdida de la condición de personal estatutario (arts. 48 ss.), la de las situaciones de este personal (arts. 78 ss.) o la actualización del régimen disciplinario (arts. 86 ss.). Se hace un esfuerzo asimismo para regular el tránsito paulatino de la normativa actualmente vigente a la proyectada (cfr., sobre todo, disp. trans. 6^a, pero también el conjunto de las transitorias), sin perjuicio de que es muy probable que, como viene siendo habitual, el mismo ha de generar una importantísima litigiosidad²⁴.

En cualquier caso, mi última reflexión antes de pasar a conclusiones ha de hacer referencia sólo a las soluciones dadas a las cuestiones vinculadas a la tutela judicial de las expectativas del personal estatutario. Reflexión que he de hacer respecto a dos aspectos íntimamente vinculadas a ella y que han sido tradicionalmente problemáticos.

a) El primero de estos temas hace referencia a la cuestión de los términos dentro de los que deben ser planteadas las eventuales reclamaciones del personal estatutario. No he visto referencia a este problema en el borrador lo que habrá de implicar, conforme al criterio de la aplicación supletoria de la normativa administrativa general, la aplicación del plazo de prescripción de previsto en las normas de Derecho público.

²⁴ Al respecto, GOERLICH, “El personal estatutario” cit., pp. 346 y 347

En ello no hay novedad puesto que, sobre el particular, existe reiterada jurisprudencia. Sin embargo, creo que debería pensarse un poco más sobre este particular. Y ello, porque este criterio puede ser poco adecuado para el tipo de problemas procesales que plantea el personal estatutario. Dos ejemplos de ello pueden ser los siguientes. El primero se relaciona con las reclamaciones de cantidad. Si bien los Tribunales laborales han unificado doctrina respecto al criterio general de la aplicación de las normas jurídico-públicas, debe tenerse en cuenta que los mismos Tribunales se han agarrado a un clavo ardiendo para excluir su aplicación cuando han podido. Existen, en este sentido, sentencias que se acogen a lo prevenido en norma de rango dudosamente adecuado para aplicar el anual típico del Ordenamiento laboral. Seguramente, debajo de este *modus operandi* late la idea de que la prescripción administrativa es excesiva para el tipo de reclamaciones que se enjuician²⁵.

El segundo es mucho más evidente: se refiere a la absoluta y radical inidoneidad del indicado término respecto a las reclamaciones que impliquen la impugnación de decisiones organizativas. El Ordenamiento laboral enseña que este tipo de decisiones requieren un elevado nivel de seguridad jurídica por las repercusiones que su eventual revocación puede tener en el ámbito organizativo. Sujetarlas a un término de prescripción y, sobre todo, que el indicado término sea tan largo, resulta a todas luces inadecuado. De hecho, existen ya ejemplos de este tipo de problemas en los repertorios jurisprudenciales: aunque la doctrina unificada ya nos ha ilustrado respecto de la inaplicación de los procedimientos de despido o de modificaciones sustanciales al personal estatutario, la de suplicación, por razones de orden práctico que no se pueden desconocer, continúa aplicando las reglas específicas de tales procedimientos en punto a caducidad.

Ciertamente, este problema podría solucionarse si, en línea con lo que hemos de ver de inmediato, la competencia jurisdiccional pasa a los Tribunales contenciosos. Las normas generales del Derecho administrativo suministrarían, entonces, un término más breve y, por tanto, más razonable para impugnar este tipo de decisiones. Vendría dado, en efecto, por los plazos para recurrir en vía administrativa –si procede– y, en todo caso, para acudir a la formalización del recurso contencioso-administrativo. Debe, sin embargo, tenerse en cuenta que esta vía de solucionar la cuestión no está exenta de pro-

²⁵ Para un análisis en esta clave, TORTUERO PLAZA, J.L., “Personal estatutario de la Seguridad Social: la prescripción de acciones para la reclamación de derechos económicos” en Personal estatutario de la Seguridad Social *cit.*, pp. 383 a 385.

blemas, fundamentalmente cuando las decisiones organizativas se adopten por vía de hecho. Y que, si bien es verdad que todos ellos tienen ahora solución en la LJCA (cfr. arts. 25.2, 30 y 46), los operadores pueden no estar habituados a su manejo. En consecuencia, no estaría de más prestar una cierta atención a la cuestión, aunque sea sólo para remitirse a la legislación administrativa general. Con mayor razón, si la competencia –y ahora me referiré a este problema–, la cuestión habría de ser objeto de específica atención dadas las dificultades que pueden encontrarse entonces para reconstruir una interpretación similar a través de una compleja aplicación analógica.

b) Entrando ya en el tema del orden jurisdiccional competente para conocer las reclamaciones, el Borrador prevé la derogación del art. 45 LGSS-1974. Ello implica la desaparición de la histórica competencia de los Tribunales laborales y la lógica transferencia de las cuestiones litigiosas a los contenciosos –sin perjuicio de la eventual continuidad ante aquellos de las cuestiones planteadas antes de la entrada en vigor–. Se trata, desde luego, de una decisión novedosa y, en cuanto tal, debe valorarse si es adecuada o no. Me consta, en este sentido, que existen voces discrepantes: no deja de ser significativo que, en las contrapropuestas sindicales al Borrador, no se haga referencia a esta cuestión lo que implica, creo, el mantenimiento del *statu quo*.

Desde mi punto de vista, esta última solución no resulta en modo alguna adecuada. A estos efectos, creo que deben valorarse dos ideas diferentes. En primer lugar, en la situación actual no existe una contraposición entre la competencia social y la competencia contenciosa, de modo que aquel orden sea competente de forma universal. La situación es mucho más complicada toda vez que existen competencias compartidas –puesto que tradicionalmente los Tribunales laborales han declinado la propia competencia a favor de los contenciosos– y lo que es peor, sin que exista una clara delimitación de las respectivas esferas de atribuciones –el marco de las competencias del orden social es, desde este punto de vista, cambiante–²⁶. Desde esta perspectiva, la situación proyectada, en la que el orden contencioso asumiría todas las com-

²⁶ Un análisis detallado del reparto de competencias en DESDENTADO, “El fuero jurisdiccional” *cit.*, GOERLICH, “El personal estatutario” *cit.*, pp. 322 ss., IGLESIAS CABERO, M., “La competencia jurisdiccional en la relación de personal estatutario de la Seguridad Social”, en Personal estatutario de la Seguridad Social *cit.*, pp. 121 ss. o SEMPERE, A.V. y CAVAS, F., “El personal estatutario de las Instituciones Sanitarias. Doctrina de unificación respecto de la competencia jurisdiccional en pleitos de personal estatutario”, en Las relaciones laborales en la Administración Pública *cit.*, pp. 443 ss.

petencias, con independencia de las materias litigiosas, aparece mucho más clara que la actual.

En segundo lugar, el cambio no es tan drástico como, a primera vista, puede parecer. Ciertamente, debe reconocerse que la asignación competencial al orden social ha tenido un importante papel para el personal estatutario. La especialización de los órganos de este orden –con su mayor sensibilidad hacia las cuestiones de personal– y las facilidades de acceso al procedimiento que caracterizan al mismo –gratuidad, sumariedad frente a los costes temporales o económicos del contencioso clásico– explican esta idea. Sin embargo, las cosas han cambiado mucho y ya no es fácil establecer este tipo de comparaciones ha efectos de deducir la existencia de una ventaja comparativa para el personal en el recurso al proceso laboral.

Algunos factores que impiden admitir este tipo de simplificaciones son los siguientes. Ante todo, los Tribunales laborales se han integrado plenamente en el poder judicial. La existencia de especialización no aparece ya como un dato relevante. Antes al contrario, su eventual especialización en temas laborales no resulta en ningún caso una ventaja comparativa. En efecto, el hecho de que, con todos los matices que se quiera, se haya producido un claro proceso de “funcionarización” de los criterios interpretativos sitúa a los Juzgados y Tribunales laborales en un terreno que, en su práctica ordinaria, resulta poco o nada frecuentado²⁷. En este contexto, si existen órganos especializados, resultan ser los del contencioso. En otro orden de cosas, las ventajas del proceso laboral se han difuminado. El indicado fenómeno de “funcionarización” se ha extendido también a cuestiones de orden procesal. Desde este punto de vista, determinadas ventajas comparativas que tradicionalmente se han disfrutado han desaparecido. En este apartado, los fenómenos más aparentes se relacionan con la gratuidad de la justicia (pago de costas; exigencias de depósito) pero no son los únicos. Cabría incluir también la exclusión de determinadas modalidades procesales sumarias y/o preferentes que se han declarado inaplicables al personal estatutario (despido, modificaciones sustanciales). En fin, la jurisdicción contenciosa ya no es lo que era: su reforma orgánica y procedimental la sitúa, según creo, en un horizonte de tiempos y costes similar al que existe ante los Tribunales

laborales. En este contexto, no creo que pueda considerarse que la reforma proyectada resulte irrazonable²⁸.

7. A modo de conclusión

Si he de sacar algunas conclusiones del análisis que se ha desarrollado hasta ahora, creo que deberían ser tres. La primera es, desde luego, la necesidad de proceder, de una vez por todas, a clarificar la normativa aplicable al personal del sistema nacional de salud. La situación actual es, desde el punto de vista técnico-jurídico, insostenible por la incertidumbre de las soluciones y la conflictividad que la misma genera.

El Borrador que ha sido objeto de análisis realiza, en segundo lugar, una significativa aportación a la solución de los problemas. Mucho más articulado técnicamente que la normativa sedimentaria y confusa que vendría a sustituir, parece, en la mayor parte de los puntos examinados bastante adecuado para ellos. Ciertamente, aparte de la labor más técnica de corrección de que podría ser objeto en su ulterior tramitación, existen algunos puntos que deberían ser repensados. Las consideraciones que anteceden ponen de manifiesto los que, a mi juicio, son más importantes.

No obstante, y esta sería la tercera conclusión, creo que no debe ser repensado durante demasiado tiempo. Lo mejor puede ser, en ocasiones, enemigo de lo bueno. Y si respecto el texto elaborado hasta ahora reúne un cierto consenso, creo que debería iniciarse su tramitación de inmediato. Algo me indica, sin embargo, que existe un claro riesgo de demora que puede traducirse en la frustración definitiva –o, al menos, a largo plazo– del proyecto. La prioridad del Gobierno parece andar en este momento por otros derroteros. La reciente presentación del proyecto de ley de cohesión y calidad del sistema nacional de salud parece apuntar en este sentido puesto que algunas de las cuestiones contenidas en el Borrador se incorporan a aquél (arts. 31 ss.) y parecen así desgajarse del conjunto de la regulación del personal. El resto, la mayor parte de las cuestiones, habrán de esperar una mejor oportunidad. ¿Se hallará algún día?

²⁷ No es extraño, de hecho, que la continuidad de la competencia del orden social suscite críticas desde dentro de él. Véanse referencias en GOERLICH, “El personal estatutario” cit., pp. 321 y 322. Igualmente, DESDENTADO, “El fuero jurisdiccional” cit., pp. 1208 ss.

²⁸ De hecho, aparte de las referencias que se contienen en la nota anterior o las citadas en ellas, son cada día más frecuentes las llamadas de atención en favor de la recuperación de la coherencia en la asignación de la competencia jurisdiccional (cfr. DEL REY y GALA, “Régimen estatutario” cit., pp. 600 y 601, o MONTOYA MELGAR, A., “El personal estatutario de las Instituciones sanitarias de la Seguridad Social: evolución y nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud”, en Personal estatutario cit, pp. 116 ss.

La asistencia sanitaria en la Unión Europea y la libre circulación de los usuarios

Pablo José Ortiz de Elgea Goicoechea

Abogado y experto en Derecho sanitario

Sumario: 1. Evolución de la normativa comunitaria. 2. La Política sanitaria de la Unión Europea. 2.a) Introducción. 2.b) Comunicación de la Comisión de abril de 1998. 2.c) Comunicación de la Comisión de junio de 2000. 2.c)1. La estrategia de salud integrada. 2.c)2. El programa de acción comunitario. 2.d) Comunicación de la Comisión de diciembre de 2001. 2.d)1. La diversidad de los sistemas nacionales y la contribución de las políticas comunitarias. 2.d)2. Objetivos a largo plazo: Accesibilidad, calidad y sostenibilidad. 2.d)3. Conclusión. 2.e) Conclusiones del Consejo de julio de 2002. 2.f) El proyecto BIOMED. 3. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. 4. Conclusión: El futuro de la planificación sanitaria: ¿Conduciendo o siendo conducidos?.

1. EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA

Aunque resulta sobradamente conocido, para introducir el tema conviene recordar cómo el derecho a la protección de la salud se ha configurado como un derecho secundario de carácter social, derivado de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física. El contenido de este derecho a la protección de la salud tiene una doble vertiente: de una parte, abarca el ámbito de la denominada “salud pública”, contemplando todas las medidas que un estado debe desarrollar para preservar la salud de su ciudadanía; de otra, comprende las acciones a adoptar para garantizar la asistencia sanitaria que cada ciudadano pueda llegar a precisar. Dependerá del desarrollo de cada país la mayor o menor cobertura de ambas facetas, y serán los países social y económicamente más avanzados los que se doten de un sistema sanitario que permita garantizar a su población la efectividad del derecho a la protección de la salud. Así, en el artículo 43.1 de nuestra Constitución se recoge dicho derecho, el cual no llegó a desplegar toda su potencialidad hasta 1986, cuando la Ley General de Sanidad universaliza el derecho a la asistencia sanitaria y crea un sistema sanitario: el Sistema Nacional de Salud

Dejando al margen la dinámica de dicho desarrollo en nuestro ámbito interno así como la siempre problemá-

tica articulación de los niveles competenciales estatal y autonómico, vamos a enfocar la cuestión desde la perspectiva supranacional de la Unión Europea. Al respecto se tendrán en consideración exclusivamente las disposiciones comunitarias que constituyan un desarrollo directo del derecho a la protección de la salud, sin que por el contrario sean tenidas en cuenta aquella normativa reguladora de otros derechos sociales o económicos que afecte al ámbito de la salud de los ciudadanos, por muy intensa que sea dicha afección. Así, no se analizará cuestión alguna relacionada con la asistencia sanitaria como prestación del sistema de Seguridad Social, dado que, a pesar de la obvia relación existente y de la consideración de que la implementación de dicha prestación constituye un paso previo imprescindible para la creación de un sistema sanitario propiamente dicho, tal prestación opera en un ámbito distinto al que aquí se pretende acceder. Para ello se describe a continuación la normativa comunitaria existente en materia del derecho a la protección de la salud, cuya evolución al respecto ha sido la siguiente:

Por su parte, la asunción de competencias por las CCAA ha implicado una ulterior diversificación, relacionada con las opciones en materia de personal que las mismas, en ejercicio de su autonomía, han puesto en marcha. Existen modelos continuistas –en los que las CCAA actúan sobre el tipo de relación preexistente– y otros que no lo son –procesos de funcionarización o de

laboralización existentes—. Incluso en los primeros pueden existir modelos normativos diferentes en atención a las competencias autonómicas de desarrollo de unas bases que no han quedado plenamente explicitadas en la legislación estatal¹. El problema, por lo demás, puede agravarse a corto plazo puesto que, si, inicialmente, sólo algunas CCAA asumieron competencias en este terreno, en la actualidad el proceso de transferencia competencial se ha extendido a la práctica totalidad del territorio nacional.

- a) El Tratado de la Unión Europea de Maastricht de 1992 modificó el antiguo Tratado de la Comunidad Europea de 1957, introduciendo en la cuestión que nos ocupa las siguientes dos novedades: una, el añadido en el artículo 3 (en el que se relacionaban las características que ha de tener la acción de la Comunidad para alcanzar sus fines), de una nueva letra o), que hace referencia a “una contribución al logro de un alto nivel de protección de salud”²; y la otra, el nuevo artículo 129 que se incluye para dar contenido al citado objetivo, y en que se contempla la actuación comunitaria fundamentalmente en el ámbito de la salud pública³.

¹ Una rápida descripción de los diferentes modelos en GOERLICH PESET, J.M., “El personal estatutario al servicio de instituciones sanitarias”, en *Las relaciones laborales en las Administraciones Públicas cit.*, pp. 354 ss. Para más detalles, LANDA, La reforma de la sanidad pública cit., pp. 73 ss.

² Este precepto establecía:

“1. La Comunidad contribuirá a la consecución de un alto nivel de protección de la salud humana fomentando la cooperación entre los Estados miembros y, si fuese necesario, apoyando la acción de los mismos.

La acción de la Comunidad se encaminará a la prevención de las enfermedades, especialmente de las más graves y ampliamente difundidas, incluida la toxicomania, apoyando la investigación de su etiología y de su transmisión, así como la información y la educación sanitarias.

Las exigencias en materia de protección de la salud constituirán un componente de las demás políticas de la Comunidad.

2. Los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, coordinarán entre sí políticas y programas respectivos en los ámbitos a que se refiere el apartado 1. La Comisión, en estrecho contacto con los Estados miembros, podrá adoptar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación.

3. La Comunidad y los estados miembros favorecerán la cooperación con los terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia de salud pública.

4. Para contribuir a la consecución de los objetivos del presente artículo, el Consejo adoptará:

- Con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 189B y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, medidas de fomento, con exclusión de toda

- b) Dicho artículo 129 fue sustituido en el Tratado de Ámsterdam por el nuevo artículo 152³. Comparando ambos textos se comprueba un claro progreso en cuanto a las posibilidades de actuación comunitaria respecto a la salud pú-

armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros;

- *Por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión, recomendaciones”.*

³ Para comparar ambos preceptos, transcribimos el vigente artículo 152, que dispone:

“1. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y medidas de la Comunidad se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana.

La acción de la Comunidad que complementará las políticas nacionales, se encaminará a mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades humanas y evitar las fuentes de peligro para la salud humana. Dicha acción abarcará la lucha contra las enfermedades más graves y ampliamente difundidas, apoyando la investigación de su etiología, de su transmisión y de su prevención así como la información y la educación sanitarias.

La Comunidad complementará la acción de los Estados miembros dirigida a reducir los daños a la salud producidos por las drogas, lo que incluirá la información y la prevención.

2. La Comunidad fomentará la cooperación entre los Estados miembros en los ámbitos contemplados en el presente artículo y, en caso de ser necesario, prestará apoyo a su acción.

Los Estados miembros coordinarán entre sí, en colaboración con la Comisión, sus políticas y programas en los ámbitos a que se refiere el apartado 1. La Comisión, en estrecho contacto con los Estados miembros, podrá adoptar cualquier iniciativa útil para fomentar dicha coordinación.

3. La Comunidad y los Estados miembros favorecerán la cooperación con terceros países y las organizaciones internacionales competentes en materia de salud pública.

4. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, y previa consulta al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, contribuirá a la consecución de los objetivos del presente artículo adoptando:

- a) *Medidas que establezcan altos niveles de calidad y seguridad de órganos y sustancias de origen humano; sangre y derivados de la sangre; estas medidas no impedirán a los Estados miembros mantener o introducir medidas de protección más rigurosas;*
- b) *No obstante lo dispuesto en el artículo 43, medidas en los ámbitos veterinario y fitosanitario que tengan como objetivo directo la protección de la salud pública;*
- c) *Medidas de fomento destinadas a proteger y mejorar la salud humana, con exclusión de cualquier armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros.*

El Consejo, por mayoría cualificada y a propuesta de la Comisión, podrá también adoptar recomendaciones para los fines establecidos en el presente artículo.

5. La acción comunitaria en el ámbito de la salud pública respetará plenamente las responsabilidades de los Estados miembros para la organización y suministro de los servicios sanitarios y la asistencia médica. En particular, las medidas contempladas en la letra a) del apartado 4 no afectarán a las disposiciones nacionales en materia de donaciones o de uso médico de órganos y sangre”.

blica⁴. Los cambios introducidos tienen una enorme trascendencia porque abren la posibilidad de establecer normas comunitarias (y obligatorias por tanto para los Estados miembros) en unos ámbitos muy necesitados de ello, y también porque se traen ahora al campo de la salud pública europea asuntos que le son propios pero que hasta ahora se afrontaban desde prismas fundamentalmente comerciales o económicos.

La evolución de la citada normativa evidencia cómo la Unión Europea en su construcción sigue el camino que los países que la componen han recorrido previamente. De esta manera, se observan avances en relación con la faceta del derecho a la protección de la salud referida a la salud pública. Pero todavía no se perfila previsión alguna en lo referente al otro ámbito del derecho, el de la asistencia sanitaria, que únicamente se contempla en el ámbito del sistema de Seguridad Social en relación con la protección a la población trabajadora, recogiendo las obligaciones al respecto asumidas en el marco de la Organización Internacional del Trabajo.

Se comprende entonces que cuando los órganos comunitarios miran hacia el futuro de la Unión, introduzcan el derecho a la asistencia sanitaria en el texto que pretende reflejar lo que supondría el estatuto del ciudadano europeo. Se hace en términos de “mínimos” y supeditando su contenido efectivo a la regulación interna de cada país, algo razonable teniendo en cuenta que se trata de un primer paso. Así, el artículo 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, publicada en el Boletín Oficial de las Comunidades Europeas el 18 de diciembre de 2000, tiene el siguiente contenido:

“Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria conforme a las condiciones establecidas en las disposiciones nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”.

Las fuentes de este artículo se encuentran en el artículo 152 del Tratado de la Unión Europea mencionado anteriormente, y en el 11 de la Carta Social Europea⁵. Lo que

⁴ Un detallado estudio comparativo entre ambos artículos ha sido realizado por A. CALVETE OLIVA, “La Salud Pública en la Unión Europea según el Tratado de Amsterdam”, *Revista de Administración Sanitaria*, 2000, IV/14, p. 39.

⁵ La Carta Social Europea aprobada por el Consejo de Europa en Turín el 18 de octubre de 1961 y ratificada por España el 29 de abril de 1980 mediante Instrumento publicado en el n° 153 del B.O.E. el 26 de junio del mismo año establece en su artículo 11 lo siguiente: “Dere-

la nueva Carta de Derechos Fundamentales aporta es la expresión en una nueva forma a través de sus 50 artículos de derechos tales como el referido, elevándolo expresamente al status de derecho fundamental. Se trata de hacer visibles estos derechos para los ciudadanos, de recoger la doctrina jurisprudencial construida sobre los mismos y, como novedad, de incluir como fundamentales, junto a los derechos civiles y políticos, a los derechos económicos y sociales. Se pretende así que el ciudadano cuente con una mayor protección en esta materia. No se trata de aumentar el poder de Bruselas a costa de la soberanía de los Estados miembros, sino de crear una herramienta para controlar las actuaciones comunitarias y nacionales en esta materia.

La meritada Carta, contrariamente a las previsiones iniciales, no pudo ser incorporada en el Tratado de Niza del 2000⁶, debido fundamentalmente a la oposición del Reino Unido. A pesar de ello, dicho texto muestra la futura senda comunitaria que, antes o después, será recorrida en general y en relación con la materia que nos ocupa en particular (siempre que se considere irreversible el proceso de la construcción europea). Consecuentemente, no resulta sorprendente que el Anteproyecto de Tratado Constitucional⁷ recoja íntegramente el contenido de la referida Carta en su artículo 6.

Finalizado este recorrido normativo, corresponde a continuación analizar la labor desarrollada a partir de los cimientos jurídicos comentados por las instituciones comunitarias en el ámbito del derecho a la protección de la salud.

cho a la protección de la salud. Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las Partes Contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente; 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimar el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma; y 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras”.

⁶ El Tratado de Niza de 26 de febrero de 2001, por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, fue publicado en el B.O.E. n° 267, de 7 de noviembre de 2001, entró en vigor de forma general y para España el 1 de febrero de 2003, tal y como se contempla en el n° 24 del B.O.E. publicado el 28 de enero de 2003.

⁷ El Praesidium de la Convención Europea ha elaborado un anteproyecto de Tratado Constitucional que fue presentado por el Presidente a la Convención en la sesión plenaria del 28 de octubre de 2002.

2. LA POLÍTICA SANITARIA DE LA UNIÓN EUROPEA

2.a) INTRODUCCIÓN

Tal y como se ha expuesto, en 1993 la salud pública tuvo por primera vez una base legal comunitaria a través del artículo 129 del Tratado de Maastricht, ya comentado y en el que se establecía que las exigencias en materia de protección de la salud debían constituir un componente de las demás políticas de la Comunidad. Aunque no estaba prevista armonización alguna de las legislaciones nacionales al respecto, la Comisión puso en marcha ocho Programas de Salud Pública⁸, con el objeto de contar con un marco de acción que permitiera responder adecuadamente a las nuevas obligaciones derivadas de dicho artículo. Las citadas obligaciones hacían referencia a aspectos tales como la contribución “a la consecución de un alto nivel de protección de la salud”, “fomentar la cooperación entre los Estados miembros”, la “prevención de las enfermedades” y la adopción de “medidas de fomento”. Se completaba así el indicado marco de trabajo que permitiera en el futuro la implantación de una nueva estrategia sanitaria de la Comunidad Europea.

Pero si el artículo 129 del Tratado de la CE establecía que las exigencias en materia de protección de la salud debían constituir un componente de las demás políticas de la Comunidad, después de la entrada en vigor del Tratado de Amsterdam, el nuevo artículo 152 del Tratado CE hemos visto que confiere una mayor importancia al impacto de las políticas comunitarias sobre la salud y amplía el campo de influencia de la acción comunitaria, al tiempo que garantiza un nivel elevado de protección de la salud humana, tanto en la definición como en la aplicación de todas las políticas y acciones de la Comunidad.

A raíz de la entrada en vigor del citado Tratado de Amsterdam, el artículo 152 relativo a la Salud Pública afirma que, al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Comunidad, se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana. Además, los ámbitos de cooperación entre los Estados miembros se extienden a todas las “causas de peligro para la salud humana”.

⁸ Estos Programas presentados por la Comisión contemplaban actuaciones en los ámbitos siguientes: cáncer, SIDA, toxicomanía, promoción de la salud, vigilancia de la salud, enfermedades poco comunes, enfermedades relacionadas con la contaminación y hemoderivados.

2.b) COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE ABRIL DE 1998

El 15 de abril de 1998 la Comisión a través de una COMUNICACIÓN expuso sus conclusiones sobre el desarrollo de la “Política de Salud Pública en la Comunidad Europea”⁹, señalando al respecto que la política comunitaria en esta materia debía tener como objetivo el de estimular un amplio debate sobre la orientación que debe darse a la futura política de la Comunidad en materia de salud pública a fin de poder presentar propuestas concretas, una vez ratificado el Tratado de Ámsterdam. Para ello, propone iniciar un debate sobre las siguientes cuestiones: a) la necesidad de una revisión fundamental de la estrategia comunitaria en el ámbito de la salud pública; b) los problemas de salud actuales de la ciudadanía europea; c) presiones sobre los sistemas sanitarios derivadas del crecimiento de la demanda y su financiación; d) la salud pública y la ampliación de la Unión; e) aspectos positivos y mejorables del marco de acción compuesto por los 8 programas establecidos a partir de 1993; y f) repercusiones de acontecimientos tales como la crisis de las “vacas locas”. A fin de responder a estas cuestiones, la Comisión consideró en dicha Comunicación que la futura política comunitaria en materia de salud pública debía girar en torno a las tres líneas de acción siguientes: mejorar la información, reaccionar rápidamente y abordar los factores determinantes de la salud mediante medidas de promoción y prevención.

2.c) COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE JUNIO DE 2000

Posteriormente, en junio de 2000 la Comisión presentó una nueva COMUNICACIÓN sobre la “Estrategia Sanitaria”¹⁰ de la Comunidad Europea. El objetivo consiste en la creación de una estrategia de salud pública que refleje las nuevas responsabilidades de la Comunidad y permita a la misma desempeñar plenamente su papel contribuyendo a un elevado nivel de protección, al tiempo que completa las actividades de los Estados miembros

⁹ Se trata de la Comunicación de la Comisión COM (1998) 230 final, sin publicar en el Diario Oficial. El Consejo, en sus Conclusiones de 26 de noviembre de 1998 sobre el futuro marco de actuación de la Comunidad en materia de salud pública (Diario Oficial C 390, de 15 de diciembre de 1998), felicitó a la Comisión por su trabajo y precisó las orientaciones que la Comisión debería tener presentes en sus futuras actuaciones, profundizando en la línea marcada por ésta.

¹⁰ La Comunicación de la Comisión -COM (2000) 285 final- al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, de 16 de mayo de 2000, aún no ha sido publicada en el Diario Oficial.

y hace frente a los principales retos de salud pública¹¹. La nueva estrategia se debía centrar, resumidamente, en tres prioridades:

- Mejorar la información sobre la salud destinada a todos los niveles de la sociedad.
- Establecer un dispositivo de respuesta rápida a fin de responder a las grandes amenazas que se ciernen sobre la salud (téngase presente lo cercano que estaban los casos de las “vacas locas” y de las “dioxinas” en aquellas fechas).
- Abordar los factores determinantes de la salud, especialmente los factores nocivos relacionados con el modo de vida.

La estrategia cuyas prioridades acabamos de perfilar consta a su vez de dos elementos principales: a) La realización de una ESTRATEGIA DE SALUD INTEGRADA; y b) un marco de salud pública, que incluye un PROGRAMA DE ACCIÓN en el ámbito de la salud pública (2001-2006), así como la política y la legislación relativas a la salud pública. A continuación se analizan ambos elementos.

2.c)1. La realización de una **ESTRATEGIA DE SALUD INTEGRADA**: La previsión del Tratado en virtud de la cual debe garantizarse un elevado nivel de protección sanitaria al determinar y aplicar las políticas comunitarias hace que la protección de la salud abarque todos los ámbitos clave de la actividad comunitaria. Esta nueva estrategia conlleva medidas específicas para responder a la obligación de integrar la protección de la salud de manera horizontal, es decir, en todas las políticas comunitarias. Y es que la Comisión entiende que para garantizar la coherencia de la estrategia sanitaria general de la Comunidad, hay que garantizar un estrecho vínculo entre las acciones en el marco de la salud pública y las iniciativas relacionadas con la salud, que se tomen en otros ámbitos políticos como el mercado único, la protección de los consumidores, la protección social, el empleo y el medio ambiente, como exige el Tratado. Sin embargo, los vínculos no bastan por sí solos para garantizar esta coherencia total, por lo que conviene reforzarlos con nuevos mecanismos e instrumentos que garanticen la contribución de otras políticas comunitarias a la protección de la salud:

- A partir de 2001, las propuestas que afecten especialmente a la salud incluirán una declaración en la que se explicará cómo y por qué se tuvieron en cuenta las cuestiones sanitarias, así como las repercusiones previstas para la salud;
- Una tarea prioritaria del programa de salud pública consistirá en poner a punto criterios y métodos, a modo de directrices, para evaluar las políticas propuestas y su aplicación, con la posibilidad de hacer una evaluación de impacto en profundidad en algunas acciones o políticas;
- El programa de salud pública prevé la posibilidad de realizar acciones conjuntas en cooperación con otros programas y agencias comunitarios;
- En la Comisión se reforzarán los mecanismos que garantizan la coordinación de las actividades relativas a la salud.

La nueva estrategia, con sus elementos diferentes, significativos y ambiciosos, representa un compromiso fundamental y demuestra la importancia que la Comisión concede a la salud pública en las políticas comunitarias.

2.c)2. EL PROGRAMA DE ACCIÓN COMUNITARIO¹². En el ámbito de la salud pública, este Programa es el elemento clave en la realización de la estrategia. En este sentido la Comisión propuso el 16 de mayo de 2000 un nuevo programa de acción para el período 2001-2006, el cual, a diferencia del anterior, será global y sustituirá a los 8 programas que se venían aplicando hasta entonces en el ámbito de la salud.

Este programa pretende contribuir a la consecución de un nivel elevado de protección de la salud a través de medidas dirigidas a la mejora de la salud pública y la prevención de enfermedades y dolencias humanas, constituyendo una parte esencial de la estrategia de la Comunidad Europea en materia de salud. Dicho programa persigue los siguientes objetivos y acciones generales:

- Mejorar la información y los conocimientos a fin de fomentar la salud pública y los sistemas de salud, para lo que propone las siguientes acciones: creación de un sistema global de recopilación, análisis y evaluación de la información

¹¹ Siendo conocida la tradicional reticencia británica a las cuestiones comunitarias, resulta interesante la valoración positiva que esta estrategia les merece a E. MOSSIALOS y a M. MCKEE en la editorial “una nueva estrategia sanitaria Europea”, *British Medical Journal*, Volume 321, 1 de julio de 2000, pág. 6.

¹² Con fecha 16 de mayo de 2000 el Parlamento europeo y el Consejo aprobaron una propuesta de decisión por la que se adopta un programa de acción comunitario en el ámbito de la salud pública (COM 2000, 285 final – Diario Oficial C 337E de 28 de noviembre de 2000).

y de los conocimientos con el fin de informar, aconsejar y difundir la información a todos los niveles de la sociedad, el gran público, las autoridades y los profesionales de la salud.

- Aumentar la capacidad de reaccionar rápida y coordinadamente ante las amenazas para la salud de carácter transfronterizo, tales como las que representan el VIH, la encefalopatía espongiiforme humana y las afecciones relacionadas con la contaminación. Para ello propone las siguientes acciones: desarrollo, refuerzo y apoyo de la capacidad, explotación e interconexión de los mecanismos de vigilancia, alerta precoz y reacción rápida.
- Abordar los factores determinantes de la salud, para lo que propone las siguientes acciones: grandes acciones de promoción de la salud acompañadas de medidas y de instrumentos específicos de reducción y eliminación de riesgos. Las prioridades principales son: reducir el número elevado de muertes prematuras y afecciones provocadas por grandes enfermedades como el cáncer y hacer que disminuyan las enfermedades mentales. En consecuencia, se hará hincapié en los factores clave relacionados con el modo de vida, la situación socioeconómica y el medio ambiente, tales como el consumo de tabaco, el alcohol, la toxicomanía, la nutrición y el estrés.

Además de las medidas ya citadas, la aplicación del programa propuesto comprende la elaboración de un programa de trabajo anual compuesto de objetivos y acciones precisos y el establecimiento de indicadores de salud. El programa también permite acciones conjuntas con otros programas y acciones comunitarias.

Teniendo en cuenta el principio de subsidiariedad y las restricciones de la Comunidad en materia de salud, la cooperación activa y el compromiso total del conjunto de los Estados miembros serán indispensables para el buen funcionamiento del programa y la consecución de los objetivos. En la propuesta comunitaria se prevé una dotación financiera de 300 millones de euros para el período de 2001 a 2006, así como la existencia de un comité que asista a la Comisión en la aplicación del programa. Asimismo, se contempla la apertura del programa a la participación de los países del Espacio Económico Europeo, de los países asociados de Europa central y oriental y de Chipre, en las condiciones establecidas en los acuerdos

correspondientes, y a Malta y a Turquía mediante créditos adicionales. También se promueve la cooperación con terceros países y las organizaciones competentes en el ámbito de la salud pública, tales como la Organización Mundial de la Salud.

Se prevé someter el programa a una doble evaluación; una basada en los indicadores y resultados contenidos en los programas de trabajo anuales y otra, realizada por expertos externos e independientes, intermedia, en el tercer y último año del programa, así como una vez finalizado, haciéndose públicos los resultados de las evaluaciones. También está previsto que la Comisión presente un informe intermedio, en el tercer año del programa, y un informe final al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones.

Dicho programa ha sido finalmente puesto en práctica por la Decisión nº 1786/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002¹³. En la misma se dispone su aplicación durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2003 y el 31 de diciembre de 2008.

2.d) COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN DE DICIEMBRE DE 2001

La Unión Europea, a la hora de definir una estrategia concertada para modernizar la protección social¹⁴, considera necesario que todos los ciudadanos puedan beneficiarse de los regímenes de atención sanitaria, y que estos se extiendan a todos aquellos que necesiten tratamientos, cuidados y rehabilitación. La contribución de los sistemas sanitarios europeos al respecto ha sido enorme, como se desprende del hecho de que la salud de la población comunitaria sea mejor que nunca. Sin embargo, cada vez hay más presión sobre los sistemas de salud, tendencia que no hará sino acrecentarse en la medida en que siga aumentando la proporción de personas mayores en Europa. Los constantes avances en el campo de la medicina traerán grandes ventajas, pero empujarán los costes al alza. Por ello la Comisión concluye que deben contemplarse actuaciones para:

- Contribuir a la mejora de la eficiencia y la eficacia de los sistemas sanitarios para que puedan cumplir sus objetivos con los recursos disponi-

¹³ Esta Decisión, relativa a la adopción de un programa de acción comunitaria en el ámbito de la salud pública, se publicó el 9 de octubre de 2002 en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L/271.

¹⁴ Comunicación de la Comisión COM (99) 347 final.

bles; para ello, deberá contarse con la evidencia de que los avances y la tecnología se utilizan con la mayor eficacia posible, además de reforzar la cooperación entre Estados miembros en materia de evaluación de políticas y técnicas.

- Garantizar el acceso generalizado a servicios sanitarios de buena calidad y reducir las desigualdades en este ámbito.
- Reforzar los servicios de atención a las personas mayores dependientes.
- Centrarse en la prevención de las enfermedades y la protección de la salud como mejor forma de abordar los problemas sanitarios, reducir costes y promover una vida sana.

De esta forma, la Comisión de las Comunidades Europeas, en su Comunicación de 5 de diciembre de 2001 relativa a “El futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera”¹⁵, expone que los europeos consideran que la existencia de una protección de calidad contra los riesgos de enfermedad y de dependencia es un logro fundamental que ha de protegerse y adaptarse a los retos de nuestro tiempo, en particular del envejecimiento demográfico. Por ello, el Consejo Europeo de Lisboa, en marzo de 2000, recordó que es preciso reformar los regímenes de protección social, a fin de que sigan prestando servicios sanitarios de calidad.

En dicha Comunicación, entre otras, se analizan las siguientes cuestiones:

2.d)1. La diversidad de los sistemas nacionales y la contribución de las políticas comunitarias:

1. La diversidad de los sistemas nacionales

La diversidad de los modos de financiación y de organización es una característica fundamental de Europa; constituye, pues, el marco de las reformas destinadas a adaptarse al envejecimiento y a los demás factores de evolución de los gastos de asistencia sanitaria y de los cuidados destinados a las personas mayores¹⁶.

¹⁵ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones presentada en Bruselas el 5 de diciembre de 2001, COM (2001) 723 final.

¹⁶ D.B. EVANS y otros, en “Eficiencia compartida de los sistemas de salud nacionales”, *British Medical Journal* Volume 323, 11 de agosto de 2001, pág. 307, describen el método utilizado por la Organización mundial de la Salud para determinar las puntuaciones comparativas globales de los resultados de los diferentes sistemas nacionales de salud. Aunque la calidad de los datos varía entre los países y persiste la

Sin embargo, se observa que, en todos los países, la financiación pública tiene una importancia decisiva en los gastos sanitarios: en el país en el que es menor (Grecia), representa, pese a todo, aproximadamente un 56 % de dichos gastos, y casi el 84% en el Reino Unido. Esta diversidad tiene dos caras:

- Algunos sistemas –principalmente los que están organizados en servicio sanitario nacional- se financian mediante recursos procedentes de los *impuestos*, en ocasiones íntegramente (Dinamarca, España, Holanda, Irlanda, Portugal, Reino Unido y Suecia). En otros, los recursos provienen de las *cotizaciones sociales*, si bien se observa una tendencia a reducir el porcentaje de éstas últimas y a incrementar el de los ingresos fiscales (por ejemplo, en Francia y en Alemania).
- El otro elemento de diversidad, independiente del anterior, es la repartición entre *financiación pública y privada*, es decir, la parte de los gastos sanitarios totales que corren a cargo de las familias y, en su caso, están cubiertos por seguros complementarios facultativos. Estos gastos representan entre una quinta y una cuarta parte del gasto global en la mayoría de los Estados miembros, pero son muy bajos en el Reino Unido y en Luxemburgo (menos del 5%), del 23,2% en España, y ascienden al 42% en Italia y Portugal.

Dichos gastos suelen variar según el tipo de asistencia: en muchos casos, el seguro de base cubre ampliamente la asistencia hospitalaria, pero no ocurre así con los medicamentos, la asistencia odontológica, los productos de óptica, por citar sólo los casos más frecuentes.

La mayoría de las veces se aduce como justificación para dejar esa parte a cargo de los usuarios la voluntad de que sean más conscientes del coste de la asistencia. No obstante, de esa forma también se contribuye a incrementar el papel de los seguros complementarios en las posibilidades de acceder a los sistemas sanitarios, incluso para las persona más desfavorecidas, para las cuales es preciso establecer dispositivos de cobertura.

controversia sobre algunos aspectos de este método, los resultados proporcionan unos primeros datos para una reforma de los sistemas sanitarios basada en la evidencia. Cabe indicar que en el referido estudio de la OMS, España ocupa el sexto lugar en la relación mundial de países por la eficiencia de su sistema sanitario.

2. Contribución de las políticas comunitarias

Cabe destacar tres políticas que son elementos fundamentales de las adaptaciones y de las reformas.

- La política de salud pública y la promoción de un alto nivel de protección de la salud humana (artículo 152 del Tratado). En la Comunicación de la Comisión sobre la Estrategia sanitaria de la Comunidad Europea ya citada, se hace hincapié en que los servicios sanitarios deben ser una respuesta efectiva a las expectativas y preocupaciones de la población, en un contexto caracterizado por los retos del envejecimiento y del desarrollo de las técnicas médicas, así como por una mayor dimensión transfronteriza en lo que a la salud se refiere (enfermedades transmisibles, salud medioambiental, mayor movilidad de las personas, de los servicios y de los bienes).
- La mejora de la calidad y de la sostenibilidad de las finanzas públicas.
- La profundización del mercado interior.

2.d)2. Objetivos a largo plazo: Accesibilidad, calidad y sostenibilidad.

1. Accesibilidad

Para los europeos, el acceso a la asistencia sanitaria es un derecho fundamental y un elemento esencial de la dignidad humana. Sin embargo, los datos reflejan que en todos los países la situación global de las personas depende de su posición social, por lo que entre los “objetivos comunes” debe figurar el lograr el acceso a la asistencia por parte de los grupos más desfavorecidos y de las personas más necesitadas.

2. Calidad

Recibir una asistencia sanitaria de calidad es una exigencia que comparten todos los europeos, y un objetivo fundamental de la salud pública. Sin embargo, ese enfoque de la calidad es particularmente complejo y delicado debido a dos elementos:

- *La diversidad de los modelos de oferta de asistencia:* la estructura y el nivel de oferta desempeñan un papel decisivo para determinar la demanda de asistencia (y, en consecuencia, el nivel de gastos).
- *La heterogeneidad de las prácticas terapéuticas:* en el caso de los partos, Francia y los Países

Bajos tienen unas tasas de mortalidad perinatal bastante próximas (en 1996, 0,82% y 0,84% respectivamente), aunque en Francia la mayor parte de los partos tienen lugar en el medio hospitalario mientras que en los Países Bajos casi una tercera parte de los nacimientos tienen lugar en el domicilio. Por tanto, resulta difícil *a priori* sacar la conclusión de que un método sea mejor que otro. Así, el análisis comparativo de los sistemas de asistencia y de las prácticas terapéuticas que permita detectar las “buenas prácticas” reviste especial interés para mejorar la calidad de los sistemas sanitarios y, en consecuencia, para una utilización óptima de los recursos de protección social.

3. Sostenibilidad financiera

Para simplificar, cabe decir que los sistemas de tipo “servicio nacional de salud” permiten, en teoría, controlar más fácilmente el gasto (ya que éste es intrínsecamente presupuestario), pero la presión de la demanda puede llevar consigo un alargamiento de las listas de espera, cuya amplitud puede revelar una verdadera inadecuación de la oferta. Por su parte, los sistemas de seguro, en los que, en muchos casos, los prestadores de asistencia son independientes del financiador, un incremento de la demanda y/o de los costes lleva consigo un incremento de los gastos, que puede llegar a ser insostenible para las finanzas públicas, salvo que se recurra a incrementar los ingresos o a adoptar medidas de control de los gastos que, en muchos casos, se enfrentan con la oposición de los profesionales interesados y, sobre todo, ante la dificultad de elegir en función de la importancia de las necesidades que han de satisfacerse.

Las reformas acometidas en diversos países en materia de sostenibilidad suelen utilizar, en mayor o menor medida, los siguientes dos elementos básicos: 1) la regulación de la demanda (incrementando impuestos o estableciendo co-pagos); y 2) la regulación de oferta macroeconómica (estableciendo presupuestos para los prestadores de asistencia) o microeconómica (con medidas de contractualización de las relaciones entre compradores y suministradores o con medidas de competencia)

2.d)3. Conclusión: Los sistemas de asistencia sanitaria de la Unión tienen un reto ante sí: alcanzar simultáneamente el triple objetivo del acceso de todos a la asistencia, del alto nivel de calidad de la oferta de la asistencia y de la sostenibilidad financiera de los sistemas. Para alcanzar esos objetivos, es fundamental que exista una

cooperación de todos los agentes del sistema sanitario, es decir, las autoridades públicas, los profesionales de la salud, los organismos de protección social, los organismos de seguros complementarios, los usuarios o sus representantes.

2.e) CONCLUSIONES DEL CONSEJO DE JULIO DE 2002

El Consejo y los representantes de los estados miembros formularon el 19 de julio de 2002 unas *Conclusiones* relativas a la “Movilidad de los pacientes y evolución de la atención sanitaria en la Unión Europea”¹⁷. Entre las referidas conclusiones se contemplan aspectos tales como los siguientes:

- El reconocimiento de que los sistemas de atención sanitaria de la unión Europea comparten, pese a su diversidad, principios comunes de solidaridad, equidad y universalidad.
- El reconocimiento de una interacción entre dichos sistemas motivada por la libre circulación de personas¹⁸ y su deseo de acceder a servicios sanitarios de alta calidad.
- El examen de ciertos problemas sanitarios desde una perspectiva que rebase las fronteras nacionales puede resultar ventajoso.
- La reforma del Reglamento CEE nº 1408/71 debería culminar en el establecimiento de un marco simplificado que facilite, entre otras cosas, la movilidad de los pacientes¹⁹.
- Es preciso reforzar la cooperación con el objeto de propiciar una asistencia sanitaria de alta calidad sin menoscabo de la sostenibilidad financiera de los sistemas sanitarios de la Unión Europea.

¹⁷ Estas Conclusiones figuran publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas 2002 C 183/01.

¹⁸ La cumbre europea celebrada bajo presidencia española en marzo de 2002 en Barcelona aprobó en su 34ª conclusión el mandato político para proceder a la creación de la tarjeta sanitaria europea única. Su entrada en vigor está prevista para el año 2004.

¹⁹ La referida tarjeta sanitaria europea única es un instrumento ideado para favorecer la movilidad de los ciudadanos y, en un primer momento, sólo servirá para sustituir al documento E-111. Un detallado estudio de la referida tarjeta desde el punto de vista del sistema de seguridad social es el elaborado por V. PÉREZ MENAYO, “La tarjeta sanitaria europea”, revista “Mutua Fraternidad”, enero 2003, pág. 75.

2.f) PROYECTO BIOMED

El Proyecto BIOMED sobre el “Impacto de las Normativas del Mercado Único de la Unión Europea en los Servicios Sanitarios Públicos de los Estados Miembros”²⁰ advierte la contradicción que subyace en el debate sobre los servicios sanitarios en general. Y es que, por un parte, la Unión Europea se plantea objetivos en el ámbito de la salud pública a la vez que, en el mismo artículo 152 que fundamenta lo anterior, se establece que la acción comunitaria en el ámbito de la salud pública debe respetar plenamente las responsabilidades de los estados miembros en la organización y provisión de los servicios sanitarios y la atención médica, excluyendo cualquier armonización de la legislación y normativas de los estados miembros. En consecuencia, si se contemplan los servicios sanitarios como el modo en el que los países disponen la financiación, organización y provisión de la atención sanitaria a sus ciudadanos, el impacto de la acción comunitaria es nulo en base al principio de subsidiariedad enunciado en el artículo 152 del Tratado de la unión, dado que siempre deben primar los intereses nacionales sobre los comunitarios.

Sin embargo, la suposición de que la integración económica europea está separada de las responsabilidades puramente nacionales en sanidad tiene que ser cuestionada, ya que el sistema sanitario, no sólo es parte del estado de bienestar, sino que simultáneamente constituye una parte fundamental de la economía. Por ello, es imposible regular uno de ellos sin ocasionar efectos en el otro. Restringir la política sanitaria en el ámbito de los estados miembros mientras se fomenta la integración económica a escala europea no permite una separación clara y significativa. Y es que la libre circulación de personas, bienes, servicios y capital significa también el libre movimiento de profesionales sanitarios, de usuarios, de medicamentos, de tecnología, de servicios sanitarios, De ahí que la relación entre la Unión Europea y los sistemas sanitarios se esté convirtiendo en una cuestión cada vez más compleja.

Las conclusiones que arroja el proyecto BIOMED son, sucintamente, las siguientes:

- Intentar delimitar el impacto de la Unión Europea en los servicios sanitarios es una tarea compleja. Es evidente que existe un cierto impacto actual, así como que el posible desarrollo comu-

²⁰ El Proyecto BIOMED inició sus trabajos en 1995, y dentro del mismo se analizó el impacto de la normativa comunitaria en los servicios sanitarios públicos, mediante la ejecución del Contrato de Acción Concertada núm. BMH4-98-3030.

nitario suponga un incremento de dicho impacto.

- Las intervenciones del Mercado Único Europeo tienen tantos efectos *intencionados* (principalmente para crear un mercado único de libre circulación de bienes, servicios, ciudadanos y capital) como efectos *no intencionados*.
- Por otra parte, las intervenciones del Mercado Único Europeo en los estados miembros pueden provocar un efecto distinto dependiendo de los diferentes entornos políticos y organizativos de los sistemas sanitarios.
- Aunque el impacto real actual de la normativa y jurisprudencia comunitarias pueda ser marginal, es posible que los conflictos inherentes a la situación presente puedan tener a corto plazo un impacto significativo y erosionar la estabilidad de los sistemas.
- En el caso de que se desarrollaran tanto un catálogo europeo de prestaciones como la libre elección del ciudadano, se impulsaría enormemente la creación de un sistema sanitario europeo. Sin embargo, dicho desarrollo parece que supondría un fuerte impacto en los sistemas del tipo “Beveridge”, lo que provocaría resistencias en los estados miembros.
- En consecuencia no parecen factibles, ni la total “integración de los servicios sanitarios a escala europea”, ni la “exclusión de los sistemas sanitarios nacionales del Mercado Único Europeo”. La tercera opción, “adaptarse a la situación”, tampoco proporciona soluciones fáciles. Del mismo modo, “no hacer nada” tampoco es una opción sensata.
- Por ello, se plantea debatir honesta y profundamente las ventajas y desventajas de la opción consistente en “adaptarse a la situación”.
- No se trata de excluir la sanidad del Mercado Único Europeo, pero cuando las reglas del mercado entren en conflicto con valores que conforman el “modelo social europeo” (accesibilidad, solidaridad, ...), serán precisas la regulación e intervención del mercado para la consecución de los objetivos sanitarios. Paradójicamente, para ello se requiere una política sanitaria europea coherente y preeminente.

- El desarrollo de una política sanitaria europea podría evitar los efectos *no intencionados* del Mercado Único Europeo en el futuro tales como:

- La restricción de las prestaciones, como reacción a las decisiones judiciales que amplíen la libertad de elección.
- La privatización de la oferta, como consecuencia de la dificultad de planificación del sector público, la emigración de los profesionales donde mayores ingresos obtengan, o la desincentivación de educar a profesionales que luego van a emigrar, todo lo que conduciría a una desigualdad en el acceso a la sanidad de los ciudadanos de los distintos países.
- La concentración de empresas, dado que la lógica intención de la Unión Europea de hacer uso del Mercado único Europeo para fortalecer la posición competitiva de la Unión en un mercado globalizado puede conducir a una concentración de empresas que podría acarrear consecuencias negativas para los servicios sanitarios.

La tensión diagnosticada en relación con el derecho a la protección de la salud del ciudadano desde la perspectiva comunitaria se refleja en las decisiones judiciales adoptadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, cuestión que se contempla en el siguiente epígrafe.

3. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Por una parte, se ha puesto de manifiesto anteriormente cómo la normativa comunitaria a fecha de hoy no contempla desarrollo alguno significativo en relación con la asistencia sanitaria que deben recibir sus ciudadanos para hacer efectivo en su integridad el derecho a la protección de la salud, pareciendo todavía lejano el momento en el que contemos con un sistema sanitario europeo único y un catálogo europeo básico de prestaciones sanitarias.

Por otra, nos encontramos con que reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades

Europeas establece que el Derecho comunitario no afecta a la competencia de los Estados miembros en lo que respecta a la ordenación de sus sistemas de seguridad social²¹, aunque en el ejercicio de dicha competencia los Estados miembros deben respetar el Derecho comunitario.

Sin embargo, y como prueba evidente de la certeza de las conclusiones alcanzadas en el marco del Proyecto BIOMED, en los últimos tiempos hemos asistido a diversos pronunciamientos del Tribunal de Justicia que ponen de manifiesto la existencia de “efectos indeseados” en la aplicación de la normativa comunitaria en relación con el ámbito de la salud²². Destacan al respecto las Sentencias de 12 de julio de 2001, correspondientes a los asuntos C-157/99 (Asuntos “Smits” y “Peerbooms”) y C-368/98 (Asunto “Descamps”)²³.

La doctrina fijada en dichas sentencias se puede resumir de la siguiente manera:

- Los Estados miembros son competentes para organizar su sistema sanitario.
- El principio comunitario de libertad circulación de servicios es aplicable en relación con la asistencia sanitaria.
 - Tanto en la asistencia hospitalaria como en la extrahospitalaria.
 - Tanto si el sistema se basa en el reintegro como si proporciona prestaciones en especie a través de la concertación.
- Los sistemas sanitarios nacionales pueden introducir el requisito administrativo de la *autorización previa* para autorizar asistencia sanitaria en el extranjero.
 - Esta restricción del principio de libre circulación de servicios se justifica por: a) necesidad de limitar los recursos; b) la univer-

salidad de la prestación; y c) la necesidad de planificación.

- Este criterio deber ser proporcionado.
- Debe garantizarse la asistencia en tiempo adecuado.
- Régimen de la prestación para:
 - El usuario: Derecho a las prestaciones en las condiciones en que se presten en el país donde se recibe la asistencia, excepto en lo que a la duración se refiere.
 - Estado que realiza la prestación: obtendrá el reembolso del país de residencia.
 - Estado de residencia: abona o reembolsa el importe íntegro si el nivel es más ventajoso en el otro país, y desembolsa el complemento correspondiente además en el caso de que el nivel de cobertura sea superior en el propio país de residencia.

A la vista de dicha doctrina, cabe plantearse la repercusión de la misma en relación con el Sistema Nacional de Salud diseñado por la Ley General de Sanidad, pudiendo plantearse al respecto las siguientes reflexiones:

- La doctrina expuesta sólo resultaría inaplicable en el caso de que un sistema sanitario prestara la asistencia exclusivamente en régimen de gestión directa. Como quiera que en nuestro sistema coexisten ambos sistemas, dicha doctrina resulta aplicable²⁴.
- Es válida la limitación interna del catálogo de prestaciones²⁵, sin que se pueda exigir el tratamiento más eficaz a nivel comunitario, ahora bien, el nivel exigible a las prestaciones, o es el mejor que puede darse en los países comunitarios, o es el mejor que pueda proporcionarse en el sistema sanitario público.

²¹ Véanse Sentencias de 7 de febrero de 1984, *Duphar y otros* 238/82; de 17 de junio de 1997, *Sodeamre y otros* C-70/95; y de 28 de abril de 1998, *Kohll*, C-158/96.

²² Un enfoque desde la perspectiva de financiación de los sistemas sanitarios puede verse en J.M. ANTEQUERA VINAGRE, “Libre circulación de pacientes entre Sistemas Sanitarios Públicos en la Unión Europea”, *Revista de Administración Sanitaria, Volumen V, núm. 20, 2001*, pág. 49 y ss.

²³ Un exhaustivo y pormenorizado análisis de dichas sentencias puede verse en M. GÓMEZ MARTÍN, “La libre prestación de servicios sanitarios en Europa. A propósito de las sentencias del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001”, *Revista Derecho y Salud, Volumen 10, núm. 2, 2002*, pág. 167 y ss.

²⁴ Dicha doctrina fue expresamente comentada por el Presidente del Tribunal de Justicia, G.C. RODRÍGUEZ-IGLESIAS, en la presentación del informe anual de 2001 de dicho Tribunal presentado en Madrid en abril de 2002.

²⁵ Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 30 de mayo de 2000, en la que se trata la cuestión del alcance de la asistencia sanitaria en otro Estado miembro de la Unión Europea, concluye que la finalidad del Reglamento 1408/71 no es la de dar a los beneficiarios de la Seguridad Social española derecho a recibir en los otros Estados miembros prestaciones de asistencia sanitaria distintas de las previstas en nuestra legislación.

- Por lo que al tratamiento posible aplicable, el parámetro de comparación para saber si un tratamiento es experimental no puede ser la doctrina científica interna de un país, sino la comunidad internacional.
- El problema del rango del Real Decreto 63/1995: en caso de nulidad, ¿aplicación sin limitación alguna de los principios comunitarios?
- Necesidad de completar el marco jurídico del Sistema Nacional de Salud: Ley de coordinación, catálogo de prestaciones con rango legal, circulación de pacientes dentro del Sistema Nacional de Salud, listas de espera, ...

4. CONCLUSIÓN: EL FUTURO DE LA PLANIFICACIÓN SANITARIA: ¿CONDUCIENDO O SIENDO CONDUCIDOS?

Observando el panorama existente, se advierte cómo el mismo es consecuente con el proceso de construcción de la unión Europea. Así, dicha construcción arrancó en el ámbito económico, buscando en un principio un espacio en el que fuera posible la libre circulación de mercancías, personas y servicios. Con el transcurso de los años, se ha ido avanzando en la construcción europea, pero en la etapa en la que nos encontramos queda mucho recorrido para el pleno desarrollo de una Europa social. Es lógico entonces que el actual marco jurídico deje al criterio cada país el alcance y contenido de la asistencia sanitaria que garantiza a sus ciudadanos, sin que se contemplen unos mínimos al respecto y quede todavía lejana la existencia de un sistema sanitario europeo. Sin embargo, aún cuando el impacto de las intervenciones del Mercado Único Europeo es pequeño en cuanto al número de pacientes o profesionales afectados por aquellas, los desequilibrios del sistema causados por estas intervenciones (en particular aquellas que son resultado de las Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo) podrían ser mucho mayores de lo que aparenta. Así, podrían resultar afectados los sistemas del tipo “Beveridge” si se produce una proliferación de fondos de enfermedad en el contexto del modelo de las aseguradoras. En el otro extremo, podría darse el caso de desequilibrios en los sistemas de corte “Bismarckianos” si las reglas se alejasen de los modelos sanitarios de seguridad social.

A la vista de las consideraciones expuestas, el estudio BIOMED anteriormente citado plantea que, para

hacer frente a tales problemas derivados de los efectos no deseados de la normativa comunitaria en los sistemas sanitarios, resulta necesario elevar el perfil de la política sanitaria en el ámbito europeo, en la línea que marquen las aspiraciones de los estados miembros²⁶. En caso contrario, los distintos sistemas nacionales de salud se verán afectados como resultado de la aplicación pura de la libertad de circulación de personas, mercancías y servicios, siendo totalmente incierto el alcance y profundidad de dichas afecciones. Por ello, como quiera que no parece posible desandar el camino de la construcción europea emprendido, la única manera razonable que se atisba para acabar donde nadie quiere en este ámbito consiste en afrontar la necesidad de un debate que concluya en la adopción de un marco comunitario que defina los aspectos básicos de la asistencia sanitaria de los ciudadanos los países miembros, tarea que a priori es cierto que encierra enormes dificultades, empezando por determinar si es necesario decantarse por un modelo sanitario de Seguridad Social o de Sistema Nacional²⁷, o si por el contrario ambos pueden ser compatibles, y siguiendo por cuestiones tales como la “transportabilidad” del derecho a la protección de la salud en el caso de que la prestación no se reciba en tiempo oportuno²⁸, la asistencia a los ciudadanos extracomunitarios, el modelo de financiación pública o privada, provisión pública o privada, catálogo mínimo de prestaciones, modelo de calidad asistencial, la conjugación de la movilidad del paciente con la sostenibilidad financiera del sistema, y un sin fin de cuestiones que sería preciso abordar y definir. La próxima ampliación de la unión Europea es obvio que va a significar un

²⁶ Esta problemática no es exclusiva de la Unión Europea, sino que se plantea también en otras organizaciones internacionales. Así, S. E. SHORTT, en “¿Puede Alberta sufrir una estampida por la globalización de la asistencia sanitaria”, en la revista *The Lancet* de 14 de octubre de 2000, Volumen 356, núm. 9238, comenta la resolución de la provincia canadiense de Alberta por la que se permite a los ciudadanos (en un contexto de sistema nacional de salud) acudir a la medicina privada y ser reembolsados por los gastos, y su implicación en relación con los países de la NAFTA, ya que estos ciudadanos podrían acudir a servicios médicos de estos países por estar incluidos en el tratado de libre comercio.

²⁷ B. IRVINE y otros, en “Ventajas e inconvenientes: aseguramiento social, ¿el camino correcto para la asistencia sanitaria en el Reino Unido”, revista *British Medical Journal* de 31 de agosto de 2002, Volumen 325, núm. 7362, pág. 488 y ss., analiza la controversia acerca de si es mejor que el sistema sanitario esté basado en un sistema de seguridad social o si es mejor que se base en impuestos, artículo interesante no sólo por su contenido, sino por provenir de la cuna del modelo de sistema nacional de salud.

²⁸ En la revista *British Medical Journal* de 30 de junio de 2002, Volumen 322, pág. 1565, se recoge la noticia de que pacientes holandeses se desplazan a España para recibir cirugía ortopédica.

parón en el avance de la Europa social, a la vista del volumen de población que se integrará y de las grandes diferencias existentes en ámbitos como el que aquí contemplamos en relación con los actuales países miembros.

Pero dicha circunstancia a su vez puede significar un agravamiento del problema de falta de definición de un marco común en materia de asistencia sanitaria, lo que añadirá todavía más incertidumbre a la situación actual.

Colegiación y acción sindical

José Luis Ruiz Ciruelos

Subdirector de Personal y Relaciones Laborales del
Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea

Algunas cuestiones deberemos despejar entre todos, pongo ya encima de la mesa diferentes preguntas que a lo largo de la sesión habrá que responder:

- ¿Cuál es el papel del Colegio profesional?.
- ¿Cómo se entiende el binomio Colegio-Sindicatos?.
- ¿Los Colegios y los Sindicatos son antagónicos o complementarios?.
- ¿No se confunden el interés de colegios y sindicatos?.
- ¿Son necesarios los Colegios Profesionales?.
- ¿En la Administración quien es más necesario?.
- ¿Porque teniendo el mismo amparo constitucional, un derecho se impone y el otro se ejerce voluntariamente?.

El título primero de la Constitución española, regula los derechos y deberes fundamentales. Dentro del citado título nos encontramos con el artículo 28, donde se establece el derecho libertad de sindicación, y con el artículo 36 que nos habla de los Colegios profesionales.

A pesar de que la Constitución pone a los derechos en el mismo rango, la realidad legislativa ha dado un tratamiento diferentes ha ambos derechos, otorgando la voluntariedad en la adhesión a un sindicato, siendo a priori obligatoria le pertenecía a los Colegios Profesionales.

Las diferentes comunidades autónomas desde 1982, han aprobado sus respectivas leyes autonómicas reguladoras de la creación de los colegios profesionales. Ya en los tramites parlamentarios se suscito la discusión sobre la obligatoriedad o no por parte de los funcionarios públicos de colegiación para el ejercicio profesional, cuando sea la administración la destinatario única y exclusiva de la actividad profesional.

Algunos medios de comunicación el pasado año publicaban titulares del siguiente tenor “Otoño caliente en la OMC”. “Las avanzadillas de algunas autonomías que han eximido de colegiación a los funcionarios de la Ad-

ministración Pública han provocado una situación convulsa”.

Antes de avanzar por este terreno hay que hacer algunas precisiones históricas:

Los abogados, médicos y farmacéuticos fueron los primeros profesionales que en España realizaron experiencias corporativas, que a partir de la segunda mitad del siglo XIX y comienzos del XX, consolidaron un modelo de colegio profesional de carácter disciplinario. El principio clave sobre la base del cual se consagró este modelo de colegio, fue el de la colegiación obligatoria. Pero este principio fue rechazado por buena parte de los profesionales, que percibían esta obligatoriedad como un freno a la libertad profesional.

Los partidarios de la voluntariedad proponían una asociación científica (también hoy existen voces en el mismo sentido, y afirman que quizá la única manera de que algún día el Consejo General de Colegios Médicos funcione es que la colegiación deje ser obligatoria, a lo mejor entonces nos encontramos como pasa en EEUU, con una Asociación Medica Española eficaz - hay que recordar que el pasado mes la OMC firmo un acuerdo con el Consejo de Acreditación de Formación Médica, para armonizar criterios sobre acreditación de la formación continuada ¿ es un primer paso para una Asociación Medica Española?-) y de defensa profesional, por contra los seguidores de la obligatoriedad pretendían una corporación involucrada en el control de la vida profesional.

En 1903 la Instrucción General de Sanidad declara voluntaria la colegiación de las clases sanitarias.

La fase de colegiación voluntaria se prolongo hasta 1918 para los médicos. La colegiación obligatoria dictada por el Ministerio de la Gobernación origino fuertes polémicas.

En Archena en 1925 unos médicos plantearon un recurso de alzada ante el Directorio Militar en contra de la Colegiación Obligatoria, en aquellas fechas los reclamantes arguian que la colegiación forzosa constituye una

esclavitud decretada con el pretexto de la defensa de los intereses colectivos.

Hoy en día, y a partir de la Ley de 1974, los Colegios Profesionales están considerados como corporaciones de Derecho Público amparada por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

Vemos pues que desde sus mismos orígenes surgió el debate, hoy todavía no cerrado sobre la obligatoriedad o voluntariedad de la pertenencia a los Colegios Profesionales

¿ A quedado resuelta esta vieja pugna con las leyes autonómicas?

La novedad que aporta este siglo al debate, no es ya si la colegiación debe ser o no obligatoria, sino que sea constreñido a la obligatoriedad o no de colegiarse de los empleados públicos, si bien la mayoría de las autonomías que han dado el paso aducían que no podían soportar presupuestariamente el abono de la colegiación impuesto por el Tribunal Supremo.

¿ El debate debe ser sobre quien paga el Colegio?, o sobre el fondo de la cuestión ¿ Colegiación voluntaria o obligatoria?.

Legislación:

a) Estatal: La ley de Colegios Profesionales de 13 de febrero de 1974, según su vigente redacción por la Ley 7/1997, de 14 de abril, presupone la obligatoriedad de la colegiación. A su amparo diferentes sentencias del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional han declarado la legalidad de la colegiación obligatoria, aunque también el propio Tribunal Constitucional ha declarado, tanto que la obligatoriedad de la colegiación es legítima como que lo son, igualmente, las excepciones en el ámbito exclusivo de lo público.

b) Autonómicas: aquí nos encontramos con tres modelos:

1.- Autonomías que regulan la libre colegiación:

- La Rioja, Ley 4/1999, de 31 de marzo, artículo 16.4. Los funcionarios y el personal laboral de las Administraciones Públicas en la Comunidad Autónoma de La Rioja no necesitaran estar colegiados para el ejercicio de las funciones propias de éstas.

- Andalucía, artículo 30.2 de la Ley de Medidas Fiscales de Andalucía del 2001, no será exigible al personal funcionario, estatutario o laboral de las Administraciones Publicas de Andalucía para el ejercicio de sus funciones ni para la realización de actividades propias de su profesión por cuenta de aquella.
- Canarias, La Disposición VI de la Ley 2/2002, de 27 de marzo, aprobada por el Parlamento de Canarias, establece que los profesionales titulados vinculados con alguna de las Administraciones Públicas de Canarias y que presten sus servicios en régimen de exclusividad en el ámbito sanitario, no precisarán estar colegiados para el ejercicio de su actividad.
- La normativa del País Vasco y, en concreto el artículo 30 de la Ley 18/1997, exceptúa la colegiación obligatoria para el personal que trabaja en exclusiva para las administraciones publicas, la excepción está condicionada al posterior desarrollo reglamentario para el caso de los médicos y de los enfermeros, en la actualidad el Gobierno Vasco sé esta planteando dictar el referido decreto..

2. Aquellas que es obligatoria, como en la Comunidad Valenciana.

3. Y otras cuya regulación es ambigua, como el caso de Castilla y León, que establece la libre colegiación, pero la reducen al ámbito administrativo, es decir, cuando el destinatario inmediato de la actividad que desempeña el profesional sea la Administración (siempre se ha entendido aquellos puestos no asistenciales). Aquí se ha planteado la discusión sobre que se debe entender por **destinatario sea la Administración**, ¿ Cuando se atiende a un paciente, es destinatario la administración?. La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 25 de febrero del 2002, parece que lo tiene claro, y ampara la no necesidad de colegiación de los profesionales laborales o estatutarios que presten sus servicios en exclusiva con el Sergas. Este mismo tema ha sido estudiado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo y ha manifestado “ no puede concluirse que el Estado, al atribuir carácter básico a la normativa que previene la obligatoriedad de la colegiación, excluye cualquier matización por parte de una comunidad autónoma. Antes al contrario, aun respetando el principio de colegiación obligatoria, cabe relativizarlo en el sen-

tido de que el deber asociativo decae cuando los servicios profesionales se prestan exclusivamente para una administración, en el marco de las funciones institucionales que la misma tiene atribuida”.

¿ La Colegiación voluntaria, tiene que ser un debate nacional o autonómico?

Algunos Colegios Médicos, se han planteado la cuestión, en lo que llaman términos prácticos, y van desgranando las ventajas de ser colegiado:

- Edificio Colegial.
- Asesoramiento jurídico.
- Defensa ante la Administración.
- Asesoría Laboral y Fiscal.
- Formación.
- Comisión Deontológica.
- Plan de actuación integral al Médico enfermo.
- Patronato de huérfanos.
- Seguro de Responsabilidad Civil Profesional
- Disponibilidad e información al colegiado.

Estas y algunas más son las ventajas de estar colegiado. Vistas así ¿Hay diferencias entre el Colegio o el de cualquier tipo de Asociación de cierta entidad?

Otros por el contrario quieren ver a los colegios como el único garante de la buena praxis, ya que los destinatarios inmediatos de la actividad del Médico son los ciudadanos, no la Administración, aunque esto es rebatido por ejemplo por el Gobierno Vasco, al señalar que la Administración garantiza la idoneidad del título y la formación de los profesionales para las actividades que se les encomienda. Estos deben trabajar conforme a la *lex artis*, y en la “conformación de este concepto interviene toda la comunidad científica, en especial las sociedades científicas, al margen de las organizaciones colegiales”. La incorporación del profesional al colegio correspondiente “no aporta al ciudadano una garantía mayor ni menor en la defensa de los derechos a la vida, la salud e integridad física”, ya que “la máxima garantía la recibe de la integración en la organización pública”.

La OMC considera que “es preciso robustecer, desde el punto de vista de los requisitos para el ejercicio profesional, la colegiación obligatoria, como en el resto de los países de la Unión Europea, incluso mediante una modificación que recoja con mayor energía en la Ley básica estatal de Colegios Profesionales”.

Una visión economicista del problema:

En el panorama actual, la defensa de la colegiación obligatoria por parte de la OMC es:

¿ Porque no quiere ver seriamente amenazado su futuro económico?.

¿ La colegiación constituye un requisito indispensable para trabajar?.

¿ El pago de la colegiación es un deber de la Administración empleadora?.

Ya sabemos que para lograr el pago por parte de la Administración se ha esgrimido el artículo 14 de la Constitución. Sentencias diversas por Comunidades, dependiendo de que se haga abonos o de tal concepto a determinados colectivos, aunque no es discriminación el que algún colectivo se halla establecido la excepción para la colegiación (Conflicto colectivo de Simap, a quien el Supremo no le ha dado la razón el pasado mes de julio, en parecidos términos y en el mismo mes Conflicto Colectivo de Andalucía, y antes de Galicia y País Vasco).

El profesional es el mayor, si no el único beneficiario de la pertenencia a un Colegio Profesional, luego en ningún momento el Sistema Nacional de Salud, debe pagar la colegiación como una indemnización por el servicio, y máxime cuando este no la exige para el ejercicio de las funciones propias de la profesión, en las normas retributivas está contemplado el abono de las cuotas colegiales como un supuesto de derecho de indemnización (ambos afirmaciones reconocidas por la jurisprudencia).

La generalización de las sentencias que obligan a pagar a la Administración las cuotas de los funcionarios generaría un importante perjuicio económico para el sector público. Para el antiguo Insalud rondaría los 12 millones de euros, o 9 millones de euros en Andalucía.

En la actualidad ¿cual es el debate?:

¿ Colegio Obligatorio o Voluntario?. O por el contrario.

¿ Quién paga la cuota, el profesional o la Administración para la que trabaja?.

O quizá la pregunta debiera ser:

¿ No debe pagar la cuota quien recibe los beneficios directos de la colegiación?

¿ Quién los recibe el profesional o la sociedad?.

Es decir en el fondo en debate se suscita en mi modesta opinión ante la posibilidad de que los Colegios

pierdan la financiación de sus colegiados, pues pueden temer que al dejar de ser obligatoria la colegiación se den de baja de los mismos, por ello insiste en que es necesario el mantenimiento de la obligatoriedad, pero esto choca con la Administración si a ella se le obliga ha hacerse cargo de las cuotas de colegiación.

La solución debiera ir en la modernización de los Colegios profesionales, donde ese modelo de asociacionismo profesional sea atractivo, y útil tanto para profesionales como para la sociedad.

¿Cuál es la situación actual?

Las espadas están en alto:

- La Ley de La Rioja no recurrida ¿Porque?
- El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite el recurso de inconstitucionalidad contra la norma de Andalucía.
- El País Vasco no esperara a que el Tribunal Constitucional decida sobre la libre colegiación.
- El Tribunal Constitucional suspende la ley que regula la libre colegiación en Canarias.
- Y el resto de Comunidades Autónomas esperando que se resuelvan los anteriores recursos.

No es infrecuente que los Colegios profesionales invadan o intenten invadir el campo competencial de los sindicatos. Los fines esenciales de estas corporaciones de derecho publico, los Colegios profesionales, es la representación de las mismas y la defensa del interés profesionales de los colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcional. Ello significa que, cuando la Administración regula la relación estatutaria que existe entre ella y los funcionarios públicos, los Colegios profesiona-

les son ajenos a dicha regulación, cuya materia no es el ejercicio ni el ámbito de la profesión colegiada de que se trate. Los Colegios informaran preceptivamente los proyectos de Ley o de disposiciones de cualquier rango que se refieran a las condiciones generales de las funciones de los profesionales. El informe preceptivo se circunscribe pues a las funciones propias de la profesión colegiada, no a los derechos, deberes y condiciones de prestación de su trabajo de los funcionarios públicos.

Si el presente tiene unos perfiles nítidos de separación, ante una hipotética coleccionamiento voluntaria, ¿ Se mantendrán la separación de forma tan clara?, la respuesta es un no contundente, máxime si volvemos la vista al principio de esta intervención y recordamos las funciones que se otorgaban algunos colegios médicos:

- Edificio Colegial.
- Asesoramiento jurídico.
- Defensa ante la Administración.
- Asesoría Laboral y Fiscal.
- Formación.
- Comisión Deontológica.
- Plan de actuación integral al Medico enfermo.
- Patronato de huérfanos.
- Seguro de Responsabilidad Civil Profesional
- Disponibilidad e información al colegiado.

¿Cuántas de estas funciones son coincidentes con cualquier sindicato? Muchas, mas, si estos son corporativos.

Formación continuada y especializada. El intrusismo profesional.

José Luis Ruiz Ciruelos

Subdirector de Personal y Relaciones Laborales del
Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea

Parece que el título de la mesa está bien ordenado, debemos hablar de la formación, ergo titulación, para posteriormente cuestionar la existencia o no del intrusismo, este último tema ya fue tratado por el Profesor Muñoz Conde, en el V Congreso de Derecho y Salud, celebrado en el año 1996 en Lanzarote.

Es innegable que el tema de la formación hoy es un tema caliente, sobre todo después de la firma del Convenio de colaboración de materia de formación continuada de las profesiones sanitarias, celebrado entre los Ministerios de Educación, Cultura y Deporte y Sanidad y Consumo y el Consejo General de Colegios Médicos. Convenio cuestionado en el seno del Consejo Interterritorial, he impugnado por Castilla-La Mancha, País Vasco y Navarra.

¿Distorsiona las competencias de las autonomías en materia de acreditación?

¿Pone en peligro el modelo de acreditación de las actividades de las instituciones proveedoras y de los profesionales del que se ha dotado el Sistema Nacional de Salud?

¿Tiene algún futuro la Comisión de Formación del Sistema Nacional de Sanidad?

También conviene recordar el Convenio firmado entre la Asociación Médica Americana y la OMC, para armonizar criterios de acreditación de la formación continuada.

El mencionado Convenio establece en su cláusula primera.- “ Sin perjuicio de las decisiones que sobre acreditación puedan establecer las Comunidades Autónomas en el ámbito de su respectivo territorio, los Ministerios de Educación Cultura y Deporte y de Sanidad y Consumo encomiendan al Consejo General del Colegios Médicos el ejercicio, a nivel estatal, de las funciones siguientes:

1. Acreditar las enseñanzas específicas de la formación continuada de la profesión de médico.
2. Expedir los certificados o diplomas que acrediten con carácter oficial las enseñanzas impartidas.
3. Emitir informes a los efectos de la evaluación y supervisión de las actividades realizadas al amparo del presente Convenio”.

Por otro lado la OMC ha firmado un acuerdo de colaboración con GlaxoSmithKline para la Formación Científica de los médicos de Atención Primaria. Todos los cursos contarán con la acreditación correspondiente que tramitara la Organización Médica Colegial.

La combinación de ambos Convenios va a permitir que cursos que hasta la fecha no tenían ninguna acreditación la puedan tener, y ello en detrimento de otros de igual calidad los cuales no serán tenidos en cuenta.

El mantenimiento y mejora de la competencia profesional de los profesionales sanitarios, es necesaria para mantener y mejorar su buena praxis.

¿Quién debe hacerse cargo del mantenimiento de esa competencia profesional?

En el actual borrador de Anteproyecto de Ley de Estatuto Básico del Personal del Sistema Nacional de Salud, en su artículo 18.- y al hablar de los Derechos individuales .

“c) A la formación continuada y al reconocimiento de su cualificación profesional”.

El artículo 20.- nos habla de los Deberes :

“ c) Mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su nombramiento”.

¿Cómo se conjugan este derecho y este deber?

En las empresas habitualmente, se afirma que la formación no es un gasto, sino una inversión.

¿ Hasta donde debe llegar la financiación de la formación? .

¿ A costa de quien debe ser?.

¿ La formación continuada debe ser obligatoria o voluntaria?

A veces hemos leído afirmaciones que entrañan una contradicción en sí mismas:

- La formación continuada no debe ser pagada por él medico, puesto que el aprendizaje se realiza en interés directo de los pacientes.
- La formación continuada debe de estar controlada por la profesión, puesto que son los profesionales quienes, por su propia experiencia, tienen la capacidad necesaria para definir tanto los objetivos formativos como los sistemas de acreditación.
- Dentro del marco previamente establecido, él medico debe ser libre para elegir su propio plan formativo.

¿ Es coherente que un profesional diga como formarse, en que formarse, pero traslade a otro la obligación de financiación de tal formación?

¿ Es necesario coordinar la formación continuada?. La Escuela Andaluza de Salud Pública, ha creado una unidad para la coordinación de la formación continuada, en un intento de que la dispersión del conocimiento en el sistema de salud entre las diferentes organizaciones y profesionales puede llevar a la perdida del sistema y con esta fórmula de cooperación se pretenden unir esfuerzos para que el conocimiento se comporte.

Formación especializada

La Conferencia de Decanos de Facultades de Medicina ha analizado, en su última reunión antes de vacaciones de verano, los resultados de los exámenes MIR, y han comprobado la falta de coordinación que existe entre lo que se enseña en las facultades y lo que se pregunta en la prueba de acceso a la formación especializada. Algunas conclusiones ya se han esbozado:

- Existen diferencias notables entre las distintas facultades.
- La media alumnos/profesor es un elemento fundamental en este desequilibrio.

- Es indiferente el seguir un plan antiguo de formación o nuevo.
- Hay que hablar de formación medica en Europa y buscar las líneas de homogeneización pertinentes.

Prueba de lo anterior es la petición de los médicos de familia europeos que demandan una mayor formación específica universitaria, en España, “Salvo un par de Universidades, como puede ser Sevilla, Valencia o Navarra, la Medicina de Familia es la gran desconocida. Sin embargo muchos otros países cuentan ya son cátedras y se realiza una gran labor docente e investigadora en la universidad”.

El Pleno del Consejo Nacional de especialidades ha acordado reformar durante este año el programa MIR.

¿ Coincidencia o es que se empieza a coordinar?.

¿ Esta suficientemente regulado la formación especializada?.

Quizá sé echar en falta una regulación e las profesiones sanitarias que abordaría este tema, pero a falta de la misma lo que sí podemos afirmar que existe una regulación suficiente en la formación medica especializada (El actual equipo del Ministerio de Sanidad, en palabras de su director de RRHH, no se ha planteado en ningún momento definir las competencias de las especialidades), con un proyecto de Real Decreto para actualizar la regulación, y según las afirmaciones del actual responsable de Formación del Ministerio de Sanidad, intentando seguir la tendencia europea sobre fusiones de especialidades, la idea puede ser correcta, ahora bien las dudas surgen con relación a las especialidades a unificar: Anestesiología y Medicina Intensiva, no nos encontramos con dos subespecialidades que deban retornar a un tronco común, ambas tienen entidad suficiente.

¿ Juntas o separadas?.

¿ Solo para paliar el déficit de anestelistas que existen en el sistema publico?.

¿ No es más fácil ampliar la oferta de plazas de MIR?.

Lo que parece obvio es que la formación especializada debe homologarse a los estándares europeos, sobre todo si queremos realmente cumplir con el Derecho de libre circulación de los trabajadores.

¿ Sé esta utilizando la formación para obstaculizar la libre circulación de profesionales es Europa?.

Es evidente que cuando los periodos de formación de los médicos especialistas no coincidan entre los países, los países receptores pedirán formaciones complementarias para los especialistas de otros países para ejercer en el suyo.

El Intrusismo profesional.

El intrusismo es el ejercicio ilegítimo de una profesión. La Real Academia Española lo define como el ejercicio de actividades profesionales por persona no autorizada para ello

El Código Penal en su artículo 403, castiga como delito de intrusismo, la siguiente Conducta:

“El que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título académico expedido o reconocido en España de acuerdo con la legislación, incurrirá en la pena de multa de 6 a 12 meses. Si la actividad profesional desarrollada exigiere título oficial que acredite la capacidad necesaria y habilite legalmente para su ejercicio, y no se estuviere en posesión de dicho título, se impondrá la pena de multa de 3 a 5 meses”.

Es de interés reseñar que para cometer el delito de intrusismo solo cabe la comisión dolosa, es decir, intencionada. En el caso de que se actúe en la errónea convicción de estar facultado para ello, el comportamiento diligente por parte del autor en subsanar el equivoco sobre la significación jurídica de su acción, llegaría a excluir cualquier responsabilidad criminal.

Varias posibilidades de intrusismo:

1. Prácticas aparentemente terapéuticas, y que, por lo tanto, pueden llamarse también de carácter médico, pero que no son características propias de la profesión médica. El curanderismo, “ Si la actividad no es propia de lo que se entiende por profesión médica, eso nunca será intrusismo”.

2. Intrusismo del titulado inferior con respecto al titulado superior.
3. Un problema suscitado por la propia administración, por la contratación para plazas de especialistas, a personas que no tienen título o su título no está homologado.
4. ¿ La actividad de los Mir, es encuadrable en el delito de intrusismo del artículo 403 del Código Penal?. Sin llegar a la discusión de si hay intrusismo o no si que se ha cuestionado en diversas ocasiones si el Mir puede otorgar altas, la respuesta aquí debe ser negativa ya que el Mir necesita la supervisión del médico responsable (¿ médico de plantilla?).

¿ Quiénes son los interesados en determinar las fronteras internas del ejercicio profesional?.

¿ La OMC?.

¿ Las Comisiones Nacionales de las Especialidades?

¿ Las Sociedades Científicas?.

Hace unos meses leía que la Sociedad Andaluza de Alergología e Inmunología Clínica, denunciaba la preocupante situación en la asistencia a pacientes alérgicos, que están siendo atendidos por otros especialistas no alergólogos.

¿ Fraude económico? o ¿ Fraude para la salud?, Pensemos en las consultas de Estética, Cosmetología, masajes y similares en el perímetro y espacio propio de la Medicina, y todas ellas sin Título alguno que las refrende o justifique.

¿ Puede ser esto una función principal de los Colegios Profesionales? ¿ Quizá mas importante, o menos estéril que la discusión entre colegiación voluntaria obligatoria?.

Bases comunes: El Estatuto Marco

Ramón Jiménez Román
Vocal Asesor del
Ministerio de Sanidad y Consumo

Me parece indispensable que ocupe mi turno de intervención para facilitar información sobre el contenido del Proyecto, del último que ha sido dado a la publicidad por el Ministerio de Sanidad y Consumo, que es este que tengo sobre la mesa, de fecha 2 de julio de 2002, aunque sobre este tema se ha seguido trabajando y se seguirá, conjuntamente con las Comunidades Autónomas y las Organizaciones Sindicales.

En primer lugar, señalar que su propio nombre ha cambiado, ahora se trata del Estatuto Básico del Personal del Sistema Nacional de Salud. Ese cambio de nombre refleja un cambio en su estructura general y en su ámbito de aplicación.

Está dividido en un Título Preliminar y otros tres Títulos más.

Los tres primeros, denominados “Disposiciones Generales”, “De la planificación de Recursos Humanos y la Coordinación de las Administraciones Sanitarias” y “Del Personal del Sistema Nacional de Salud”, resultarían de aplicación a todo el personal, sea cual sea su relación de empleo, de los Servicios Sanitarios Públicos. Contienen aspectos tales como la existencia de registros de personal, la definición de los planes de empleo, la creación de un Foro Marco Estatal para el Diálogo Social, con participación de todas las Administraciones Sanitarias y los Sindicatos más representativos del sector, y la transposición de las Directivas Europeas en materia de tiempo de trabajo, temas todos ellos que resultarían de aplicación tanto al personal estatutario como al funcionario o laboral.

El Título Tercero contendría el Estatuto Marco en sentido estricto, es decir, las normas básicas aplicables al personal estatutario de los Servicios de Salud. Su contenido es más o menos conocido, ya que reproduce la Ley 30/1999 en materia de selección, provisión de plazas y movilidad voluntaria, así

como otras materias ya contenidas en anteriores proyectos. Quizás el aspecto más innovador, y que ha sido probablemente el más difícil de consensuar con las Comunidades Autónomas, es la definición de la carrera profesional como un derecho de todo el personal, sea cual sea la categoría que ostente.

Entiendo que no se trata ahora de hacer un análisis detallado del articulado del Proyecto, ni de que esta Mesa de Trabajo elabore, en su caso, un texto alternativo como propuesta del Congreso a las Administraciones Sanitarias, sin perjuicio de que, si alguien lo desea, podamos estudiar específicamente alguno de sus aspectos concretos.

Sí creo que es el momento de analizar las grandes líneas de la cuestión, a cuyo fin yo os propondría los siguientes temas de discusión:

1º.- La necesidad del Estatuto. Lo cierto es que todos damos por supuesto que el Estatuto debe de aprobarse, pero no ha habido, creo yo, una reflexión general sobre su necesidad. No está de más recordar, a este respecto, que el Estatuto Marco está anunciado desde la Ley General de Sanidad del año 1986, que han pasado 16 años sin que se apruebe y que, en principio, tampoco su falta ha producido especiales problemas en las Administraciones Sanitarias.

2º.- El ámbito de aplicación. El Estatuto ¿debe aplicarse a todo el personal o sólo al personal estatutario? ¿Es válida una fórmula como la del actual Proyecto, con partes generales y partes exclusivamente aplicables al personal estatutario? ¿Debe plantearse la existencia de Estatutos sectoriales, según las categorías, tal y como demanda algún Sindicato profesional?

3º.- ¿Es necesaria la transposición de las Directivas Comunitarias sobre tiempo de trabajo y descansos?

4º.- La carrera profesional, ¿debe de aplicarse por igual a todas las categorías?

Perdón por la excesiva extensión de mi intervención. Ahora vosotros tenéis la palabra.

Libre circulación de profesionales

Ramón Jiménez Román
Vocal Asesor del
Ministerio de Sanidad y Consumo

Cuando preparábamos el programa del Congreso y decidimos el título de esta sesión de la Mesa de Recursos Humanos pretendíamos hacer referencia a dos ámbitos, la Comunidad Europea y el Sistema Nacional de Salud español.

Éramos conscientes de que el título no es el más adecuado, aunque es el que se suele utilizar habitualmente para referirse a los dos supuestos a los que he aludido. Dentro de la Unión Europea, la libre circulación de profesionales hace referencia a la posibilidad que tienen los nacionales de los Estados miembros para establecerse en cualquiera de los otros Estados. En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, se utiliza esta expresión, “libre circulación”, para referirse a la posibilidad de acceder a plazas de otro Servicio de Salud mediante concurso de traslados.

La Comunidad ha resuelto los problemas que impiden la libre circulación mediante Directivas que prevén el reconocimiento mutuo de títulos por todos los Estados miembros. Hay dos niveles, o dos sistemas, para tal reconocimiento. El primero de ellos, que se aplica a las profesiones sanitarias (profesiones “médicas, paramédicas y farmacéuticas” en expresión del artículo 47.3 del Tratado de Roma) implica la coordinación de las condiciones de formación y supone el reconocimiento directo de los títulos por todos los Estados. Las profesiones afectadas por este modelo son seis: Médicos, Enfermeros Generales, Farmacéuticos, Veterinarios, Odontólogos y Matronas. Se trata de profesiones totalmente armonizadas a nivel comunitario, armonización que, en el caso de los Médicos, alcanza también a los Médicos especialistas.

El segundo es el llamado “sistema general”, basado en el artículo 47.1 del Tratado, y no supone la armonización de formación alguna ni, por lo tanto, de las mismas profesiones. Cabe, así, que cada Estado regule o no sectores profesionales específicos y nos encontramos que hay profesiones que existen en un Estado y en otros no o que tienen diferentes niveles formativos.

El problema que se plantea en este ámbito es la tendencia desregularizadora que se observa desde hace unos años en las Propuestas de la Comisión Europea. Lejos de avanzar en la armonización profesional, se tiende a aplicar el sistema general a las profesiones ahora armonizadas. Existe, en concreto una Propuesta de Directiva, presentada hace sólo unos meses por la Comisión Europea, en la que se unifican todas las Directivas actuales y en la que desaparecería la armonización de los médicos especialistas.

En lo que se refiere al SNS español, la situación, a mi modo de ver, está suficientemente garantizada por la Ley 30/1999, ya que esta prevé, con carácter básico, que a los concursos que convoquen los Servicios de Salud para la provisión de plazas de personal estatutario podrán acceder, en igualdad de condiciones, el personal estatutario del resto de los Servicios de Salud.

Ciertamente, no ha sido una previsión que se haya puesto en marcha de forma general, quizás debido al problema del elevado número de interinos que existe en nuestros Centros Sanitarios, problema que ha impedido, también, la convocatoria de pruebas de selección. Con la puesta en marcha de la OPE extraordinaria que prevé la Ley 16/2001, espero que la situación quede resuelta y se normalice todo el procedimiento de provisión de plazas.

Creo que con esta introducción, que ya se está haciendo excesivamente larga, he introducido algunos elementos que pueden ser la base para el inicio del debate.

Conclusiones de las Mesas de Trabajo

MESA DE TRABAJO: INFORMACION Y NUEVAS TEGNOLOGIAS

Relatoras :

D^a Laura Martín Pérez, D^a Elena Sánchez Jordán

A) CONCLUSIONES DE CARÁCTER GENERAL:

1. Se critica la tardanza del Estado en regular los aspectos contenidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que ha llevado a las Comunidades Autónomas a dictar su propia legislación, con contenidos de mayor alcance que los previstos en la propia ley estatal, que tiene el carácter de básica.
2. Se plantean los problemas de coexistencia de las leyes autonómicas y la Ley 41/2002.
3. Se reclama la promulgación de una ley de protección de datos personales de carácter sanitario, así como la regulación del deber de secreto en el ámbito sanitario, como piezas necesarias para avanzar con seguridad en la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito sanitario.

B) CONCLUSIONES DE LAS MESAS DE TRABAJO.

HISTORIA CLÍNICA: SU GESTIÓN INFORMATIZADA.

- 1) Se conviene en que la historia clínica informatizada constituye un avance en la protección de datos de carácter personal y de su accesibilidad.
- 2) Se propone que el personal sanitario tenga acceso libre y completo a la historia clínica, y que este acceso sea limitado y se establezcan las necesarias restricciones en el ámbito judicial.
- 3) Se reclama que la historia clínica informatizada cuenta con todas las garantías permitidas por la técnica.
- 4) Se expresa el acuerdo en torno a la necesidad de articular un procedimiento de actuación de la Administración sanitaria para resolver los supuesto de solicitudes relativas a las historias clínicas formuladas

por parte de la administración de Justicia. Se propone que dicho procedimiento se organice como sigue:

1. Petición de la historia Clínica por la Administración judicial.
2. De conformidad con el artículo 16.3 de la Ley 41/2002 y con las previsiones contenidas en la Ley Orgánica de Protección de Datos, podrá solicitarse aclaración relativa a los fines que justifican la petición de la historia clínica.
3. En función de la respuesta que se dé, se plantean dos posibilidades:
 - a) Si la solicitud esta inserta en un proceso judicial de reclamación contra la administración sanitaria, se propone que se entregue la historia clínica completa.
 - b) Si la solicitud se plantea en otro tipo de procedimiento (civil o penal), de acuerdo con el artículo 16.3 de l Ley 41/2002 se pedirá nueva aclaración, con objeto de que se determine qué parte de la historia clínica es necesaria, y se entregará, completa, esa parte.

LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PÈRSONAL: SU APLICACIÓN AL SISTEMA SANITARIO.

- 1) Se ponen de manifiesto numerosas dudas y dificultades relativas a la aplicación de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD) en materia de cancelación y rectificación de datos de la historia clínica.
- 2) Se propone el establecimiento de un mecanismo que limite el acceso a los datos de carácter personal contenidos en la historia clínica.
- 3) Se pone de relieve la necesidad de alcanzar un consenso sobre plazos de conservación de las historias clínicas, a fin de alcanzar la unificación de todas las legislaciones autonómicas y con todas las normas de los distintos órdenes (civil, penal, administrativo), todo ello con el fin de atender de la mejor manera

posible los intereses de los pacientes y de sus familiares.

- 4) Se llama la atención acerca de los problemas que derivan de la gestión sanitaria y de la cesión de datos a terceros (Compañías de Seguros y terceros obligados al pago), proponiéndose como solución la exigencia del consentimiento del paciente, bien fuera expreso o tácito.

LA AGENCIA DE GESTION Y EVALUACION DE LA INFORMACION SANITARIA: EL PAPEL DEL MINISTERIO.

1. La panorámica esbozada de los sistemas de información sanitaria, junto con los escenarios de reforma de los sistemas sanitarios, plantea la necesidad de abordar nuevas políticas en los sistemas de información actualmente al uso.
2. La definición de un conjunto mínimo de indicadores básicos de rendimiento de los servicios asistenciales y del estado de salud de la población es una prioridad para el conjunto del Estado.
3. La generación de datos útiles para satisfacer las necesidades políticas y sociales requiere una estrecha relación entre los productores y los usuarios de los datos.
4. Por la razón recién expuesta, es precisa la creación de una unidad que sirva de puente entre los creadores de los datos y los encargados de tomar decisiones , con el fin de transformar los datos en información útil para la toma de decisiones.
5. Las declaraciones públicas de los responsables ministeriales respecto a una futura Ley de Cohesión y Calidad del Servicio Nacional de Salud, precisa de un desarrollo específico de los futuros Sistemas de Información Sanitarios, mediante la creación de una agencia o instituto de información sanitaria.
6. Se reclama, en consecuencia, la existencia de un órgano que aglutine los sistemas de información de mínimos de todo el Sistema Nacional de Salud, que se vincule a prestaciones y financiación.
7. Sobre la base de esta información, se propone la modificación del R.D. 63/1995, de ordenación de prestaciones del Sistema Nacional de Salud, estableciendo las prestaciones mínimas del sistema.
8. Teniendo en cuenta que la enfermedad no distingue los marcos competenciales establecidos en la Cons-

titución y en sus leyes de desarrollo, es necesario establecer el marco normativo adecuado a la integración de los diferentes sistemas de información actuales, su desarrollo y mejora, garantizando al mismo tiempo la confidencialidad de la información.

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD DEL USUARIO. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.

1. Se considera que la regulación de las instrucciones previas que se contiene en la Ley 41/2002 plantea numerosos problemas.
2. La excesiva vaguedad de la definición contenida en el artículo 11 de la Ley 41/2002, que impide determinar con claridad cuál puede ser el contenido del documento de instrucciones previas, conduce a la propuesta de que el testamento vital (declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas) sea concebido como un documento ad hoc, que se otorgue en estadios previos de enfermedades crónicas y/o terminales. De esa manera, el documento tendría un destinatario concreto, en un centro concreto y para un supuesto concreto.
3. Se aprecia una contradicción entre el reconocimiento a la autonomía de la voluntad del paciente y el establecimiento de limitaciones a la misma, sin que la ley aclare de forma precisa cuál de los dos aspectos debe prevalecer.
4. Parece que la Ley 41/2002 trata de dar respuesta únicamente a una necesidad social, y no a una de carácter jurídico.
5. En el artículo 11 de la Ley 41/2002 se echa de menos la exigencia de una información previa como requisito para el otorgamiento de las instrucciones previas, sobre todo cuando en los artículos precedentes se considera la información al paciente como condición básica para la emisión de un consentimiento válido y eficaz.
6. E relación con la incorporación de las instrucciones previas al Registro nacional de instrucciones previas y, en su caso, a los registros autonómicos, se propone la articulación de mecanismos que permitan el conocimiento inmediato de si se ha otorgado o no por un paciente en testamento vital, así como si contenido integro.
7. Se propone que se establezca de forma expresa la necesidad de inscribir el documento de voluntades

anticipadas en el Registro correspondiente, otorgando a dicha inscripción el carácter de constitutiva.

MESA DE TRABAJO: RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Relatores:

Fco. José Villar Rojas y Esteban Sola Reche

BUSQUEDA DE CRITERIOS OBJETIVOS DE VALORACION DEL DAÑO

1. Se entiende que la búsqueda de criterios objetivos de valoración debe ceñirse a los daños extrapatrimoniales, sin que deba extenderse a los de carácter material, ya que éstos, por su propia naturaleza, son fácilmente cuantificables.
2. Se considera necesario el establecimiento de criterios de valoración del daño, ya que ello permite equiparar, en la medida de lo posible, las indemnizaciones que se conceden en las distintas Comunidades Autónomas. Al mismo tiempo, proporciona indicaciones (tanto al juez como a las partes) en torno al importe de ciertos daños que son difícilmente cuantificables.
3. La existencia de criterios objetivos de valoración del daño facilita la conclusión de contratos de seguros con las Compañías Aseguradoras, dado que permite efectuar una previsión aproximada del importe de las indemnizaciones.
4. Se considera que el sistema de Tablas contenidas en el Anexo de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro de la Circulación de Vehículos a Motor en un modelo apropiado a la hora de fijar criterios objetivos de valoración del daño, si bien se señalan algunos matices:
 - a) No debe aplicarse con carácter vinculante.
 - b) Debe permitirse a los Jueces y Tribunales aplicar criterios correctores, con el fin de resolver cada caso de la forma más equitativa posible.
- 5) Se pone de manifiesto que, al menos en el ámbito penal, los Jueces y los Tribunales aplican las Tablas antes citadas para valorar los daños producidos en el ámbito sanitario.
- 6) Se señala la conveniencia de establecer límites máximos a las indemnizaciones por daños morales, al mismo tiempo que se propone limitar dicha indemnización por daños morales a los supuestos en los que se acredite la existencia de un daño patrimonial.

ACCION DE REPETICIÓN Y EL PAPEL DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

- 1) La acción de regreso de la Administración sanitaria en ejercicio de la competencia que le otorga el artículo 145 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común es una previsión legal de la que no se conoce algún caso en que hay sido utilizada. Esta realidad choca con la literalidad del precepto: “exigirá de oficio”.
- 2) La acción de regreso es obligatoria, pero, si no se incoa de oficio, ¿quién puede obligar a la Administración a incoar el correspondiente expediente? La Ley no reconoce legitimación particular, como tampoco acción popular. La exigencia de esta obligación legal parece demandar una modificación legal que establezca quién puede exigir este cumplimiento. La única excepción quizás sea la legitimación de una compañía de seguros que hubiera abonado la indemnización cuando la autoridad o funcionario hubiera incurrido en conducta dolosa.
- 3) En cuanto a la tramitación del procedimiento administrativo, la primera finalidad del expediente debe ser la calificación de la conducta de la autoridad o empleado por parte del órgano competente (si incurrió en dolo, culpa o negligencia grave), salvo que se haya declarado en resolución administrativa o judicial previa, siempre que lo fuera con audiencia del afectado.
- 4) En cuanto a la resolución del expediente, la amplitud de los criterios a considerar deja abiertas todas las puertas: Exigir el pago, archivar, fijar una cantidad menor a la abonada en concepto de indemnización.
- 5) El plazo para ejercer esta acción es incierto. ¿Un año por traer causa de una reclamación de responsabilidad extracontractual?, ¿Cuatro años por esa cantidad es ingreso de derecho público?, ¿Quince años por tratarse de una obligación personal? Parece necesario que se fije el plazo mediante la norma correspondiente.
- 6) No existe mandato legal que determine la intervención de los Colegios Profesionales en el expediente de acción de regreso que incoe la Administración, menos aun el momento y el modo en que pudiera producirse. El artículo 72 del Estatuto del Personal Facultativo, como el artículo 143 del Estatuto del Personal Sanitario no facultativo, que imponen el informe preceptivo en expedientes disciplinarios, no son aplicables. La acción de regreso no tiene natura-

leza disciplinaria. No obstante, por analogía, o vinculate, en relación con la calificación de la conducta –cuando no estuviera concretada-, y, sobre todo, con los criterios a ponderar para resolver el expediente.

EL PAPEL DE LAS COMPAÑÍAS ASEGURADORAS

1) La realidad es contradictoria: existen servicios autonómicos de salud que cuentan con pólizas de seguro (si bien, con cláusulas diferentes), como los del País Vasco, Cataluña, Andalucía, Valencia, y Galicia, a los que se suman los servicios que se han subrogados en la póliza que tenía suscrita el INSALUD, junto a otros, los menos, que carecen de esa modalidad de aseguramiento (Servicio Canario de Salud).

2) Los argumentos a favor de las pólizas son:

- a) Responder a una demanda histórica de los profesionales, cuando era posible exigirles responsabilidad civil directa.
- b) La estabilidad presupuestaria (la prima es una partida fija).
- c) La mejora para el usuario que ve resuelta con más agilidad su responsabilidad frente a la lentitud y complejidad del procedimiento administrativo).

En particular, la póliza de seguro compensa el carácter subsidiario de la responsabilidad civil de la Administración Sanitaria en caso de condena penal (artículo 121 del Código Penal).

3) Los argumentos contrarios a las pólizas son:

- a) La administración es solvente, no necesita asegurarse.
- b) El importe de las primas es muy superior a las indemnizaciones pagadas.
- c) Las compañías de seguros interfieren en el procedimiento administrativo, no saben cuál es su papel.

La eventual ventaja de la elaboración por las aseguradoras de un mapa de riesgos no se ha realizado, salvo alguna excepción.

4) Alternativas a la póliza de seguro: el autoseguro con la creación de un fondo de indemnizaciones con cobertura presupuestaria y la reforma del procedi-

miento administrativo de reclamación (reparto carga prueba, informes periciales externos).

5) En cuanto a los problemas que trae consigo la suscripción de un contrato de seguro privado por la Administración Sanitaria:

- a) La dirección jurídica es materia negociable en la póliza. Las “interferencias” de las aseguradoras no deberían producirse.
- b) El perjudicado puede ejercer la acción directa frente a la aseguradora de acuerdo con la ley de contrato de seguro. No obstante, esta posibilidad supone “saltarse” el mandato legal que atribuye a la Administración la competencia para fijar la responsabilidad (que es irrenunciable).
- c) Según el Tribunal Supremo, la presencia de la aseguradora traslada la competencia para resolver la reclamación e responsabilidad: del orden contencioso pasa al civil. (ATS. 17/12/2001). Este criterio supone desconocer las normas sobre legitimación pasiva (artículo 21 Ley de la Jurisdicción Contencio-Administrativa).

6) Finalmente, cuando se debate sobre el papel de las compañías aseguradoras, es importante destacar que, en la actualidad, esas sociedades se muestran cada vez más reticentes a cubrir estos riesgos, exigiendo primas elevadas o, incluso, negándose a suscribir esos contratos.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: NUEVOS PROBLEMAS DE JURISDICCION

- 1) Las responsabilidades por resultados adversos derivados de la actividad sanitaria siguen pudiendo sustanciarse en los ordenes penal, civil y contencioso-administrativo. Sin embargo son apreciables ciertas nuevas tendencias y condicionamientos relativos a la preferencia, competencia y conveniencia de tales diferentes órdenes jurisdiccionales.
- 2) El orden penal, contrariamente a lo que cabía esperar de una moderna reforma operada con el nuevo Código Penal de 1995, sigue siendo una vía casi nada restrictiva en tanto que mantiene la tipificación de infracciones penales leves (faltas) con el poco exigente requisito de la imprudencia leve. Naturalmente es el entorno de la imprudencia donde se advierte que se sustancian la gran mayor parte de las cuestiones de relevancia penal; las de naturaleza dolosa se

circunscriben a muy concretos problemas (deber de secreto profesional, intrusismo,...).

La utilización del procedimiento penal concede ciertas ventajas estratégicas a veces no correctamente entendidas: entre otras, la estigmatizante amenaza de la sanción penal para forzar acuerdos entre las parte; y las mayores facilidades para que se acuerden en sede judicial diligencias conducentes a la obtención de pruebas.

- 3) En el orden civil se aprecia, comparativamente con el orden penal, primer, que las resoluciones judiciales suelen acordar indemnizaciones sustancialmente más altas; y segundo, un relajamiento en los requisitos que fundamentan la responsabilidad civil, más allá del de la relación de causalidad.

Cabe significar al respecto: 1.- la doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado; y 2.- el recurso a la “huida” hacia el defectuoso consentimiento informado cuando respecto al resultado adverso no se ha podido reconocer culpa. Aspectos estos que acercan el sistema responsabilidad civil al de la responsabilidad objetiva, siendo detectable cierta emulación de lo que acontece en el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Especial interés suscito el referido “recurso al consentimiento informado”, que frecuentemente da lugar al establecimiento de responsabilidades civiles por resultados adversos por confusión con auténticos problemas de mala praxis. De lo que cabe esperar, al contar además con la mejor comprensión de los profesionales (y de los jueces) del significado de lo que realmente es el consentimiento informado y su relevancia, y con las previsiones al respecto de la reciente Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que aquella aproximación a la responsabilidad objetiva habría de dejar de servirse del *casualmente (que no causalmente) concurrente defecto en el consentimiento informado*.

- 4) En el orden contencioso administrativo, la Ley 30/1992, constituye el punto de inflexión que convierte a esta jurisdicción en atrayente para la exigencia de responsabilidades en las que pueda verse implicada la Administración Pública. Si bien aquí el panorama jurisprudencial se presenta menos “disimulado” (comparativamente con la jurisdicción civil) en cuanto al acogimiento de la responsabilidad objetiva, convendría retomar la discusión acerca de

la implementación, aquí, de principios que informan la responsabilidad en el orden civil. Se hizo mención al de “ la obligación de medios y no de resultados”, que en cierto modo orientaría la adecuada comprensión de la actividad sanitaria como una actividad de riesgos que asumen por supuesto el profesional y las instituciones (publicas) sanitarias, entre otras cosas por el seguimiento asistencial de la situación de quien resulta mermado en su salud por actos sanitarios: pro que en su justa medida también corresponde asumir al usuario del sistema de salud.

MESA DE TRABAJO: ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LA SANIDAD Y DERECHOS DE LOS CIUDADNOS

Relatores:

José María Pérez Gómez y Pablo Ortiz de Elgea Goicoechea

LA SANIDAD EN LA UNION EUROPEA

- 1) La libre circulación de usuarios dentro de la Unión Europea plantea unos problemas de gestión que en el futuro puede afectar a la sostenibilidad financiera de los sistemas sanitarios.
- 2) Ante este panorama, parece que el desarrollo de una regulación mínima europea al respecto.
- 3) En el orden interno, se costata la ausencia de coordinación entre los distintos agentes del Sistema Nacional de Salud y otras Administraciones Públicas (Administración Local, entidades gestoras de la Seguridad Social,...)

EL CATALOGO DE PRESTACIONES

- 1) Se precisa una norma con rango de Ley para su regulación.
- 2) Es imprescindible el consenso de los agentes del Sistema Nacional de Salud para su elaboración.

LA COLABORACION ENTRE LOS SISTEMAS AUTONOMICOS DE SALUD

- 1) Parece necesario un instrumento que permita garantizar un mínimo común denominador el acceso, contenido e intensidad de las prestaciones para garantizar las condiciones básicas de igualdad entre todos los beneficiarios del sistema sanitario.

- 2) Este Instrumento debería sentar los conceptos básicos jurídicos, financieros, técnicos a partir de los cuales los distintos agentes pueda desarrollar sus funciones y servicios.
- 3) Para ello es necesario el consenso de los agentes del sistema sanitario.

ORDENACION SOCIO SANITARIA

- 1) La necesidad de la sociedad, con una población cada vez más envejecida, requiere una prestación socio sanitaria acorde con las mismas.
- 2) Para ello, se precisa mejorar la coordinación o, en su caso, precisa la integración de las instituciones administrativas con competencias en los ámbitos sanitarios y de asistencia social.
- 3) La sostenibilidad financiera del sistema determina la presencia significativa de la gestión concertada en este ámbito, por lo que se precisa el estricto funcionamiento de los mecanismos de control por parte de la administración para garantizar la calidad exigible a la prestación socio sanitaria.

MESA DE TRABAJO: LOS RECURSOS HUMANOS DEL SISTEMA SANITARIO

Relatores:

José Luis Ruiz Ciruelos y Ramón Jiménez Román

BASES COMUNES: EL ESTATUTO MARCO

- 1) Mayoritariamente se piensa que si son necesario unas normas básicas, o reglas generales para todo el personal de Sistema Nacional de Salud.
- 2) Por el contrario no hay razones objetivas para establecer normas específicas para colectivos concretos del personal del Sistema Nacional de Salud.
- 3) La Directiva sobre jornada máxima debe conllevar nuevos modelos organizativos, siendo necesario reorganizar los diferentes servicios, así como racionalizar las guardias.
- 4) La Carrera profesional:
 - a) Se plantea como algo imparable.
 - b) Se ve muy problemática su coordinación entre todos los Servicios Autonómicos de Salud.

- c) Tal vez solo para los niveles universitarios, potenciando la promoción profesional para el resto de colectivos.
- 5) Dos preguntas, o tal vez dos deseos:
 - a) ¿Porque no plantearse las jubilaciones anticipadas dentro del personal del Sistema Nacional de Salud?.
 - b) ¿Porque no se hacen las modificaciones necesarias para poder tener contratos de relevos en las Administraciones Públicas?.

FORMACION CONTINUADA Y ESPECIALIZADA. EL INTREUSISMO PROFESIONAL

- 1) La mesa de trabajo ha constado no solo la dificultad, sino también la improcedencia de abordar una regulación detallada del ámbito funcional propio y exclusivo de las diferentes profesiones sanitarias, dada la existencia de campos de actuación comunes y el necesario enfoque interdisciplinar de la actuación de los servicios sanitarios.
- 2) No obstante, si se considere conveniente la regulación por Ley de los dos siguientes aspectos:
 - a) La clara, precisa y expresa identificación de las profesiones que tienen carácter sanitario.
 - b) Las actuaciones que sobre la salud individual o colectiva han de quedar reservadas a los profesionales sanitarios.
- 3) Respecto a la formación especializada, se considera necesario mejorar y desarrollar el sistema MIR, fundamentalmente en lo relativo a la adecuación de las plazas formativas de cada especialidad a las necesidades reales de los servicios de salud, a los procedimientos de evaluación de los residentes y del sistema de formación, y a la definición de los requisitos de acreditación docente de los centros sanitarios.
- 4) Finalmente, se ha resaltado la importancia de la formación continuada para mantener el nivel de competencia de los profesionales y la necesidad de coordinar las funciones de las administraciones sanitarias en esta materia, afín de que su desarrollo obedezca a las necesidades, planes y objetivos del Sistema Nacional de Salud.

LIBRE CIRCULACION DE PROFESIONALES

- Europa

- 1) No a la desregulación, mantenimiento de la armonización en las especialidades medicas existentes, e incluso ampliarlas.
- 2) Contemplar la incorporación al sector publico europeo, como una causa de excedencia por incompatibilidad en las Administraciones Públicas.
- 3) La ampliación de la Unión Europea puede traer problemas en el reconocimiento de título, si se sigue el camino de la desregulación de las profesiones en Europa.
- 4) La peculiar distribución de las competencias en el reconocimiento de títulos, en las que intervienen dos Ministerios y las Comunidades Autónomas, hace necesaria una especial coordinación de esta materia que no siempre se consigue.

- España

- 2) Movilidad entre todos los Servicios de Salud con independencia del origen o del régimen jurídico de su personal.

COLEGIACION Y ACCION SINDICAL

- 1) La mesa de trabajo ha centrado su debate en el papel que han de desempeñar los colegios profesionales en el actual sistema de salud, y considera imprescindible la apertura de un proceso de reflexión amplio, con participación de todos los sectores interesados, sobre las funciones que, especialmente en el campo de la ordenación de las profesiones respectivas, han de desarrollar, hoy en día, tales corporaciones, tanto en el ámbito nacional como en el de la Unión Europea.
- 2) Como resultado de ese proceso de reflexión, debe de producirse una nueva regulación legal y postconstitucional que contemple ese nuevo papel de los colegios profesionales, así como la distribución de competencias en materia de colegios entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

DEMANDAS SANITARIAS: RESPUESTAS DE UN SERVICIO PUBLICO DE SALUD. EXPERIENCIA EN LA COMUNIDAD VALENCIANA.

Roig Oltra, R.J., *Secretaría General. Conselleria de Sanitat. Generalitat Valenciana*
Andani Cervera, J., *Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaria General. Conselleria de Sanitat*
Vidal Alamar, A., *Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaria General. Conselleria de Sanitat*
Andreu Solsona, P., *Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaria General. Conselleria de Sanitat*
Pérez Guirao, A., *Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat*
Cabo Iranzo, A., *Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat*
Montoro Blasco, A., *Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat*
Prefaci Cruz, J., *Gabinete del Conseller. Conselleria de Sanitat*

PALABRAS CLAVE: Gestión de riesgos, responsabilidad patrimonial, Inspección de Servicios Sanitarios, Seguro de responsabilidad civil y patrimonial.

PERSONA DE CONTACTO PARA CORRESPONDENCIA:

Joaquín Andani Cervera. Teléfono: 96.386.28.30 E-mail: andani_joa@gva.es

La Secretaría General de la Conselleria de Sanitat de la Generalitat Valenciana se constituye como un centro directivo horizontal prestador de servicios al resto de órganos directivos de los servicios centrales sanitarios y a las instituciones y centros sanitarios.

En desarrollo de las competencias asignadas aglutina, entre otras, varias unidades cuyas funciones inciden en materia de responsabilidad administrativa y penal de la Administración y los profesionales sanitarios: la Inspección de Servicios Sanitarios, el Area Jurídica, el Servicio de Responsabilidad Patrimonial y la Secretaría General Administrativa.

Es un dato constatado que en los últimos años se viene produciendo un notable incremento cuantitativo de reclamaciones y demandas por la asistencia sanitaria prestada a los ciudadanos, formuladas contra organismos públicos y empresas privadas.

Los cambios sociales y sanitarios que se han ido produciendo en los últimos años, unidos al gran avance tecnológico y, sobre todo, a la divulgación por los medios de comunicación de masas de estos avances, en ocasiones sin contrastación alguna, hacen que la sociedad en general sea más demandante y que tenga unas expectativas que algunas veces son excesivas y no se corresponden con la realidad.

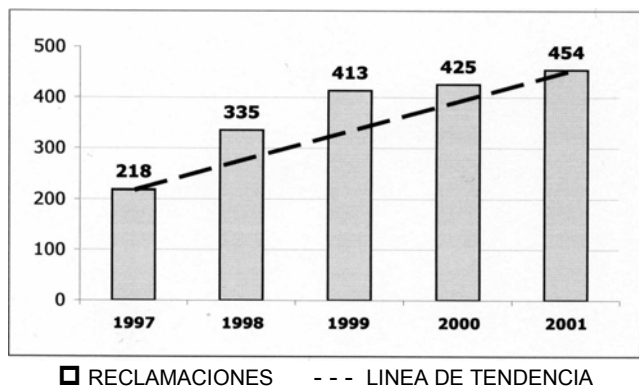
En la práctica, esto se refleja en una judicialización creciente de los temas sanitarios, que conlleva la proliferación de demandas en vía civil y penal. Además, en el ámbito de la sanidad pública se ha experimentado un gran aumento de reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, así como la presentación de otras reclamaciones por los ciudadanos, en forma de quejas verbales o escritas.

Las reclamaciones y demandas por responsabilidad sanitaria suponen unos costes:

- a) Costes económicos: indemnizaciones, práctica de la medicina defensiva, defensa jurídica de los profesionales y/o de la institución sanitaria, pérdida de productividad del profesional y del centro, etc.
- b) Costes de calidad: toda reclamación pone de manifiesto cierta insatisfacción del paciente o sus familiares con la asistencia sanitaria recibida, etc.

El aumento de las reclamaciones por responsabilidad patrimonial, se observa claramente en el gráfico, que muestra una línea de tendencia creciente, de manera que desde 1997 a 2001 se ha duplicado el número de recla-

maciones por Responsabilidad Patrimonial presentadas ante la Conselleria de Sanitat.



Este incremento, cuyas causas podrían ser objeto de otro artículo, ha hecho necesaria, a juicio del centro directivo de la Generalitat Valenciana competente en esta materia, la adopción de una estrategia que dé respuesta a las demandas de los ciudadanos y al mismo tiempo defienda los intereses de los profesionales, garantizando la oportuna indemnización en los casos que proceda.

En primer lugar, se procedió a la contratación de un Seguro de responsabilidad civil y patrimonial, gestionado directamente por la Secretaría General, que se convierte en el interlocutor válido ante la compañía de seguros, descargando al profesional demandado de la carga adicional que pudiera suponer la tramitación de la documentación necesaria, lo que supone un beneficio moral para el profesional, al que hay que unir el beneficio que representa el hecho de que la cobertura ante una posible indemnización económica es total.

Tras el incremento de reclamaciones experimentada en 1998, la Secretaría General designó a la Inspección de Servicios Sanitarios para la realización de Informes Técnicos de Inspección en los procedimientos de responsabilidad patrimonial de la Conselleria de Sanitat relacionados con temas médico-sanitarios.

Con ello se pretende, además de facilitar la tramitación del expediente administrativo considerando la competencia de los inspectores médicos en el acceso a la documentación clínica, efectuar una interpretación de los hechos acaecidos durante la asistencia al paciente que se ajuste a la realidad, ya que con relativa frecuencia la actuación médica ha sido correcta atendiendo a los estándares clínicos y asistenciales, pero, sin embargo, el paciente puede no estar satisfecho con el resultado.

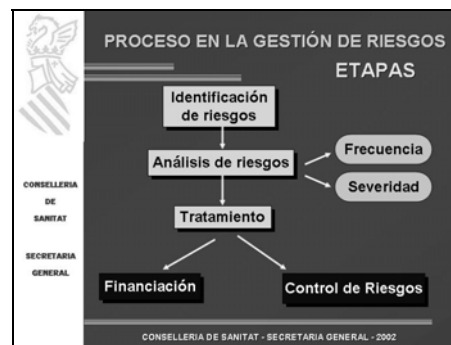
No hay que olvidar que la obligación del sistema sanitario es de poner los medios necesarios para prestar la asistencia, no de obtener un buen resultado siempre, ya que el resultado depende de diversos factores que en no

pocas ocasiones son ajenos a la buena praxis del profesional sanitario.

El Servicio de Inspección de la Secretaría General de la Conselleria de Sanitat ha dictado unas Instrucciones con el objetivo de lograr una más alta calidad en la elaboración de estos informes.

La tercera de las piedras angulares sobre las que descansa la estrategia de la Secretaría General es el diseño y progresiva implantación de un Plan Estratégico de Gestión de Riesgos sanitarios, que pretende dotar al profesional sanitario de una herramienta para identificar y, en la medida de lo posible, minimizar los riesgos de acontecimientos adversos que den lugar a responsabilidad tanto del profesional como de la institución.

La Gestión de Riesgos es una herramienta más para mejorar la calidad de la asistencia sanitaria, mejorar la seguridad de los pacientes y los profesionales y disminuir los costes evitables al bajar la frecuencia o gravedad de los sucesos. Se trata básicamente de conocer cuáles son los riesgos a los que una institución o un determinado servicio están expuestos, analizarlos y adoptar medidas preventivas cuando ello sea posible.



En resumen, y para concluir la presente comunicación, queremos señalar las tres herramientas esenciales integradas en la estrategia de la Secretaría General de la Conselleria de Sanitat para afrontar el reto del incremento de reclamaciones y demandas por responsabilidad sanitaria.



GESTION DE RIESGOS SANITARIOS: EXPERIENCIAS PRACTICAS EN PREVENCION DE CAIDAS EN CENTROS SANITARIOS.

Andani Cervera, J., Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaria General. Conselleria de Sanitat
Andreu Solsona, P., Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaria General. Conselleria de Sanitat
Vidal Alamar, A., Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaria General. Conselleria de Sanitat
Pérez Guirao, A., Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat
Montoro Blasco, A., Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat
Cabo Iranzo, A., Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat
García Heredia, C., Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat
Roig Oltra, R.J., Secretaría General. Conselleria de Sanitat. Generalitat Valenciana

PALABRAS CLAVE: Gestión de riesgos, responsabilidad patrimonial, Inspección de Servicios Sanitarios, Caídas en centros sanitarios.

PERSONA DE CONTACTO PARA CORRESPONDENCIA:

Joaquín Andani Cervera. Teléfono: 96.386.28.30 E-mail: andani_joa@gva.es

OBJETIVO: Se ha realizado una revisión de los expedientes de Responsabilidad Patrimonial cuya causa de reclamación fue por caídas con un doble objetivo: por un lado analizar su impacto, tanto en términos de número de reclamaciones como de severidad de las mismas, y por otro lado analizar las causas por las que se ha reclamado y la existencia de responsabilidad de la Administración en la ocurrencia de cada caída y posibilidades de evitar caídas futuras.

MATERIAL Y METODO: Análisis de los expedientes de responsabilidad patrimonial por caídas tramitados por la Conselleria de Sanitat entre 1997 y 2001.

ESTUDIO: La ocurrencia de caídas en un centro sanitario señala una deficiente calidad asistencial, y de esta forma es percibido por los pacientes y visitantes.

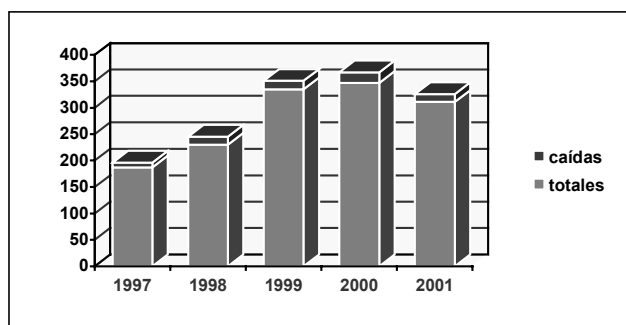
El Índice de caídas se calcula como la relación entre el número de caídas en pacientes ingresados por cada 1000 estancias, según la fórmula $I.C. = (n^{\circ} \text{ caídas pacientes} / n^{\circ} \text{ estancias}) \times 1000$

En estudios internacionales se ha calculado que este índice oscila entre 2.5 y 4.5 caídas por cada 1000 estancias.

En los centros sanitarios de la Comunidad Valenciana no existe actualmente un sistema de registro de caídas, obteniendo la información sobre su ocurrencia únicamente de las reclamaciones que presentan los pacientes o visitantes.

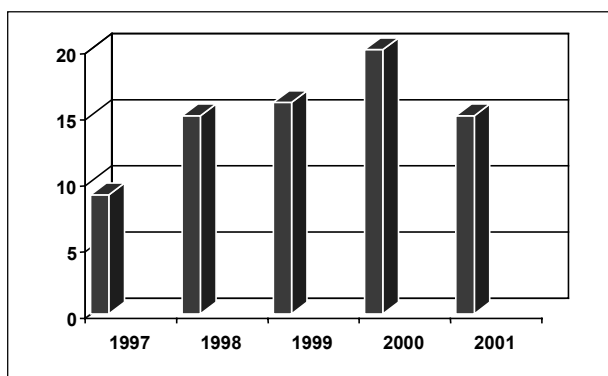
Se ha analizado la totalidad de reclamaciones patrimoniales que se presentaron ante la Conselleria de Sanitat entre 1997 y 2001, y se han seleccionado aquellas cuya causa de reclamación fue una caída. Se han excluido expresamente las reclamaciones por caídas cuya causa fue la precipitación, ya que éstas se incluyen en un apartado diferente. Los datos obtenidos se han reflejado en el gráfico adjunto, donde puede apreciarse que la proporción de reclamaciones por caídas en relación con el número total de reclamaciones se mantiene año tras año. En términos globales, las reclamaciones por caídas suponen aproximadamente un 6% del total de reclamaciones presentadas.

GRAFICO I : RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL TOTALES Y POR CAIDAS



En cuanto a la **frecuencia** de reclamaciones por caídas, estudiamos la evolución del número de reclamaciones que se puede observar en el siguiente gráfico, que muestra un incremento en el número de reclamaciones presentadas en 1998 respecto de las presentadas en 1997, estabilizándose en los años siguientes el número de reclamaciones, salvo el incremento en 2000 que se explica tras estudiar los expedientes correspondientes a ese año, ya que ocurrió un fallo mecánico en una puerta automática que ocasionó la presentación de 3 reclamaciones por caída en el mismo día.

GRAFICO II : EVOLUCION DEL NUMERO DE RECLAMACIONES DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR CAIDAS EN CENTROS SANITARIOS



La **severidad** se analiza desde una doble vertiente: la gravedad de las lesiones producidas y el impacto económico que las indemnizaciones hayan supuesto. Habida cuenta de que una parte de los expedientes analizados se encuentran actualmente en vía de tramitación, no tomaremos en cuenta el importe indemnizado, sino el importe reclamado:

- ❖ El importe medio reclamado asciende a 28.850 euros (4.800.000 pts.)

- ❖ Las lesiones producidas varían desde una simple rotura de gafas o unas contusiones leves hasta lesiones importantes del tipo de luxación de clavícula o fractura de cadera y cúbito y radio (la más grave de todas ellas)

Del análisis realizado podemos concluir que no existe un elevado número de reclamaciones por caídas, pero la severidad de las mismas no es despreciable.

Aplicando el método de Hanlon para priorizar actuaciones donde se tiene en cuenta la magnitud o frecuencia del problema (M), su severidad (S), la eficacia de la solución (E) y la facilidad para su aplicación (F), según la fórmula

$$P = (M+S) * E * F$$

puede verse fácilmente que el diseño e implantación de un plan para prevenir caídas en centros sanitarios resulta una actuación de prioridad alta, ya que la eficacia de la solución es muy grande, así como la facilidad de implantación, y ambos factores aparecen multiplicando en la fórmula.

PLAN DE PREVENCIÓN DE CAIDAS:

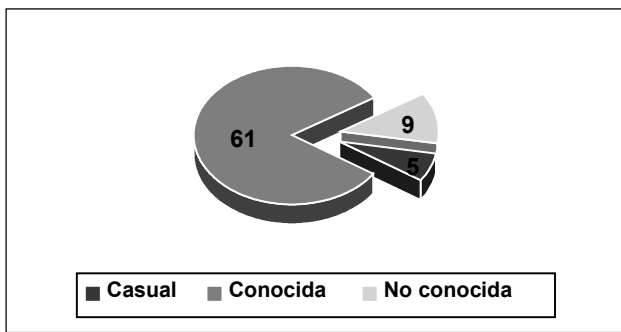
El diseño e implantación de un plan de prevención de caídas abarcará:

- ❖ Conocimiento de las causas de las caídas
- ❖ Identificación factores de riesgo:
 - ✓ Del paciente
 - ✓ Ambientales
- ❖ Aplicación de instrumentos y estrategias de prevención de caídas
- ❖ Respuesta rápida ante los incidentes que minimize el daño una vez ha ocurrido una caída.

Conocimiento de las causas de las Caídas:

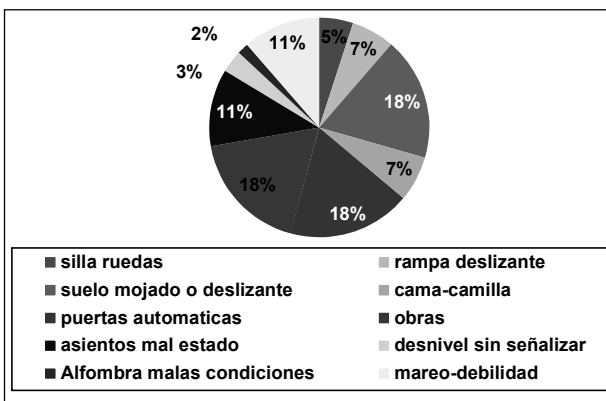
Del total de reclamaciones por caídas presentadas desde 1997 a 2001, 5 se debieron a causas accidentales completamente ajenas al funcionamiento del servicio público y en 9 casos no se ha podido establecer la causa a partir del estudio de la reclamación, por lo que no se toman en cuenta para el análisis.

GRAFICO III : CAUSAS DE LAS RECLAMACIONES POR CAIDAS



Una vez excluidas las reclamaciones accidentales y aquellas en las que no se pudo averiguar la causa, se han clasificado las 61 reclamaciones restantes en las categorías siguientes:

GRAFICO IV : CAUSAS DE LAS RECLAMACIONES POR CAIDAS (excluidas casuales y no conocidas)



- ✓ Suelo mojado o deslizante: comprende las caídas ocasionadas por estar el suelo mojado, bien por presencia de líquido (charcos en el suelo), bien a causa de la limpieza ordinaria. Supone el 18% de las caídas
- ✓ Puertas automáticas: Se ha incluido en este apartado las caídas ocasionadas por accidentes con puertas automáticas, incluyendo las relacionadas con las puertas de los ascensores. Suponen el 18% de las caídas, si bien son las de menor severidad en cuanto a daños se refiere.
- ✓ Obras: Incluye tanto obras que se estaban efectuando en el momento de la caída, como elementos olvidados en obras efectuadas con anterioridad (agujeros en el suelo, postes semiente-

rrados, etc) Constituye el 18% de las reclamaciones.

- ✓ Asientos en mal estado: comprende el 11% de las reclamaciones, son caídas ocasionadas por defectos en los respaldos, en las patas o en la estabilidad de los muebles en general.
- ✓ Mareo- debilidad: En esta categoría, que supone el 11% de las reclamaciones, se han incluido las caídas ocasionadas por circunstancias relacionadas con la patología o circunstancias que presentaba el paciente.
- ✓ Cama- camilla: Relacionado con el apartado anterior, son las caídas de pacientes desde la cama o camilla y suponen un 7% de las reclamaciones.
- ✓ Rampa deslizante: supone el 7% de las reclamaciones; se trata de rampas construidas sin material antideslizante y, la mayor parte de las veces, sin barandas.
- ✓ Silla de ruedas: Comprende un 5% de reclamaciones, la causa es no frenar la silla de ruedas antes de sentar al paciente
- ✓ Desnivel sin señalar
- ✓ Alfombra en malas condiciones

Identificación factores de riesgo:

Los principales factores que intervienen en la ocurrencia de las caídas pueden ser debidos, bien a condiciones del paciente, bien a condiciones ambientales o del entorno.

Del estudio de las reclamaciones presentadas, se extrae que los principales factores de riesgo son:

- ✓ Del paciente:
 - Edad > 60 años
 - Historial de caídas previas
 - Debilidad de miembros inferiores, trastornos de estabilidad y marcha
 - Polimedicación (4 ó más medicamentos)
 - Hipotensión ortostática
 - Disminución agudeza visual, hipoacusia
 - Trastornos neurológicos (incluye demencia y depresión)
 - Calzado inapropiado

✓ Ambientales:

- Pisos resbaladizos
- Camas en posición alta
- Muebles inestables (que se deslicen)
- Muebles con bordes agudos
- Barandas que ocupen TODO el largo de la cama
- Objetos o cables en el piso
- No barandas de agarre en baños
- Asientos en mal estado
- Obras o desniveles sin señalar
- Puertas automáticas sin vigilancia- mantenimiento

Aplicación de instrumentos y estrategias de prevención de caídas:

✓ Plan de prevención de caídas: comprenderá los siguientes pasos:

1º. IDENTIFICACION al ingreso de los pacientes de riesgo, por el personal de enfermería: se realizará mediante un cuestionario de valoración del riesgo potencial de caídas (ver tabla I), asignando a cada paciente una puntuación, a través de la cual se clasifica en un determinado nivel de riesgo. Se recomienda revisar cada 24 horas el cuestionario de valoración de riesgo potencial de caídas

y cambiar la valoración en caso de que varíe la condición física o mental del enfermo

2º. FACILITAR EL RECONOCIMIENTO de los pacientes de riesgo: Una vez identificados, hacer este hecho claramente visible mediante pulseras de un color determinado, pegatinas, etc.

3º. MONITORIZACION PERMANENTE de estos pacientes

4º. COMUNICAR EL ESTATUS DE RIESGO DE CAIDA al paciente y a la familia: Ayuda a establecer expectativas realistas de independencia

5º. ENSEÑAR a los pacientes y/o familiares, crear conciencia del FACTOR AMBIENTAL e implementar las modificaciones necesarias

6º. IMPLEMENTAR SISTEMA DE PARTE DE CAIDAS y evaluar todas las caídas y establecer una BASE DE DATOS

**TABLA I: CUESTIONARIO DE VALORACIÓN DEL RIESGO
POTENCIAL DE CAÍDAS**

PACIENTE:

	FECHAS	/	/	/	/
A-EDAD	PUNTOS				
80 años o mayor	1				
60-69 años	2				
70-79 años	3				
B- ESTADO MENTAL					
Confusión permanente	2				
Desorientación nocturna	4				
C- DURACION INGRESO					
Más de 3 días	1				
0-3 días	2				
D-CONTROL ESFINTERES					
Catéter y/o ostomía	1				
Necesita ayuda para evacuar	3				
Independiente e incontinente	5				
E- DEFICITS					
Déficit visual	1				
Limitado a cama/sillón	3				
F- PRESION ARTERIAL					
Disminución TAS 20 mmHg	1				
TA baja permanente	1				
G-DEAMBULACION Y MOVILIDAD					
Antecedentes de caídas recientes	7				
Mal equilibrio en posición erecta	2				
Pérdida de equilibrio al andar	4				
Mala coordinación muscular	3				
Marcha oscilante o tambaleante	4				
Uso de bastón, andador, muletas	2				
Necesita apoyarse en muebles,...	2				
F- MEDICACION DE LAS ULTIMAS 48 HORAS					
Alcohol	1				
Anestesia General	1				
Agentes cardiovasculares	1				
Diuréticos	1				
Laxantes/catárticos	1				
Sedantes / psicotropos	1				
Narcóticos	1				
PUNTUACION DEL RIESGO DE CAIDA					

✓ Control del entorno

- Acordonamiento de áreas de piso mojado o en construcción
- Material antideslizante en rampas y protegidas con barandas
- Señalizar desniveles (incluye escalones aislados)
- Proteger cables que van por el piso
- Mantenimiento periódico de sillas (y demás mobiliario en general)

- Mantenimiento preventivo y vigilancia de puertas automáticas en días de mayor afluencia de público.

Respuesta rápida ante los incidentes que minimice el daño una vez ha ocurrido una caída.

- ✓ Atención inmediata del paciente o visitante que ha sufrido una caída
- ✓ Ofrecerle la reparación del daño causado
- ✓ Investigación del caso. Si se observa alguna irregularidad, tratar de resolverla de forma inmediata.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL: ANÁLISIS DE UNA ENFERMEDAD TRANSMISIBLE.

AUTORES: Vidal Alamar, A. *, Andani Cervera, J. *, Andreu Solsona, P. *, Montoro Blasco, A. **, Cabo Iranzo, A. **, Pérez Guirao, A. **, Prefaci Cruz, J. ***, García Heredia, C. **, Roig Oltra, R.J. ****

* Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaria General. Conselleria de Sanitat.

** Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat.

*** Gabinete del Conseller. Conselleria de Sanidad.

**** Secretaría General. Conselleria de Sanitat. Generalitat Valenciana.

PALABRAS CLAVE: Responsabilidad patrimonial, informes de inspección de servicios sanitarios.

PERSONA DE CONTACTO PARA CORRESPONDENCIA:

Joaquín Andani Cervera. Teléfono: 96.386.28.30 E-mail: andani_joa@gva.es

El objetivo que pretende este estudio es adecuar la Responsabilidad Patrimonial de la Administración en el contagio por VHC a su auténtica dimensión, en función del cambio jurisprudencial y de la normativa actual, mediante el establecimiento de una metodología de trabajo que permita a los Médicos Inspectores la elaboración de informes técnicos de mayor calidad a partir de un sistema de Feed-back.

Se procedió a la revisión de la legislación, la normativa, y la interpretación judicial.

- ✓ El orden jurisdiccional competente es La Jurisdicción Contencioso-Administrativa
- ✓ No existe responsabilidad patrimonial de la Administración, cuando al tiempo de la realización de la transfusión, no se hubiere aislado el virus de la hepatitis C, ni se contara con marcadores para detectarlo, debido a la inexistencia de lesión antijurídica por tratarse de un riesgo que el enfermo debía soportar.(Art.141.1 LRJPA)
- ✓ Los daños fortuitos quedan a cargo de la Administración titular del servicio en cuyo marco se producen. Se excluyen únicamente de responsabilidad los “casos de fuerza Mayor”. Cuyas características son las de no haber podido preverse o que previsto fuera

inevitable. Sus apellidos serían los de determinación irresistible y exterioridad.

- ✓ La jurisprudencia establece la responsabilidad de la Administración en base a: “ El creador de un riesgo ha de responder del daño que haya causado a un tercero; y ello, con independencia de que haya o no culpa, o su actuación este o no de acuerdo con la norma.” Así, la responsabilidad de la administración es la consecuencia de un riesgo creado por la creación de servicios. Y dicha responsabilidad es objetiva.
- ✓ Se considera que la responsabilidad nace a finales de diciembre de 1.989, cuando la ciencia es capaz de detectar el Virus de la hepatitis C y no cuando la normativa impone como obligatoria dicha prueba en las donaciones en junio o octubre de 1990.
- ✓ La carga de la prueba corresponde a la Administración sanitaria. Y no basta con una referencia bibliográfica. Para que su validez sea total, es necesario que la misma sea certificada por un experto de reconocida solvencia y prestigio profesional.
- ✓ El plazo de prescripción de un año comienza cuando se han estabilizado y consolidado los daños o se co-

nocen definitivamente los efectos del quebranto, no en el momento del diagnóstico

El método de trabajo para la consecución del objetivo ha incluido una revisión del siguiente material:

- ✓ Informes realizados por los Médicos Inspectores de la Consellería de Sanidad de la Comunidad Valenciana.
- ✓ Base de datos de expedientes de responsabilidad patrimonial de la Consellería de Sanidad
- ✓ Base de datos de dictámenes del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana
- ✓ Base de datos de resoluciones del Conseller de Sanidad de la Comunidad Valenciana
- ✓ Otras bases de datos

Con este material se ha procedido a:

Realizar un estudio retrospectivo de las reclamaciones patrimoniales de responsabilidad patrimonial por contagio de VHC en la Comunidad Valenciana.

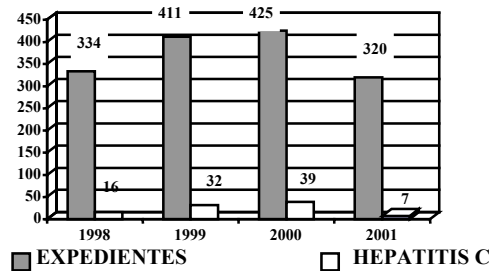
El estudio descriptivo de los expedientes incluye los siguientes aspectos:

- Su cuantificación numérica
- El estado de tramitación
- La duración de su tramitación
- Clasificación en cuanto al momento de los hechos
- Clasificación respecto de la existencia de transfusión
- Clasificación respecto del momento de la transfusión
- Clasificación respecto a la existencia de informe de esterilización
- Clasificación en cuanto a la existencia de biopsia
- Relación entre indemnización y daño hepático
- Sentido de las resoluciones emitidas

Cuantificación del número de reclamaciones

¿De que cantidades hablamos? ¿Cuántos expedientes de responsabilidad patrimonial se tramitan por la Consellería de Sanidad en la Comunidad Valenciana y cuantos de ellos guardan relación con la transmisión del VHC?

El número de expedientes y los relacionados con la transmisión del VHC se recogen en el siguiente gráfico:



AÑO	1998	1999	2000	2001
EXPEDIENTES	334	411	425	320
HEPATITIS C	16	32	39	7

El análisis de estos datos pone de manifiesto que:

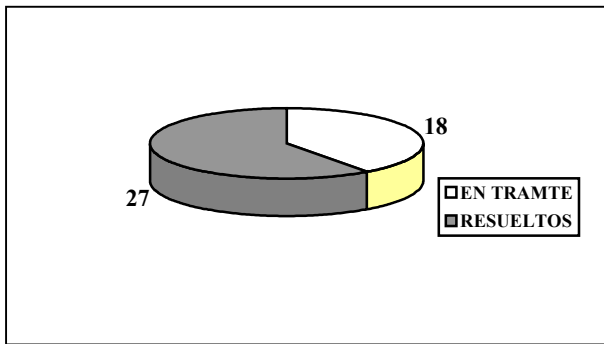
En 1999 el número de expedientes se incrementó en un 23,1% mientras que el número de casos que se refieren a contagios de hepatitis C, se incrementó en un 100% respecto a 1998.

En el año 2000 y también respecto de 1998 el incremento de casos fue de un 27,2% siendo el incremento de casos relacionados con transmisión del VHC respecto del mismo año de un 143%.

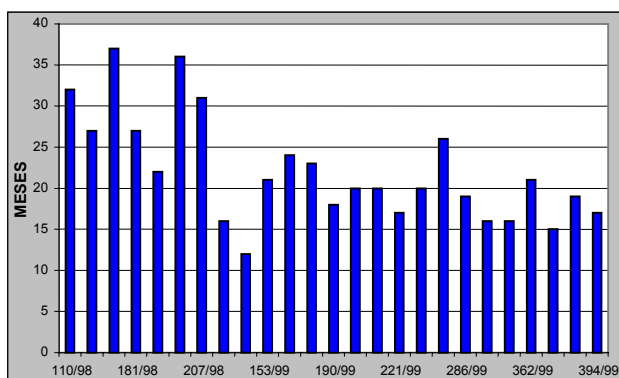
En el 2001 según la evolución se prevén, según la evolución, un total de 320 casos lo que supone una disminución del 4,2% respecto del año de referencia, 1988, siendo la evolución de los casos relacionados con la transmisión de la hepatitis C, la disminución de un 56,3% respecto del mismo año.

El seguimiento de estos datos pone de manifiesto que aunque la tendencia del número de reclamaciones de responsabilidad patrimonial es ligeramente alcista, el número de casos relacionados con la transmisión del VHC se disparó puntualmente por la denuncia pública de un presunto caso masivo de contagio, pero si exceptuamos esta tendencia no es alcista.

El estado de tramitación administrativa de los expedientes correspondientes a los años 1998 y 1999 responde a los datos recogidos en el siguiente gráfico:

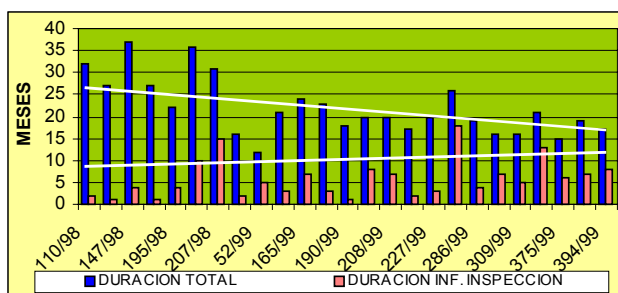


En el momento del estudio, octubre de 2001, se había finalizado el 60% de los expedientes de los años 1998 y 1999, quedando pendiente aún un 40% de los mismos, lo que supone una tramitación larga y tediosa.



La gráfica que recoge la duración de cada uno de los expedientes terminados durante los años de estudio, 1998 y 1999, ordenados por fecha de inicio, es la siguiente:

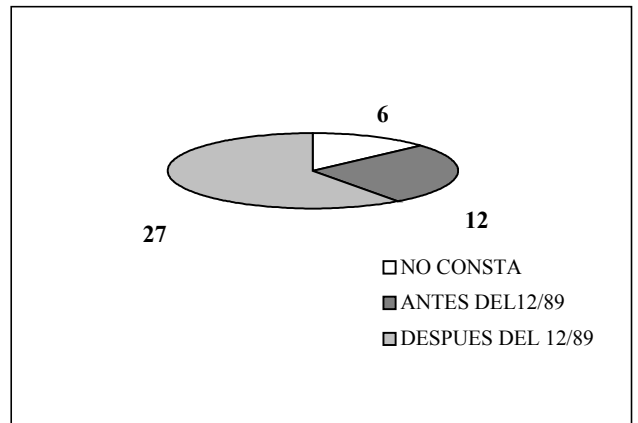
El tiempo invertido por la inspección de servicios sanitarios en la realización de los informes técnicos en los expedientes de responsabilidad patrimonial en cada uno de los expedientes terminados se recoge en la siguiente gráfica:



La duración de la tramitación de los expedientes a principios de 1998 rondaba los 30 meses, siendo a final de 1999 de unos 15 meses. Esta progresiva disminución de la duración total de la tramitación,

coincide con el incremento de la participación de la inspección de servicios sanitarios. La mayor dedicación de la Inspección Médica en la realización de los informes técnicos coincide con una disminución del expediente a la mitad.

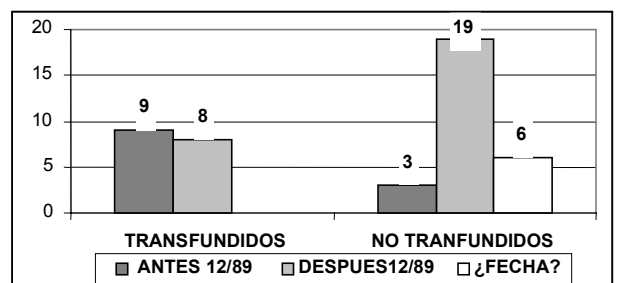
La determinación del momento en el que se produjeron los hechos reclamados, extraída de la revisión de los informes, se muestra en el siguiente gráfico:



Los datos recogidos en este Gráfico ponen de manifiesto que el 60% de los expedientes relativos a la transmisión del VHC son anteriores a enero de 1990. Este dato es importante ya que la tendencia del Tribunal Supremo es la de determinar la ausencia de responsabilidad en estos casos.

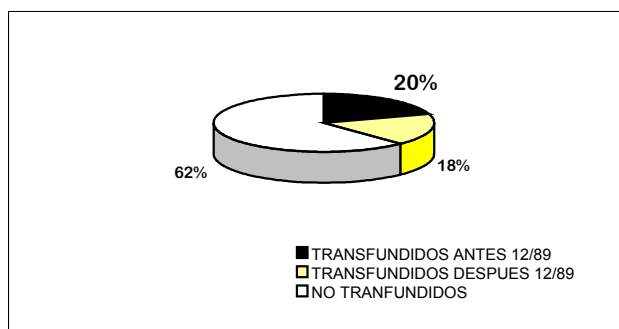
Llama la atención la ausencia de determinación de la fecha de los hechos en seis de los casos, el 13%, en los informes de la inspección de servicios sanitarios. Hecho que se está considerando como de gran relevancia por parte del estamento judicial.

Si se confirma la tendencia del Tribunal Supremo, solo sería exigible responsabilidad, como límite máximo, en una cuarta parte de las reclamaciones.



Los datos que permiten clasificar los expedientes de responsabilidad patrimonial de los años 1998 y 1999, referidos a la posible transmisión del VHC en la Comu-

nidad Valenciana, respecto de la existencia o no de transfusión y el momento de la misma en los hechos denunciados, se recogen en los siguientes gráficos:

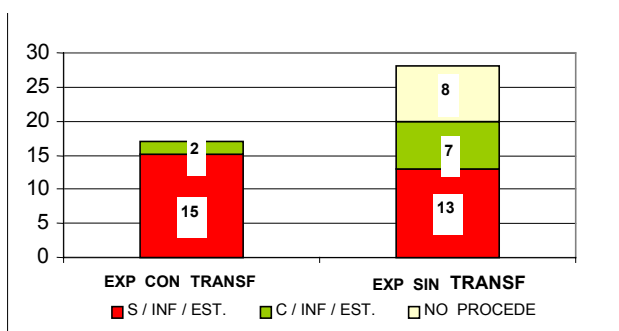


En los anteriores gráficos se pone de manifiesto que en el 62% de las reclamaciones no hubo transfusión como hecho reclamado. Y que del 38% de los casos en que hubo transfusión solo un 18% se realizaron a partir de enero de 1990.

El grupo de las reclamaciones en los que existe transfusión disminuye de 1998 a 1999, mientras el grupo de las reclamaciones en las que no se incluye transfusión aumenta del primer al segundo año. De hecho el grupo más numeroso es el de los no transfundidos del año 1999.

Las supuestas transmisiones reclamadas se asocian cada vez menos a las transfusiones sanguíneas, y más a otros procesos.

La distribución de los informes de la Inspección de Servicios Sanitarios según recojan referencias o no a la investigación sobre el funcionamiento de las centrales de esterilización en los días que supuestamente se trató el material utilizado en la asistencia prestada se recoge en el siguiente gráfico:



De estos datos cabe realizar las siguientes referencias:

En ellos queda reflejado, como se pone de manifiesto en el apartado anterior, que son más

numerosas las reclamaciones por contagio de VHC en asistencias que no llevan aparejadas transfusión sanguínea, respecto de las que sí se realizó transfusión.

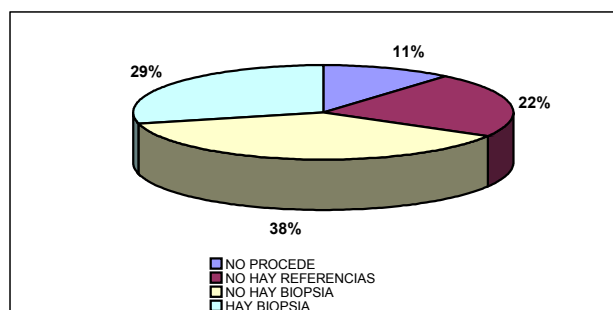
Que siendo que se incrementan los casos en los que no existe transfusión como riesgo de contagio, sin embargo, no se recabó el informe de funcionamiento de la central de esterilización en el 65% de estos casos, (13 de 20 casos, ya que en otros 8 no procedía por el tipo de reclamación).

Respecto de los casos que coexistía el riesgo de transfusión durante la asistencia reclamada, no se recabó el informe de funcionamiento de la central de esterilización en un 89% de los casos, (se recabó solo en 2 de 15 casos).

La valoración de la adecuación de los informes técnicos en función de la existencia de referencias a informaciones sobre la existencia de biopsia hepática.

El término hepatitis hace referencia a la inflamación de hígado y su valoración es eminentemente anatomopatológica. Esto requiere de biopsia para ser valorada. Es por ello que la existencia de la biopsia hepática se hace necesaria para valorar el daño visceral, su gravedad y en buena medida su origen, vírico o de otro tipo.

La distribución de los informes de la Inspección médica respecto de las referencias a la biopsia se recoge en el siguiente gráfico:

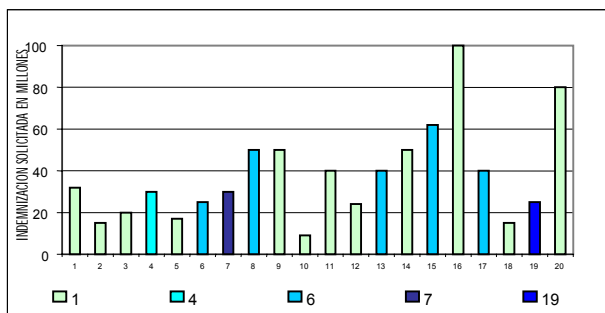


En un 22% de los casos el informe no recogía referencias a la biopsia. Se evidencia una ausencia de información importante para la valoración del posible daño causado, evolución pasada y futura y agente causal.

Además en otro 29% de los informes se hace referencias a la inexistencia de biopsia hepática, bien porque el reclamante no ha querido realizársela, bien porque la evolución favorable de su infección no la hacía necesaria.

En total en un 51% de los casos no se dispone de la información que podría aportar la biopsia.

La valoración de las indemnizaciones solicitadas de acuerdo al daño puesto de manifiesto mediante biopsia hepática. Como se ha resaltado anteriormente la biopsia es el procedimiento más certero y casi único para valorar el daño hepático en un momento dado. También es útil para valorar su posible evolución a medio plazo y aunque existen otros medios informa también del agente causante del daño hepático. Por ello se ha estimado como uno de los criterios con peso para valorar las indemnizaciones a solicitar. El gráfico que relaciona estos dos parámetros es el siguiente:



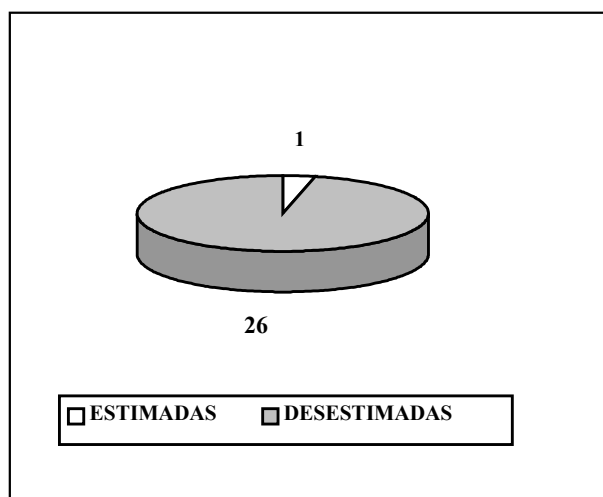
La mayor indemnización solicitada, 100 millones de pesetas, corresponde a un paciente al que no se le ha realizado biopsia hepática.

El caso más grave según biopsia hepática, biopsia con cirrosis hepática, reclama 30 millones de pesetas, y el segundo más grave, biopsia con hepatitis crónica activa moderada reclama 25 millones; cantidades sensiblemente inferiores a casos de reclamaciones sin biopsia que como se ha apuntado llegan a reclamar 100 millones, o de casos con biopsia de hepatitis crónica activa leve, que rondan los 40 millones e incluso llegan a 61 millones.

El único caso que existe con biopsia hepática sin alteración manifiesta, reclama 30 millones de pesetas, tanto como el de biopsia con cirrosis, el más grave, y más que el de biopsia con hepatitis crónica activa moderada, segundo en gravedad.

La conclusión que se extrae de los datos recogidos en el gráfico, es que la cuantía reclamada es incoherente.

La valoración del sentido de las resoluciones de la vía administrativa, a través del siguiente gráfico muestra que de los 27 expedientes resueltos, en vía administrativa, 26 han sido denegatorios y en un caso la resolución concedió indemnización.



El caso que se estimo, sin embargo, correspondía a una asistencia sanitaria prestada con anterioridad a 1990. Atendiendo a los criterios actuales del tribunal supremo este caso no debía haberse indemnizado.

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Los criterios mínimos que deben valorar los informes de la inspección de servicios sanitarios en las reclamaciones por contagio del VHC.

- ✓ Informe del servicio implicado.
- ✓ Momento de los hechos e inicio de la sintomatología.
- ✓ Antecedentes familiares y personales: situaciones de riesgo, tratamientos anteriores, Clínicos, serológicos, enzimáticos, etc.
- ✓ Existencia o no de transfusión: identificación de unidades, trazabilidad, y certificación de los requisitos normativos de la donación y seguimiento del donante
- ✓ Certificación de la esterilización del material quirúrgico.
- ✓ Determinación del estado actual: Clínica, ecografía, biopsia, serología, etc.
- ✓ Existencias de otras alteraciones atribuibles a la condición de portador o enfermo: procesos de baja laboral.
- ✓ Valoración pronóstica: Necesidad de tratamiento, respuesta al mismo.

El sentido de las sentencias recaídas y el establecimiento de la jurisprudencia es motivo revisión del trabajo realizado y de formación entre los profesionales que

deben realizar los informes técnico-sanitarios de los expedientes de Responsabilidad Patrimonial de la Administración

La revisión de los casos pone de manifiesto oportunidades de mejora, tanto en lo que al propio expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración se refiere, como, y lo que es más importante, a los hechos que dieron lugar a esta reclamación.

El análisis de las situaciones que dan origen a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración evidencian oportunidades de mejora, que debidamente desarrolladas, minimizarían los riesgos que las ocasionan. Esto aconseja la asignación de las funciones de gerente de riesgos en las Areas Sanitarias

ANÁLISIS SOBRE LA POSIBILIDAD DE ACCEDER, A LA HISTORIA CLÍNICA, POR LOS SERVICIOS QUE TRAMITAN LOS EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL.

Roig Oltra, R.J., *Secretaría General. Conselleria de Sanitat. Generalitat Valenciana*
Pérez Guirao, A., *** Area Jurídica. Secretaría General. Conselleria de Sanitat*
Cabo Iranzo, A., *** Area Jurídica. Secretaría General. Conselleria de Sanitat*
Montoro Blasco, A., *** Area Jurídica. Secretaría General. Conselleria de Sanitat*
García Heredia, C., *** Area Jurídica. Secretaría General. Conselleria de Sanitat*
Andani Cervera, J., *Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaría General. Conselleria de Sanitat*
Vidal Alamar, A., *Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaría General. Conselleria de Sanitat*
Andreu Solsona, P., *Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaría General. Conselleria de Sanitat*

PALABRAS CLAVE: Historia clínica, derecho de acceso, protección de datos, responsabilidad patrimonial.

PERSONA DE CONTACTO PARA CORRESPONDENCIA:

Amparo Montoro Blasco. Teléfono: 96.386.66.86 E-mail: montoro_amp@gva.es

En la actualidad y tras la aprobación de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter Personal, ha cobrado gran interés el estudio relativo a las posibilidades de acceso y tratamiento de los datos relativos a la salud, entre los que debe incluirse la historia clínica, documento que si bien no cuenta con una definición legal, comprende datos de carácter personal referentes a la salud y por tanto queda encuadrada en el ámbito de aplicación de la mencionada norma.

La Ley Orgánica 15/1999 dedica varios artículos a la protección de los datos relativos a la salud, con el objetivo de garantizar derechos tan fundamentales de la persona como el derecho a la información, al consentimiento y a la confidencialidad, todos ellos derechos básicos para el respeto a la autonomía y la dignidad de la persona, reconocidos tanto en el Convenio de Oviedo (que forma parte de nuestra legislación desde el 1 de enero de 2000) como en el artículo 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad que de su literalidad cabe resaltar:

“Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:

1. Al respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que pueda ser discriminado por razones de raza, de tipo social, de sexo, moral, económico, ideológico, político o sindical.

2. A la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso.

3. A la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público.

4. A ser advertido de si los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen pueden ser utilizados en función de un proyecto docente o de investigación, que, en ningún caso, podrá comportar peligro adicional para su salud. En todo caso será imprescindible la previa autorización y por escrito del

paciente y la aceptación por parte del médico y de la Dirección del correspondiente Centro Sanitario.

5. A que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.....”

Estos datos, los de salud, se encuentran especialmente protegidos por la citada norma (Ley Orgánica 15/1999), concretamente en su artículo 7.3 y 6 así como en el artículo 8 en relación con el artículo 11; ahora bien en este punto cabe mencionar que cierto sector doctrinal, entre ellos D. Diego López Garrido consideran que tras la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 292/2000 (Pleno), de 30 de noviembre (RTC 2000\292) que declara inconstitucional determinados artículos de la Ley Orgánica de protección de Datos de carácter Personal, (expresamente el inciso “ cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso” apartado 1 del artículo 21 y todo el apartado 2 del artículo 24, así como los incisos “impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las Administraciones públicas” y “o administrativas” del apartado 1 de este último artículo) anulando la posibilidad de ceder datos entre las administraciones sin el consentimiento de los interesados, afirmando que “ el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuales quiere proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuales puede ese tercero recabar”; también sería necesario modificar el artículo 7.6 de la mencionada ley pues considera que atenta directamente el derecho a la autonomía del paciente y a su intimidad, siendo necesario defender el consentimiento para el tratamiento de los datos especialmente protegidos como son los relativos a la salud.

Al margen de esta postura doctrinal, que en definitiva supondría una mayor restricción en el tratamiento de los datos sanitarios, hay que destacar que hasta el momento no ha habido pronunciamiento judicial al respecto por tanto ha de considerarse de total aplicación el apartado 6 del artículo 7 siendo su tenor literal el siguiente: “ ...podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal relativos a la salud cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un

profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto....”

En virtud de lo hasta aquí expuesto, el tratamiento de los datos sanitarios debe ajustarse a lo dispuesto en la normativa vigente, debiendo resaltar lo dispuesto en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica 15/1999, que dispone solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente.

Por tanto, solo en los casos recogidos en norma legal (estatal o autonómica) o mediando el consentimiento del paciente podrán ser tratados, cedidos los datos sanitarios.

Sobre la base de esta afirmación, cabe citar como norma habilitante para el acceso a la historia clínica, la Ley General de Sanidad, cuyo artículo 61 dice: “ En cada Área de Salud debe procurarse la máxima integración de la información relativa a cada paciente, por lo que el principio de historia clínico-sanitaria única por cada uno deberá mantenerse, al menos, dentro de los límites de cada institución asistencial. Estará a disposición de los enfermos y de los facultativos que directamente estén implicados en el diagnóstico y tratamiento del enfermo, así como a efectos de inspección médica o para fines científicos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar el secreto por quien, en virtud de sus competencias, tenga acceso a la historia clínica. Los poderes públicos adoptarán las medidas precisas para garantizar dichos derechos y deberes.”

Ahora bien, el mencionado artículo, tal y como dispone el artículo 2.1 de la Ley 14/1986, no tiene el carácter de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución Española, (cuyo tenor literal es el siguiente: “ El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Sanidad Exterior. Bases y coordinación general de la sanidad.”) por ello este se aplicará de forma supletoria en aquellas Comunidades Autónomas, que en ejercicio de su potestad legislativa y de las competencias que tengan asumidas en materia sanitaria, hayan dictado normas específicas sobre la materia que nos ocupa.

Consecuencia de ello es que la regulación de la Historia Clínica no es uniforme en todo el Estado, encontrándonos con una gran disparidad normativa sobre las posibilidades de acceso a la Historia Clínica.

Al respecto cabe citar, la Ley Catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información con-

cernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica; la Ley Gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes; la Ley 10/2001 de Salud de Extremadura; Ley Foral de Navarra 11/2002 de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.

Tras la lectura de las mismas, se observa que tan solo la Ley Gallega recoge expresamente la posibilidad de que accedan a la Historia Clínica, los órganos competentes para tramitar y resolver los expedientes de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración sanitaria, artículo 19.2 último inciso de la Ley 3/2001.

En la Comunidad Valenciana, la Historia Clínica, se regula por norma de carácter reglamentario, (concretamente por Decreto 56/1988, de 25 de abril, del Consell de la Generalitat Valenciana, por el que se regula la obligatoriedad de la historia clínica, habiendo sido desarrollado por Orden de 14 de septiembre de 2001, de la Conselleria de Sanidad, por la que se normalizan los documentos básicos de la historia clínica hospitalaria de la Comunidad Valenciana y se regula su conservación.) y no existiendo norma con rango de ley que regule el acceso a la misma, tan solo se podrá acceder a la misma en virtud de lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, la cual no reconoce la posibilidad de acceso por parte de los órganos

que tramitan y resuelven los expedientes de responsabilidad patrimonial.

No pudiendo tampoco ampararse para permitir el acceso a la Historia Clínica de los mencionados órganos, (dado el carácter reglamentario de la norma), en lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, que regula el procedimiento en materia de responsabilidad patrimonial, el cual dice: “ El órgano competente para la instrucción del procedimiento podrá solicitar cuantos informes estime necesarios para resolver.

En todo caso, se solicitará informe al servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable.”

En definitiva, el tratamiento legal de la Historia Clínica difiere de unas comunidades a otras, motivo por el cual se originan muchos conflictos en el mundo sanitario y se genera cierta inseguridad en cuanto al tratamiento de los datos contenidos en la misma; consecuencia de ello es que cierto sector doctrinal propugna la necesidad de que se dicte una Ley específicamente sanitaria de rango legal suficiente, que aborde la definición de los principios esenciales de carácter general y se recoja lo establecido en la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal sobre la protección de los datos referentes a la salud, quedando así garantizada la igualdad de todos los españoles ante la ley, y la igualdad territorial, tal y como recogen respectivamente el artículo 14 y artículo 139 de la Constitución Española.

DERECHO A LA INFORMACIÓN SANITARIA Y ACCESO A LA HISTORIA CLÍNICA POR PARTE DE LOS FAMILIARES DE LOS PACIENTES, (VIVOS O FALLECIDOS), EN LA COMUNIDAD VALENCIANA.

García Heredia, C., *Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat.*
Cabo Iranzo, A., *Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat.*
Montoro Blasco, A., *Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat.*
Pérez Guirao, A., *Area Jurídica. Secretaria General. Conselleria de Sanitat.*
Andani Cervera, J., *Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaria General. Conselleria de Sanitat.*
Vidal Alamar, A., *Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaria General. Conselleria de Sanitat.*
Andreu Solsona, P., *Inspección de Servicios Sanitarios. Secretaria General. Conselleria de Sanitat.*
Roig Oltra, R.J., *Secretaría General. Conselleria de Sanitat. Generalitat Valenciana.*

PALABRAS CLAVE: Historia clínica, derecho a la intimidad, acceso de los familiares.

PERSONA DE CONTACTO PARA CORRESPONDENCIA:

Amparo Montoro Blasco. Teléfono: 96.386.66.86 E-mail:

En el artículo 10.5 de la Ley General de Sanidad se establece que “los pacientes tienen derecho a que se les dé en términos comprensibles a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento”, y en el artículo 61 de la citada Ley se establece que la Historia Clínica *estará a disposición* de los enfermos, debiendo quedar plenamente garantizados el derecho del enfermo a su intimidad personal y familiar y el deber de guardar secreto. En el Real Decreto 63/95, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, se reconoce como prestación sanitaria de información y documentación la de “*la comunicación o entrega, a petición del interesado, de un ejemplar de su historia clínica o de determinados datos contenidos en la misma*”,(anexo I, punto 5.6).

Visto lo anterior, hay que matizar que la regulación mencionada esta elaborada con el fin de facilitar la correcta atención, diagnóstico y tratamiento del enfermo, es decir, finalidad asistencial. En el caso de que se pretenda acceder a la historia clínica con otros fines distintos habrá que tener en cuenta, además de lo anterior, lo dispuesto

en el artículo cuarto del Decreto 56/1988, de 25 de abril, del Consell de la Generalitat Valenciana, en el que se establece que *cualquier otra utilización de la Historia Clínica que no sea la de facilitar la asistencia del paciente deberá requerir el consentimiento escrito del paciente o de su representante legal.*

De la lectura de los artículos anteriores, se entiende que el enfermo o paciente, tiene derecho a que se le facilite copia de su historia clínica o informes sobre su proceso. Respecto a los familiares y/o allegados, se aprecia que solo pueden obtener copia de la historia clínica de un paciente si lo solicitan en nombre y representación del citado paciente, y acreditan dicha representación. En el caso de que se solicite la Historia Clínica para fines distintos a los asistenciales o sanitarios, también será necesario, además de acreditar la representación, aportar el consentimiento escrito del paciente para dicho uso. Igualmente, los familiares o allegados tienen derecho a la información en los términos establecidos en el artículo 10.5 de la LGS, (información completa y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento)

Respecto a la solicitud de información o acceso a la Historia Clínica por familiares cuando el paciente ya ha fallecido, se advierte la existencia de un vacío o laguna legislativa, dado que la normativa citada, como ya se ha indicado esta elaborada con un fin asistencial del paciente vivo. En este caso la solicitud de informes o copias de la Historia Clínica por parte de los familiares del fallecido, no puede, en la mayoría de los casos, ser por razones asistenciales, puesto que el paciente ya ha fallecido, y no resulta posible, por el mismo motivo, obtener el consentimiento del mismo para un uso distinto, salvo que este haya sido dado con anterioridad a su fallecimiento.

A la vista de lo anterior debemos valorar las distintas soluciones posibles y adoptar la mas conveniente, ello nos lleva a revisar las mismas. En el caso de aplicar la legislación existente, aún a pesar de no haberse establecido para finalidad distinta a la asistencial, hay que recordar que es necesario la autorización del paciente, que en este caso por haber fallecido, debería ser previa al fallecimiento o mediar autorización judicial.

Si acudimos a la Jurisprudencia se constata que la misma es escasa, y, salvo una única Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 6 de julio de 2001, nº364/01, las demás no abordan el tema en idénticos términos. La referida Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante llega a la conclusión de que los familiares del fallecido no tienen acceso a la Historia Clínica, pero si que tienen derecho a la información y obtención de los datos del informe de alta del fallecido.

Si revisamos la Doctrina, que respecto a este punto también es escasa, podemos resaltar que en el libro “Aspectos Médico- Legales de la Historia Clínica de María Teresa Criado del Río, (1999), se recoge la siguiente conclusión: “cuando un familiar o tercero quiere acceder u obtener la historia clínica del fallecido, el médico no puede entregarla porque los familiares carecen obviamente de una finalidad asistencial,(Sánchez Caro, J.,1997) y para entregarla debe de contar con la correspondiente autorización judicial, a no ser que el propio paciente por disposición testamentaria, haya consentido al acceso de sus propios datos”.

Estas posiciones de restricción de acceso a la Historia Clínica y /o a una información completa, por escrito, sobre el proceso del paciente fallecido, incluyendo todos los aspectos contenidos en la historia clínica parece que vienen motivadas por la obligación legal de salvaguardar la intimidad del paciente; De este modo, en el libro citado anteriormente se recoge lo siguiente: “Por lo tanto el médico únicamente puede aportar a los familia-

res del fallecido los datos de los documentos antes señalados,(informe de alta del paciente, certificado de defunción y resultados de la autopsia clínica), y no debe proporcionar ningún otro dato sobre el que aún perdure el derecho a la intimidad, como así queda expresado en el Código Deontológico, (art.16.4. La muerte del paciente no exime al médico del deber del secreto). Y también en el art. 4 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, modificada por la Ley Orgánica 3/1985, de 29 de mayo, en virtud del cual Santamaria, M. Y De Montalvo, F. (1998) señalan que no se puede afirmar que el derecho a la intimidad desaparezca con la muerte.”

Sin embargo, el derecho a la intimidad personal es un derecho personalísimo, ligado a la existencia del individuo, por lo que una vez fallecido el paciente desaparece su propio derecho a la intimidad personal, como se aprecia de la lectura de la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm 231/1988 (sala segunda), de 2 de diciembre. En dicha sentencia se recoge la siguiente doctrina:

“...Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 de la C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la dignidad de la persona, que reconoce el artículo 10 de la C.E.,y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario - según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo. Ciertamente, el ordenamiento jurídico español reconoce en algunas ocasiones, diversas dimensiones o manifestaciones de estos derechos que, desvinculándose ya de la persona del afectado, pueden ejercerse por terceras personas. Así, el art. 9.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, enumera las medidas integrantes de la tutela judicial de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen, entre las que incluye la eventual condena a indemnizar los perjuicios causados; y el art. 4 de la misma ley prevé la posibilidad de que el ejercicio de las correspondientes acciones de protección civil de los mencionados derechos corresponda a los designados en testamento por el afectado, o a los familiares de éste. Ahora bien, una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad - según determina el art. 32 del Código Civil: La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas- lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar,

como dijimos un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) a favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Por ello, y en esta vía este tribunal no puede pronunciarse sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecen ya de dimensión constitucional;una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales.”

No obstante lo anterior, en esta misma sentencia, como a continuación podemos comprobar, se expone que existe un derecho a la intimidad familiar, unido al de la intimidad personal. Este derecho se extiende más allá de la intimidad personal propia del familiar del fallecido reclamante, alcanzando determinados aspectos de la vida del fallecido.

“Sin embargo, junto a ello, la demanda de amparo presenta una segunda perspectiva, como ya dijimos: se invocan derechos (a la intimidad personal y familiar) cuyo titular no es ya exclusivamente el fallecido, sino, genéricamente, su familia, afectada en su dolor e intimidad, y, más específicamente su viuda, y hoy demandante..... Pues bien, en esos términos, debe estimarse que en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que guarde una especial y estrecha vinculación, como es el familiar; Aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen..... No cabe pues dudar que las imágenes en cuestión, y según lo arriba dicho inciden en la intimidad personal y familiar de la hoy recurrente, entonces esposa y hoy viuda del desaparecido..”

Por lo que, y desde el punto de vista del presente estudio, se puede concluir que el permitir el acceso a la información del proceso y/o a la Historia Clínica del mismo, a los herederos o familiares de un paciente fallecido, no debería vulnerar el derecho a la intimidad del familiar fallecido, puesto que su personalidad se ha extinguido con la muerte. Igualmente tampoco vulnerar la intimidad familiar, dado que el familiar o familiares soli-

citantes son los titulares de ese derecho a la intimidad familiar.

En defensa de este derecho a la intimidad “familiar” los artículos 4 a 6 de la Ley orgánica 1/1982, atribuye el ejercicio de acciones de protección, a favor de los propios titulares del citado derecho, herederos o familiares, respecto de las vulneraciones producidas en su intimidad personal, como consecuencia de su extensión familiar, en la memoria o imagen del familiar fallecido.

Todo ello nos lleva a entender que el reconocer el derecho a una información completa y escrita sobre el proceso del fallecido o el acceso a la Historia Clínica a favor de los herederos, o familiares, en su caso, no vulnera, como ya se ha dicho, el derecho a la intimidad del fallecido, ni tampoco el derecho a la intimidad familiar del heredero o pariente, puesto que la supuesta infracción del derecho quedaría dentro de la propia esfera familiar del pariente del fallecido, por lo tanto el único impedimento que encontramos al acceso de Historia Clínica a los herederos o familiares del fallecido, se sitúa en el referido artículo 4 del Decreto 56/19988, de 25 de abril, del Consell de la Generalitat Valenciana, en el que se establece la necesidad de autorización del paciente para acceder a la Historia Clínica con fines distintos a los asistenciales. Pero no hay que olvidar, como también ha indicado, que este precepto podría resultar de discutible aplicación, por estar referido al paciente vivo y a una finalidad asistencial.

Por otra parte, comprobamos, que lo que nadie discute es que los familiares y/o allegados cuanto menos tienen un derecho de información, y que esa información en vida del paciente podía ser tan amplia como para obtener una copia de la Historia Clínica, salvando las aportaciones personales que afectasen a la intimidad del facultativo o de un tercero.

Por todo ello, y como conclusión, podemos afirmar que, en tanto en cuanto el legislativo no regule el acceso de los familiares del fallecido a la historia clínica, y con la intención de no obstaculizar la practica de la prueba del particular, ni generar situaciones de desigualdad, en caso de reclamación de responsabilidad, y teniendo en cuenta que la información pretendida estuvo o pudo estar a disposición de los familiares, en caso de no haber habido manifestación en contrario del paciente en vida, y que dicha información no puede afectar a la intimidad personal del fallecido, se considera aceptable, adoptar una interpretación amplia del concepto del “derecho de información a los parientes del fallecido”, entendiendo que se puede facilitar a los herederos o familiares del mismo,

una información por escrito tan amplia y exhaustiva, que puede suponer, en determinados casos, copia de la Historia Clínica, siempre, previo consentimiento de los facul-

tativos implicados o de terceros afectados, en el caso de que la misma incluyera aportaciones o datos que pudieran afectar a la intimidad de los mismos.

El XII Congreso de Derecho y Salud se celebrará durante el mes de octubre en Cuenca, bajo el lema:

“Sistema Nacional de Salud: Cohesión y Consolidación”

PROGRAMA PROVISIONAL

MIÉRCOLES, 29 DE OCTUBRE

09:00	Entrega de documentación			
09:30	Acto inaugural			
10:00	Conferencia Plenaria « PROFESIONES SANITARIAS: SU ORDENACIÓN »			
11:30	Constitución de las mesas de trabajo			
	PROFESIONES SANITARIAS: SU ORDENACIÓN	CATALOGO DE PRESTACIONES Y OTROS DERECHOS SANITARIOS	LA COHESIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	BIOTECNOLOGÍA: CUESTIONES JURÍDICAS
12:00	Modelos retributivos autonómicos	Garantías de las prestaciones: en particular, las listas de espera	El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud: naturaleza y funciones.	Embriones congelados e investigación.
16:00	Carrera Profesional	Asimetría de las prestaciones y su financiación.	Alta inspección del Estado. Objeto y funciones.	Bancos de material genético.
17:30	Ordenación de las profesiones sanitarias.	Voluntades anticipadas: su regulación y desarrollo.	El Fondo de Cohesión Sanitaria: alcance y gestión.	La clonación de órganos con fines terapéuticos.

JUEVES, 30 DE OCTUBRE

09:00	Asamblea de la Asociación Juristas de la Salud			
10:00	Conferencia Plenaria « CATÁLOGO DE PRESTACIONES Y OTROS DERECHOS SANITARIOS »			
11:30	Formación continuada	Derecho a la información y documentación clínicas.	Sistemas de información sanitaria.	Protección penal contra la manipulación genética.

VIERNES, 31 DE OCTUBRE

09:00	Resumen y conclusiones de las mesas de trabajo			
10:00	Conferencia Plenaria « BIOTECNOLOGÍA: CUESTIONES JURÍDICAS »			
13:00	ACTO DE CLAUSURA			

