

En recuerdo de **JOSÉ MANUEL MERINO CRUZ**

Nuevamente dedicamos la cabecera de la revista *Derecho y Salud* a insertar una noticia triste para los miembros de la Asociación Juristas de la Salud. Recientemente se produjo en Valencia el fallecimiento de José Manuel Merino Cruz.

José Manuel fue uno de los miembros fundadores de nuestra asociación, participando activamente en el proceso previo de su constitución y formando parte de la Junta de Gobierno de la asociación desde el comienzo de su andadura hasta el año 2000 en el que tuvo que cesar por disponer así los estatutos. Desde el primer momento y sin desfallecimiento alguno, José Manuel participó activamente en todas las reuniones de la Junta de Gobierno y en todas las actividades y congresos organizados por la asociación, aportando sus extensos conocimientos del Derecho Sanitario adquiridos en su dilatada carrera profesional en la Consejería de Salud del Gobierno de Valencia. Tanto es así que puede aseverarse que la asocia-

ción ha logrado la posición y prestigio que actualmente ostenta, gracias a profesionales trabajadores y desinteresados como lo fue él.

Pero, además de sus cualidades profesionales nucleadas en torno a una clara vocación por el Derecho Sanitario, ha de destacarse también la cordialidad y bondad que le caracterizaban como persona. Nunca tuvo actitud alguna de protagonismo ni empeño en hacer valer sus propios puntos de vista sobre el de los demás. Antes bien, fue una persona sumamente discreta, dialogante y conciliadora. Por todo ello, fue un compañero de la asociación y un vocal de su Junta de Gobierno muy querido por todos.

En nuestra memoria queda el cariño y el recuerdo de un buen profesional y un mejor amigo, que supo darnos desinteresadamente un poco de su tiempo y un mucho de su magnífica humanidad.

La Junta de Gobierno de la
Asociación Juristas de la Salud

LA IGUALDAD BÁSICA, LA COORDINACIÓN Y LA COOPERACIÓN INTERTERRITORIAL: FUNDAMENTOS DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

Juan Luis Beltrán Aguirre
Tribunal Administrativo de Navarra
Presidente de la Asociación Juristas de la Salud

SUMARIO:

I. LAS CONDICIONES BÁSICAS DE IGUALDAD COMO BASAMENTO DE UN SISTEMA SANITARIO EQUITATIVO.

1. El alcance del título competencial del artículo 149.1.1 CE.
2. La perentoria normación de algunas “condiciones básicas de igualdad”.
3. El poder de vigilancia del Estado del cumplimiento de las “condiciones básicas de igualdad” (la Alta Inspección).
4. Equidad y condiciones básicas de igualdad: conceptos diferentes.

II. LA FUNCIONALIDAD DEL TÍTULO COMPETENCIAL “COORDINACIÓN GENERAL SANITARIA”.

1. El significado de la coordinación general sanitaria.
2. La coordinación entre iguales: su necesario asiento en un órgano mixto.

III. MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ESTATALES.

1. Preliminar.
2. Órganos mixtos: el Consejo Interterritorial de Salud:
 - A. Encuadre de este órgano en los instrumentos de colaboración Estado-CCAA.
 - B. Naturaleza jurídica.
 - C. Composición, estructura y apoyo técnico-administrativo.
 - D. Funciones.
 - E. Funcionamiento, adopción y alcance de los acuerdos.
3. Sistema de información sanitaria.
4. Planes y programas sanitarios.
5. Normativa básica: la futura Ley de Calidad y Coordinación Sanitaria:
 - A. Sobre la dudosa oportunidad de esta Ley.
 - B. Propuesta de cuatro temas a incorporar y regular en la Ley.

a. Identificar los preceptos que respectivamente tienen la naturaleza de “bases” o de “condiciones básicas de igualdad”.

b. Reforzar el Sistema sanitario público universal y gratuito.

c. Desligar la asistencia sanitaria pública del Sistema de Seguridad Social.

d. Superar desigualdades territoriales y regular la financiación de desplazados.

IV. LA COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO Y LOCAL.

1. Cooperación interautonómica.

A. Consideraciones generales.

B. Algunos ámbitos donde urge la cooperación

2. Coordinación o integración de los dispositivos de salud pública, asistenciales y sociales.

A. La coordinación o integración de los dispositivos de salud pública autonómicos y locales.

B. La integración de los niveles de atención primaria y especializada.

C. La necesaria potenciación y convergencia de la asistencia socio-sanitaria.

V. EPÍLOGO.

I. LAS CONDICIONES BÁSICAS DE IGUALDAD COMO BASAMENTO DE UN SISTEMA SANITARIO EQUITATIVO.

1. El alcance del título competencial del artículo 149.1.1 CE.

Culminada la transferencia de la asistencia sanitaria pública a las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE, la estructura del Sistema sanitario soporta a partir del año 2002 un cambio cualitativo trascendental hasta el punto de que ahora el Sistema Nacional de Salud verdaderamente se descompone en diecisiete sistemas autonómicos de salud con toda la diversidad inherente a las propias políticas sanitarias que diseñe cada uno de ellos. Y, lógicamente, el ensamblaje y armonización de los diecisiete sistemas requiere de unas dosis de coordinación difícilmente imaginables en el contexto de la anterior organización parcialmente centralizada. Y es precisamente en razón de este nuevo marco de diversidad *versus* armonización donde porfiadamente se traen a colación como basamento ineludible de todo el Sistema sanitario la cohesión social y los principios de equidad, solidaridad y de igualdad efectiva. De ahí que el Gobierno central invoque la capacidad estatal para regular el establecimiento de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles (artículo 149.1.1 CE) en el ejercicio de los derechos previstos en los artículos 43 y 51 de la CE, y en línea con esta capacidad pretenda fijar “condiciones básicas de igualdad” y normar como otra de las funciones de la “coordinación general sanitaria” y de la Alta Inspección el de velar por el derecho de los ciudadanos a acceder en condiciones de igualdad a las prestaciones sanitarias en los distintos niveles asistenciales, y el de controlar y evaluar la correcta interpretación de las normas estatales en su ejecución por las Comunidades Autónomas, así como de las normas que emanan de las Comunidades Autónomas en su interrelación con la legislación del Estado.

Y, en efecto, la realización efectiva del principio de igualdad ha de ser promovida por los poderes públicos, correspondiendo, en concreto, al Estado la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales (Artículo 149.1.1 CE). Y, ciertamente, tales condiciones básicas de igualdad se predicen fundamentalmente de los derechos constitucionales de la sección segunda del capítulo II del título I (derecho de propiedad, etc.) y de los derechos de prestación del capítulo III (sanidad, seguridad social,

medio ambiente, vivienda, consumo, etc.)¹, pues son estos derechos los que requieren de leyes ordinarias, no de leyes orgánicas, y de una actitud positiva de hacer de los poderes públicos central y autonómicos, cada uno en uso de sus respectivas competencias, de cuyo ejercicio surgirán ordenamientos jurídicos diferentes con regulaciones divergentes de la respectiva materia. Es, pues, la constatación de esas hipotéticas divergencias normativas lo que impulsó al constituyente a incorporar la cautela del citado artículo 149.1.1 CE cuyo objetivo es que el Estado evite que el despliegue de las competencias autonómicas cree rupturas no tolerables (divergencias irrazonables y desproporcionadas)².

El título competencial derivado del artículo 149.1.1 CE sólo habilita para normar, no para ejecutar o gestionar, acción que corresponde a los titulares de la competencia sectorial, y no es sinónimo de legislación básica, de manera que no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. Su objeto es el entero establecimiento de aquellas condiciones que tiendan a garantizar la igualdad en el ejercicio del derecho de que se trate. Ahora bien, ese entero establecimiento no es equivalente a una completa y acabada normación del derecho, por lo que las Comunidades Autónomas con competencia podrán aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho. Las condiciones básicas de igualdad se predicen de los derechos constitucionales en sí mismo considerados, no de los sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el artículo 149.1.1 CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con el derecho fundamental. (STC 61/1997, f. j. 7).

Sentado lo anterior, importa añadir que a tenor de la referida doctrina del Tribunal Constitucional no hay óbice para admitir que el título competencial de regulación de las condiciones básicas de igualdad puede aplicarse de forma complementaria con respecto a otras reglas competenciales previstas en el artículo 149.1 CE, en nuestro caso, las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16), es decir, cabe la utilización conjunta de ambas reglas competenciales de manera que la regla del art. 149.1.1 venga a complementar a la regla del

¹ Dice la STC 32/1983, que analiza precisamente la conexión del artículo 43 con el 149.1.1, que “el perfil que los correspondientes preceptos constitucionales dibujan de los derechos prestacionales debe ser completado con el del artículo 149.1.1 de la CE.”

² Véase la STC 61/1997, de 20 de marzo, en la que, sistematizando sus anteriores pronunciamientos, el TC fija una doctrina general delimitando negativa y positivamente el alcance de este título competencial.

art. 149.1.16³. Pues bien, la utilización y conexión o complementación en la futura Ley de Calidad y Coordinación Sanitaria de los dos títulos competenciales a que me vengo refiriendo daría como resultado, de un lado, la normación de unas condiciones básicas de igualdad en el acceso y utilización de los servicios sanitarios, de otro, la normación de bases de la materia sanidad, y, en tercer lugar, la determinación legal de que la “coordinación general sanitaria” y la Alta Inspección tengan como función el de velar porque las Comunidades Autónomas respeten y cumplan efectivamente las normas estatales que fijen esas bases y condiciones básicas de igualdad.

No cabe, pues, plantear pegas a la normación de “condiciones básicas de igualdad” siempre que sean tales, y tampoco tengo inconveniente en que una nueva función de la Alta Inspección, incluso de la coordinación general sanitaria, actualmente no explicitada en la Ley General de Sanidad, sea el de velar o vigilar por el cumplimiento en el nivel autonómico de esas condiciones. Pero aceptado esto, también resulta inexcusable dejar bien sentado que la doctrina del Tribunal Constitucional, insistentemente declara que *el principio de igualdad de derechos y obligaciones de todos los españoles en cualquier parte del territorio nacional no puede ser entendido en modo alguno como una rigurosa y monolítica uniformidad de ordenamiento de la que resulte que, en igualdad de circunstancias, en cualquier parte del territorio nacional, se tienen los mismos derechos y obligaciones* (STC 37/1981), de tal manera que *los artículos 1, 9.2, 14, 139.1 y 149.1.1 CE, no exigen un tratamiento jurídico uniforme de los derechos y deberes de los ciudadanos en todo tipo de materias y en todo el territorio del Estado, lo que sería frontalmente incompatible con la autonomía, sino, a lo sumo, y por lo que al ejercicio de derechos se refiere, una igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales* (STC 37/1987). Por tanto, *la igualdad de derechos y obligaciones en su aspecto interterritorial no puede ser entendida en términos tales que resulten incompatibles con el principio de descentralización política del Estado, pues ello impediría el ejercicio por las CCAA de las competencias que tienen atribuidas, ejercicio que, entre otras cosas, supone libertad para configurar una política propia en relación a dichas materias* (STC 14/1998). En suma, *las condiciones básicas hacen referencia al contenido primario del derecho, a las posiciones jurídicas fundamentales (facultades elementales, límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas*

³ Véase en este sentido J. PEMÁN GAVÍN, “La igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales”, *Civitas*, 1992, pág. 235, y recientemente M. VAQUER CABALLERÍA, “La Acción Social”, *Tirant lo Blanch*, 2002, pág. 161.

premisas o presupuestos previos). En todo caso, *las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta* (STC 188/2001).

En definitiva, se trata de estructurar un sistema sanitario armónico, coherente, solidario y equitativo, pero en el que es posible y plausible la diversidad y, dentro de una igualdad básica, diferencias jurídicas y fácticas que, directa o indirectamente, incidirán en unos mayores o menores contenidos en el ejercicio del derecho a la protección de la salud. Las condiciones básicas de igualdad que pretende garantizar la Constitución y se han de definir legalmente son o deben ser las siguientes:

a) Igual oportunidad de acceso a los servicios sanitarios públicos y privados concertados, incluso trascendiendo cuando sea necesario el ámbito territorial de la respectiva Comunidad Autónoma (urgencias, desplazados, Centros de referencia, etc.).

b) Haciendo abstracción del título asegurador, igualdad efectiva en el uso y utilización de los servicios sanitarios a los que se ha accedido.

c) Igualdad efectiva en el acceso a las prestaciones sanitarias preventivas y reparadoras incluidas en el catálogo estatal básico y común.

d) Derecho a una homogeneidad técnica predeterminada (un nivel de calidad mínimo) en los contenidos, procedimientos y administración de las prestaciones sanitarias comunes y básicas (derecho que hoy, en general, no es efectivo pues, de entrada, requiere de una regulación en normativa básica estatal mediante estándares organizativos, funcionales, asistenciales y de criterios básicos científico-técnicos, algo todavía no realizado, salvo contadas excepciones).

Finalmente, significar que, obviamente, la igualdad en el acceso a las prestaciones no alcanza a una igualdad de resultados.

2. La perentoria normación de algunas “condiciones básicas de igualdad”.

La sanidad, en cuanto actividad de los poderes públicos dirigida a organizar y tutelar la salud, trata de hacer efectivo el derecho individual a la protección de la salud proclamado por el artículo 43 CE. El contenido básico de este derecho tiene que ser igual en todo el país (artículo 139 CE) por lo que el Estado es competente para definir las condiciones básicas de su ejercicio (artículo 149.1.1 CE). En consecuencia, sobre la materia sanidad inciden las reglas 1ª y 16ª del artículo 149.1 CE. La regla

16ª será, de entrada, el precepto más específico y la regla 1ª el más genérico. Ello porque mientras esta última se proyecta de modo general sobre todos los derechos fundamentales, la primera lo hace de modo específico sobre el derecho a la protección de la salud. Ambas reglas o títulos competenciales son aptos para fijar un contenido mínimo y unitario del derecho a la protección de la salud, pero la regla 1ª habilita para incidir en el derecho a la protección de la salud desde la concreta y exclusiva perspectiva de la garantía de igualdad, y la regla 16ª habilita para incidir en el derecho desde la perspectiva del sector material en el que se inserta, que no es otro que el Sistema sanitario. Entonces, cuando se trata de regular no tanto la estructura y organización del Sistema sanitario como concretos contenidos mínimos y comunes del derecho individual a la protección de la salud, creo que, sin desplazarla totalmente, prevalece la regla 1ª sobre la 16ª, de manera que antes que “bases de la sanidad” lo que se están fijando son “condiciones básicas de igualdad” en el ejercicio del derecho a la protección de la salud.

Y es que ambas reglas se mueven en esferas distintas, cuya identificación en la mayoría de los casos no ofrece especiales dificultades. Las bases de la sanidad han de definir un modelo sanitario público y unitario para todo el Estado. Por tanto, las bases se han de referir fundamentalmente a lo organizativo, han de acoger todo lo relativo a la estructura, financiación, organización y funcionamiento armónico y coherente del Sistema sanitario. En suma, las bases han de definir un concreto modelo sanitario y, además, en razón del modelo elegido dependerá el contenido del derecho a la protección de la salud. Por su parte, las condiciones básicas de igualdad hacen referencia al contenido primario del derecho a la protección de la salud de las personas, por lo que han de servir para fijar en cantidad y calidad las prestaciones sanitario-asistenciales básicas y comunes a todos, así como para establecer los requisitos técnico-sanitarios de alimentos, servicios y productos sanitarios, de manera que se garanticen unas condiciones de calidad de las que se benefician todos por igual. No obstante, ha de admitirse que en aquellas materias respecto de las que al Estado corresponde definir las bases, por lo que, en consecuencia, no son de la exclusiva competencia de las Comunidades Autónomas (como sí lo son, por ejemplo, las materias urbanismo o acción social), sucederá con cierta frecuencia que normas atinentes a condiciones básicas de igualdad también se inserten con naturalidad en el ámbito básico de la propia materia. En la materia que nos ocupa, el objetivo primordial de la estructuración y organización de un Sistema sanitario es organizar y garantizar prestaciones sanitarias de carácter promocional, preventivo y

restaurador de la salud. Es lógico, pues, que en algunos preceptos confluyan ambos títulos competenciales. En estos casos convendrá dilucidar qué título competencial ha de considerarse prevalente.

Las condiciones básicas de igualdad en el ámbito de la promoción y prevención de la salud⁴ y en el de la asistencia sanitaria han de contenerse fundamentalmente en un catálogo de prestaciones sanitarias comunes a todo el Sistema sanitario, que, además, predetermine un nivel de calidad mínimo de las mismas. Este catálogo básico y común⁵ ha de materializarse en una Ley estatal promulgada preferentemente en uso del título competencial del artículo 149.1.1 CE, que, como ya sabemos, no se mueve en la lógica de bases estatales-legislación autonómica de desarrollo pues su objeto es la entera normación, que por entera no admite desarrollo, de las condiciones básicas de igualdad, lo que, sin embargo, no impide a las Comunidades Autónomas, respetando esas condiciones básicas, la normación del régimen jurídico de los derechos sanitarios de que se trate, así como el establecimiento de un nivel adicional de prestaciones sanitarias.

Y, en efecto, como lógico corolario de los ya lejanos en el tiempo trasposos de la asistencia sanitaria pública a las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas y del ejercicio de sus potestades normativas y de diseño de una política asistencial propia, éstas han promulgado diversas leyes y reglamentos en materia de prestaciones de asistencia sanitaria pública, que han completado y mejorado los niveles mínimos y comunes establecidos por la normativa básica estatal compilada, como es bien sabido, en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero y Órdenes Ministeriales que lo han complementado. No cabía esperar otra cosa. Las Comunidades Autónomas con competencias asumidas de desarrollo legislativo de las bases y legislación básica del Estado en las materias de Sanidad y Seguridad Social, haciendo uso del título competencial sobre sanidad, promulgaron en la década de los años noventa diversas normas regulando cuestiones que inciden directamente en el ámbito de las prestaciones de salud pública y de asistencia sanitaria y de las que se derivan desigualdades subjetivas y objetivas entre los ciudadanos residentes en los distintos ámbitos territoriales autonómicos⁶. Esta normativa introduce mejoras

⁴ Las reglamentaciones técnico-sanitarias de alimentos, servicios y productos, también constituyen manifestaciones típicas de las “condiciones básicas de igualdad” en el ámbito de la prevención de la salud.

⁵ Como es de sobra conocido, actualmente se contiene en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, dictado al amparo del artículo 149.1.1 CE.

⁶ Una exhaustiva descripción de esta normativa la hago en mi trabajo “Prestaciones sanitarias y autonomías territoriales: cuestiones en torno

cuantitativas y cualitativas en las prestaciones sanitarias, pero también incide en algunos aspectos básicos (listas de espera, voluntades anticipadas, etc.) que, como tales, deberían ser comunes para todas las personas extendiéndose a todo el territorio del Estado. Y aquí es precisa la intervención del Estado normando “condiciones básicas de igualdad”.

Pues bien, es intención del Gobierno estatal impulsar la elaboración de una Ley reguladora del Catálogo de prestaciones sanitarias, por lo que el asiento natural de las condiciones básicas de igualdad sería dicha ley. No obstante, a la vista de las desigualdades existentes en el acceso a prestaciones que debemos categorizar de básicas, desigualdades generadas por la referida legislación autonómica, resulta perentoria la complementación del catálogo de prestaciones sanitarias en esos concretos ámbitos de desigualdad, que inciden más en aspectos cualitativos que cuantitativos, conformándolos como auténticos derechos subjetivos de todas las personas y usuarios del sistema. Entonces, unida esta necesidad a la improbable posibilidad de que la referida Ley del Catálogo de prestaciones vea pronto la luz, justificarían la regulación de tales aspectos cualitativos en la Ley de Calidad y Coordinación Sanitaria, al parecer más próxima en el tiempo. Por contra, todo lo relativo al “quantum” de las prestaciones sanitarias y a la homogeneidad de sus contenidos y procedimientos, por la complejidad técnica de su regulación, sí debe quedar reservada a la futura e imprescindible Ley del Catálogo de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Estos aspectos cualitativos, que vendrían a complementar el catálogo de derechos de los artículos 3.2 y 10 de la Ley General de Sanidad, serían los siguientes:

- La plena y efectiva universalidad y gratuidad de la asistencia sanitaria extendiéndola a todas las personas afincadas en el territorio nacional, españoles o extranjeros, con independencia de sus circunstancias personales y administrativas y desvinculándolas de los regímenes de afiliación de la Seguridad Social.

- Regular las listas de espera, tanto diagnósticas como quirúrgicas, fijando tiempos máximos para el acceso a las prestaciones y las alternativas correspondientes una vez superados los tiempos máximos, ello sin perjuicio de que las Comunidades Autónomas puedan introducir normas adicionales mejorando las condiciones fijadas en la normativa básica.

- Regulación mínima y uniforme de todo lo relativo a las voluntades anticipadas pues lo relativo al ámbito de la libertad y autonomía de la voluntad de los pacientes, sin duda, entra de lleno en las condiciones básicas de igualdad⁷.

- Desarrollo de todo lo atinente al derecho a la información asistencial y epidemiológica, con especial atención a asegurar la complitud y veracidad de la información dada. Igualmente, garantizar el acceso a toda la documentación de la historia clínica, así como su unificación. Ello en función de la necesidad de un común denominador normativo en materia de información y documentación clínica y a la interdependencia de ciertas decisiones sobre información del paciente en todo el territorio nacional. Implantación de la Tarjeta Sanitaria con un

⁷ Por razones que no puedo desarrollar aquí con toda la extensión necesaria, pues excedería con mucho el ámbito y pretensiones de este trabajo, creo que la regulación de las voluntades anticipadas, esto es, el llamado “testamento vital”, no requiere de Ley Orgánica puesto que tal tipo de Ley, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional (por toda, STC 17/1998), es precisa únicamente para la regulación de manera directa o sectorial de aspectos esenciales de un derecho fundamental, mientras que la regulación de la materia sobre la que se proyecta el derecho fundamental se atribuye al legislador ordinario, estatal o autonómico. Y entiendo que la actual regulación en la legislación sanitaria de las voluntades anticipadas de los usuarios de servicios sanitarios es, en efecto, una regulación sectorial que incide en los derechos fundamentales a la libertad y autonomía personal y a la integridad física, pero que no los desarrolla de modo directo en cuanto no regla aspectos esenciales o consustanciales para la definición de estos derechos fundamentales, que es lo estrictamente reservado a la Ley Orgánica. El testamento vital se incardina con naturalidad en la carta o catálogo de derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, siendo su funcionalidad posibilitar su renuncia anticipada a la práctica de unas determinadas actuaciones médicas. Se incide en los aspectos esenciales de los derechos fundamentales a la integridad física y a la autonomía de la voluntad cuando legalmente se impone coercitivamente un tratamiento médico (hay una limitación o restricción del contenido normal de estos derechos), pero no cuando simplemente se habilita a la persona a renunciar voluntaria y anticipadamente, no a una asistencia sanitaria conforme a la buena práctica clínica, sino solamente a unos determinados tratamientos que no son obligatorios ni urgentes (aquí no hay ampliación o mejoramiento del contenido normal y obvio de estos derechos; no se altera para nada su contenido lógico, su contenido natural, por lo que no se incide en su esencia). En línea con lo dicho, recordemos que el f. j. 2 de la STC 101/1991, insiste en que la Ley orgánica reduce su aplicación a las normas que establezcan restricciones de esos derechos y libertades o los desarrollen de modo directo, en cuanto regulen aspectos consustanciales de los mismos. Realmente, el testamento vital es equiparable en sus efectos al consentimiento expreso e informado para recibir tratamientos médicos o al derecho a rechazarlos, derechos que ya están suficientemente regulados en la Ley General de Sanidad y cuentan con abundante jurisprudencia. Pues bien, nunca, que yo sepa, se ha reclamado para ellos su regulación por Ley Orgánica. De otro lado, señalar que, en mi opinión, el testamento vital no incide en el derecho fundamental a la vida ya que la sustancia, la esencia, de las voluntades anticipadas no es querer y disponer un alargamiento artificial de la vida mediante el uso de determinadas técnicas médicas o un acortamiento de la vida proscribiendo el uso de tales técnicas, sino simplemente dejar que la naturaleza siga su curso en un contexto de buena práctica clínica. El testamento vital, en su actual regulación, nada tiene que ver con la eutanasia pasiva.

a la igualdad.” *Revista Derecho y Salud*, volumen 10, núm.1, 2002, pág. 14 y siguientes.

sistema técnicamente compatible entre todas las Comunidades Autónomas y un soporte que permita almacenar datos clínicos.

- Generalizar el derecho a la segunda opinión.
- Regular los aspectos que inciden en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar en su dimensión espacial y funcional y, en particular, el relativo a la habitación individual a efectos de su progresiva implantación.
- Consolidar y generalizar las llamadas “Cartas de Servicios”, entendidas como normas jurídicas que regulan la calidad y procedimientos o formas de prestación de los servicios públicos sanitarios, mediante la regulación primaria de su estructura y contenidos, en particular, los relativos a los estándares de calidad⁸.

En lo referente a las voluntades anticipadas y al derecho a la información y documentación clínica, es conocido que en las Cortes Generales se está tramitando en el presente año 2002 una proposición de Ley reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y es posible que antes de que este trabajo vea la luz, dicha ley entre en vigor. De ser así, obviamente, no sería necesario incorporar a la Ley de Calidad y Coordinación Sanitarias esta concreta regulación. Esta ley estatal desplazaría a la legislación autonómica actualmente existente sobre estas cuestiones (Cataluña, Galicia, Extremadura, Madrid, La Rioja, Navarra y Aragón) que se oponga a lo regulado en la ley estatal. No obstante, esta opción del legislador de promulgar sucesivas leyes puntuales y con escasos contenidos reguladoras de temas varios pertenecientes a una misma materia, me parece criticable por cuanto implica una innecesaria proliferación de normas jurídicas generadoras de un ordenamiento jurídico cada vez más extenso, intrincado, enmarañado y difícil de manejar, incluso por los expertos en la materia. Por ello y por lo que diré más adelante me parece preferible regular

⁸ Esta regulación primaria servirá de marco para un segundo nivel estatal de regulación mediante la promulgación de sucesivas normas reglamentarias, pero de carácter básico, reguladoras de “Cartas de Servicios” sectoriales en las que se fijen estándares de calidad básicos y mínimos relativos a los contenidos y administración de las prestaciones sanitarias, atención global de los usuarios, y a la estructura, instalaciones y equipamientos. A su vez, estas “Cartas de Servicios” básicas podrán y deberán ser complementadas en el nivel autonómico con “Cartas de Servicios” para cada uno de los de servicios sanitarios específicos, de las que se derivarán auténticos derechos subjetivos de los usuarios a un determinado nivel de calidad en las prestaciones de que se trate.

todas estas cuestiones en un único texto legal: la Ley General de Sanidad⁹.

3. El poder de vigilancia del Estado del cumplimiento de las “condiciones básicas de igualdad” (la Alta Inspección).

Ya he razonado que al Estado le corresponderá velar porque se cumplan en el nivel autonómico las condiciones básicas de igualdad. Ha de ejercitar, pues, una acción de vigilancia que le permita comprobar que su legislación -tanto las normas básicas como las condiciones básicas de igualdad- es correctamente interpretada conforme a pautas uniformes y cumplida efectivamente por los poderes autonómicos.

Y justamente esta es la función primordial de la Alta Inspección. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en su sentencia 32/1983, ya fijó el alcance de la competencia estatal de la Alta Inspección, doctrina que conviene recordar ahora: “*La Alta Inspección recae sobre la correcta interpretación de las normas estatales, así como de las que emanan de las asambleas comunitarias, en su indispensable interrelación.... Así entendida, la alta inspección constituye una competencia estatal de vigilancia, pero no un control genérico e indeterminado que implique dependencia jerárquica de las Comunidades Autónomas respecto a la Administración del Estado, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar en su caso a instar la actuación de los controles constitucionalmente establecidos en relación con las CCAA, pero no a sustituirlos, convirtiendo a dicha alta inspección en un nuevo y autónomo mecanismo directo de control.*”

Interpretando esta doctrina, acertadamente ha precisado MUÑOZ MACHADO¹⁰ que la Alta Inspección no es una inspección sanitaria reduplicativa que tienda a comprobar si los particulares o los establecimientos cumplen la legislación sanitaria. No es un control de las actividades trascendentes para la salud, actuación inspectora que la ejercitarán normalmente los órganos autonómicos competentes. La Alta Inspección sólo abarca la comprobación de que la legislación estatal se ejecute efectivamente por las Comunidades Autónomas, y para esta función no le hace falta un aparato de inspección montado “ad hoc”.

⁹ No hay inconveniente técnico alguno para incorporar todo el contenido de la Ley al artículo 10 de la Ley General de Sanidad.

¹⁰ “La formación y crisis de los servicios sanitarios”. Alianza Editorial, 1995, pág. 114.

Pues bien, fijado su alcance, trataré seguidamente de describir las formas de ejercer ese poder de vigilancia del Estado sobre las Comunidades Autónomas -la Alta Inspección-, poder que se ha de materializar en actuaciones administrativas concretas de información, vigilancia, y, en su caso, alguna facultad de reacción ante constatados incumplimientos. Pero realizaré tal indagación en el estricto marco -como ha dicho el Tribunal Constitucional- de los mecanismos de control constitucionalmente establecidos.

Artículo 149.1.1 CE. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 6/1982, de 22 de febrero, ya conectó la Alta Inspección con el artículo 149.1.1 CE. Pues bien, en línea con dicha conexión cabe hacer aquí alusión a la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 290/2000, de 30 de noviembre, (f. j. 14) en la que advierte que si bien el alcance del artículo 149.1.1 CE es “esencialmente normativo” por referirse a la regulación de las condiciones básicas, cabe observar, sin embargo, que ninguna calificación adicional se ha agregado por el constituyente respecto a la naturaleza de tales condiciones que pueda restringir su alcance, por lo que, en definitiva, junto a la normación como aspecto esencial del artículo 149.1.1 CE las regulaciones estatales dictadas al amparo de este precepto también pueden contener, cuando sean imprescindibles para garantizar la eficacia del derecho fundamental o la igualdad de todos en su disfrute, una dimensión institucional. Y en razón de tal componente institucional, que el Tribunal Constitucional se limita a enunciar sin mayor explicación, apuntala la Agencia de Protección de Datos y admite que la derogada Ley de Regulación del Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal atribuya a dicha Agencia diversas funciones y potestades, de información, inspección y sanción, para prevenir las violaciones de los derechos fundamentales. Sin embargo, el Alto Tribunal, posteriormente, en el fundamento jurídico 13 de su sentencia 188/2001, de 20 de septiembre, insiste de nuevo en que el alcance del artículo 149.1.1 CE esta constreñido al ámbito normativo, por lo que tal título competencial no puede cobijar en puridad una regulación que atribuya a los órganos centrales del Estado competencias de carácter ejecutivo. No obstante, esta Sentencia tiene un voto particular en el que, discrepando de la mayoría, se insiste en que este título habilita no sólo a dictar normas, sino a articular los mecanismos de ejecución de sus mandatos, si ello es preciso para conseguir el “efecto” que cada regulación persigue. De todos modos, la postura definitiva del Tribunal Constitucional parece ser la de que el título competencial no permite instrumentar mecanismos de ejecución. En cualquier caso, entiendo que en el ámbito de la

sanidad no sería precisa la utilización de este título para articular mecanismos de ejecución pues, como veremos, ya están suficientemente diseñados.

Artículo 153 CE¹¹. La impugnación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de las disposiciones, resoluciones y actuaciones de las Administraciones autonómicas supuestamente vulneradoras de las normativa estatal, será la forma ordinaria de hacer efectivo ese control y lograr la correcta ejecución e interpretación por las Comunidades Autónomas de la legislación estatal. Es más, algún sector de la doctrina científica¹² considera que la Alta Inspección no implica poder alguno de corrección de la actividad ejecutiva de las Comunidades Autónomas, de manera que ante el incumplimiento de la legislación estatal, la Administración del Estado no puede acudir al remedio último del artículo 155 CE, sino que exclusivamente debe acudir a los externos controles judiciales ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa previstos en el artículo 153.c de la CE.

Artículo 155 CE. Al amparo de este precepto constitucional ha dicho el Tribunal Constitucional en su sentencia 76/1983, de 5 de agosto, que la uniformidad constitucionalmente pretendida en los supuestos en que corresponda al Estado la normación sustantiva (normación completa, normas básicas, condiciones básicas e igualdad) y a las Comunidades Autónomas su ejecución, quedaría desvirtuada si el Estado no tuviera la potestad y el derecho de velar para que no se produzcan diferencias en la ejecución o aplicación del bloque normativo. Incluso -dice el TC- en los mismos sistemas federales se reconoce una serie de atribuciones a las instancias federales que, en definitiva, se concretan en una función de vigilancia que la Federación ejerce sobre las actuaciones ejecutivas de los Estados miembros. Pero -sigue diciendo el TC- al fijar el contenido y alcance de dicha función es preciso tener presente que la autonomía exige en principio, a su vez, que las actuaciones de la Administración Autonómica no sean controladas por la Administración del Estado, no pudiendo impugnarse la validez o eficacia de dichas actuaciones sino a través de los mecanismos constitucionalmente previstos. Por ello, el poder de vigilancia no puede colocar a las Comunidades Autónomas en una situación de dependencia jerárquica respecto a la Administración del Estado.

¹¹ Entiendo que no cabe la impugnación ante el Tribunal Constitucional por la vía del artículo 161.2 CE, ya que en este cauce sólo se pueden alegar vulneraciones constitucionales, no las meramente legales, y aquí estaríamos ante vulneraciones legales.

¹² E. AJA y otros, “El sistema jurídico de las Comunidades Autónomas”, *Técno*, 1985, pág. 171 y 172.

Como acabo de exponer, el mecanismo constitucional ordinario previsto al respecto es la impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa (art.153,c) y el extraordinario o específico ante el incumplimientos graves de obligaciones que impongan las leyes estatales es el requerimiento y, en su caso, la coerción regulados en el artículo 155 CE, que, incluso, se moverían en un ámbito ajeno al de la Alta Inspección. Ahora bien, en lo que hace a la facultad de requerir, a los requerimientos regulados en diversas normas¹³, ha precisado el Tribunal Constitucional en su sentencia 118/1998, de 4 de junio, (f. J. 26), que la facultad de requerir no puede considerarse atribuida al Gobierno central únicamente en los supuestos previstos en el artículo 155.1 de la Constitución y a los solos efectos de éste, sino que el requerimiento constituye un trámite previo posible, y a veces necesario, siempre que el Gobierno tenga reconocida alguna facultad de reacción ante órganos jurisdiccionales, pero sin que pueda entenderse que de estos requerimientos deriven en favor del Estado facultades que resulten contrarias a la delimitación de competencias establecidas en la materia por la Constitución y los Estatutos de autonomía. La facultad de requerir ha de interpretarse como un mecanismo de comunicación entre el Gobierno y la Comunidad Autónoma a fin de que ésta remedie el incumplimiento detectado mediante el ejercicio de las competencias que le son propias, sin que en ningún caso pueda conferirse a dicho requerimiento carácter vinculante ni genere en caso de no ser atendido por la Comunidad Autónoma, una actuación subsidiaria del Estado, pues ello implicaría una forma de control sobre la actuación de la Administración autonómica además de no prevista constitucionalmente, incompatible con el principio de autonomía y con la esfera competencial que de ésta deriva.

Por tanto, ante quiebras graves de las condiciones básicas de igualdad en la protección sanitaria de las personas por abiertos incumplimientos de la normas estatales que conlleven un grave atentado al interés general, el Gobierno central puede actuar el mecanismo regulado en el artículo 155 CE incluso, en su caso, adoptando las medidas necesarias para obligar a la Comunidad Autónoma responsable al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones, supuesto éste difícilmente imaginable. Pero antes han de agotarse otras vías como las advertencias y

requerimientos regulados en los apartados 4 y 5 del artículo 43 de la Ley General de Sanidad, entendidos como simples mecanismos de comunicación y sin que tales requerimientos tengan carácter vinculante ni posibiliten actuaciones subsidiarias de aquella.

Finalmente, en la medida en que el poder de vigilancia conlleva la realización de unas determinadas actividades de control, de comprobación, que algún órgano administrativo debe realizarlas, acabaré este apartado con unas breves notas referentes a cómo ha instrumentado orgánicamente el Gobierno central este poder de vigilancia. Una vez promulgada la Ley General de Sanidad, el Real Decreto 1943/1986, de 19 de septiembre, conformó la Alta Inspección como una Dirección General, que, además, asumió las funciones propias de gestión de la secretaría y apoyo técnico a los miembros el Consejo Interterritorial de Salud. Así se ha mantenido hasta que en virtud del reciente Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, se estructura orgánicamente en una Dirección General denominada de Alta Inspección y Coordinación del Sistema Nacional de Salud, de la que sigue dependiendo la Secretaría del Consejo Interterritorial de Salud. Entre otras funciones, se le asigna *el seguimiento y análisis de los actos y disposiciones de las Comunidades Autónomas, en ejercicio de las funciones que asigna al Estado el capítulo IV del título II de la Ley General de Sanidad*. Cabe observar que se ajusta bien a lo dicho por el Tribunal Constitucional.

Creo que esta función debería asumirla la Secretaría del Consejo Interterritorial de Salud.

4. Equidad y condiciones básicas de igualdad: conceptos diferentes.

En este contexto de fijación estatal y cumplimiento autonómico de condiciones básicas de igualdad, no puedo resistirme a criticar la, desde el punto de vista estrictamente jurídico, impropia e inconveniente utilización e, incluso, incorporación al Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, de reestructuración del Ministerio de Sanidad y Consumo, y seguramente también a la Ley de Calidad y Coordinación Sanitaria, del vocablo “equidad” -concepto éste sublime y etéreo por demás, pero difícilmente aprehensible desde el punto de vista jurídico- sustituyendo de alguna forma al de “igualdad”. Ello porque el concepto “igualdad” utilizado por la Constitución y la Ley General de Sanidad, y más concretamente el concepto jurídico “condiciones básicas de igualdad” en cuanto exige del Estado una concreta y precisa normación garantizadora de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales de las personas (facultades elementales,

¹³ Recuérdese que el artículo 3 de la Ley 12/1983, de 14 de octubre, del Proceso Autonómico, dispone que “El Gobierno velará por la observancia por las Comunidades Autónomas de las normas estatales aplicables y podrá formular los requerimientos procedentes, a fin de subsanar las deficiencias en su caso advertidas”. Igualmente, recuérdense las advertencias y requerimientos regulados en los apartados 4 y 5 del artículo 43 de la Ley General de Sanidad.

límites esenciales, deberes fundamentales, prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos, según palabras del Tribunal Constitucional), nada tiene que ver y no es en modo alguno sustituible por el concepto jurídico “equidad” que ahora tanto utilizan y esgrimen algunos políticos y altos cargos del Ministerio de Sanidad y Consumo.

El diccionario de la Real Academia de la Lengua define la equidad como “propensión a dejarse guiar, o a fallar, por el sentimiento de deber o de conciencia, más bien que por las prescripciones rigurosas de la justicia o por el texto terminante de la ley”. El artículo 3.2 del Código Civil menciona la equidad como un instrumento de ponderación del rigor de la norma aplicable al caso concreto. Y la jurisprudencia maneja la equidad como fuente de criterios de decisión ajenos a las normas legales; como criterio de dulcificación del derecho estricto. En la práctica, su aplicación se limita al campo de las resoluciones judiciales y en muy contadas ocasiones pues requiere una ponderación sumamente prudente y restrictiva (STS de 8 de febrero de 1996) e, incluso, sólo en supuestos de vacío legal (STS de 3 de febrero de 1995).

Actualmente es muy frecuente oír a los responsables de la sanidad que al Estado le corresponde garantizar la equidad del Sistema sanitario. Es más, en el reciente Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, de reestructuración del Ministerio de Sanidad y Consumo, se asigna a la Secretaría General de Sanidad la función de “*garantizar la equidad y accesibilidad a los servicios del Sistema Nacional de Salud*.” Pero resulta que la equidad no es ni puede conceptuarse como una suerte de título excelso o varita mágica que habilite al Estado a realizar concretas actuaciones de igualación, nivelación o ajustes que no pudiera hacer ejercitando sus verdaderos títulos competenciales en la materia. La equidad del Sistema sanitario se ha de procurar a través de una precisa normación de las “condiciones básicas de igualdad” y del diseño de un sistema de financiación que garantice una distribución territorial justa de los recursos económicos. Así pues, no es necesario que la legislación sanitaria hable de equidad, lo necesario es que la ley norme las “condiciones básicas de igualdad” y establezca un sistema de financiación adecuado, y después que el Estado vele por su cumplimiento en el nivel autonómico. La equidad del Sistema sanitario será simplemente el resultado de esa normación y de su aplicación en todo el territorio del Estado.

Y sucede que la normativa estatal que fije las “condiciones básicas de igualdad” y que diseñe el sistema de financiación, que es justamente la normativa con vocación de preservar la equidad del Sistema sanitario, exige

una interpretación y aplicación estricta y rigurosa por todos, y en particular por las Comunidades Autónomas, es decir, precisamente todo lo contrario de lo que proclama el principio jurídico de equidad en cuanto permite al aplicador de la ley, sea la Administración del Estado o la de las Comunidades Autónomas, desconocerla, flexibilizarla o reinterpretarla según su propio criterio sobre las cosas. Por tanto, lo que el Estado debe garantizar es que se interpreten uniformemente y se cumplan las “condiciones básicas de igualdad” y las normas básicas definidoras del modelo sanitario. El resultado de ello será un Sistema sanitario equitativo.

Sin embargo, da la impresión de que el Gobierno y la Administración sanitaria estatal están utilizando ese etéreo concepto de una forma jurídicamente incorrecta, aunque interesada políticamente. Parece que lo esgrimen como una especie de mecanismo independiente que les permitirá intervenir cualquier actuación autonómica que reputen inicua. Y ya hemos constatado que “condiciones básicas de igualdad” no es sinónimo de uniformidad absoluta y total en el contenido del derecho a la protección de la salud de las personas, contenido que, por tanto, puede variar en cada Comunidad Autónoma. Y esas desigualdades no son iniquidades. Esto último conviene resaltarlo. En fin, hablar de “equidad” en este ámbito es hacer retórica, y la retórica tiene asiento natural en el discurso político, pero lo pierde totalmente en el riguroso y preciso lenguaje jurídico que requieren los textos legales, bien sean organizativos y de atribución de funciones, bien tengan por objeto fijar “condiciones básicas de igualdad”. Por todo lo dicho, a mi juicio, la voz “equidad” no debe incorporarse a las leyes y reglamentos reguladores de la materia sanidad ni tan siquiera como principio rector, esto es, con carácter meramente programático o eficacia simplemente interpretativa¹⁴.

¹⁴ En la Ley General de Sanidad y en la demás legislación sanitaria estatal promulgada hasta ahora, es decir, hasta el Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, no se había hecho expresa mención de este concepto. Por su parte, algunas Leyes autonómicas de Salud y Ordenación Sanitaria lo han incorporado a sus principios rectores. La Ley catalana de Ordenación Sanitaria de 1990 habla de equidad, sin más. La Ley navarra de Salud de 1990, habla de equidad en los niveles de salud. La ley andaluza de Salud de 1998, también habla de equidad en los niveles de salud. La Ley madrileña de Ordenación Sanitaria de 2001, habla de equidad en el acceso. La Ley aragonesa de Salud de 2002, habla de equidad en la asignación de recursos. Todas lo conforman como un principio rector. Empero, la formulación de la equidad como uno de los principios rectores en que se apoya la ordenación sanitaria diseñada por dichas leyes tiene mucha carga retórica y muy poco o ningún contenido jurídico a la hora de determinar obligaciones de las Administraciones sanitarias y derechos subjetivos de los ciudadanos.

II. LA FUNCIONALIDAD DEL TÍTULO COMPETENCIAL “COORDINACIÓN GENERAL SANITARIA”.

1. El significado de la coordinación general sanitaria.

La culminación del dilatado proceso de descentralización de la asistencia sanitaria pública¹⁵ conlleva un necesario e importante cambio de posicionamiento de la Administración sanitaria del Estado. El papel que ahora le corresponde desempeñar, además de la gestión en el ámbito de la sanidad exterior, se limita prácticamente a impulsar la coordinación y cooperación interautonómica o interterritorial, propiciando el consenso y la participación de las Comunidades Autónomas en una puesta en común de políticas sanitarias de las que resulte un sistema sanitario coherente y solidario. La coordinación pasa a ser la función estrella de la organización sanitaria estatal. Por ello, en estos momentos, todos los actores de la sanidad están inmersos en un proceso de reflexión, análisis y reconsideración de dicha función.

Pues bien, para alcanzar conclusiones válidas sobre la funcionalidad del título competencial “coordinación general sanitaria” en el nuevo escenario de la completa descentralización política y territorial de la sanidad (salud pública y asistencia sanitaria), importa, de entrada, fijar o determinar desde una perspectiva jurídica su significado, contenido y alcance. Se ha dicho por la doctrina que la coordinación es, en primer lugar, un resultado, un resultado armónico y coherente, pero que también implica o conlleva un conjunto de capacidades de unos entes u órganos respecto de otros para alcanzar ese resultado. En lo que a nosotros concierne, se trata de determinar los objetivos de la coordinación general sanitaria y las acciones a que habilita este título en razón de lo regulado al respecto por la legalidad vigente (Ley General de Sanidad) y de lo discernido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (Sentencias 32/1983 y 54/1990).

Los objetivos (el resultado de la coordinación) podemos concretarlos sucintamente en los dos siguientes:

- La integración de la diversidad de los subsistemas en el conjunto o sistema, evitando o reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían la realidad misma del sistema. Dicho de otra forma, procurar un Sistema Nacional de Salud armónico, coherente, solidario y equitativo, pero también diverso, esto es, rico en variantes y matices.

¹⁵ La sanidad penitenciaria, que ya la ha recibido Cataluña, está previsto sea traspasada al resto de Comunidades Autónomas en el presente año 2002.

- En atención al concreto listado de acciones descritas en el artículo 70.2 de la Ley General de Sanidad¹⁶, lograr la homogeneidad técnica, la calidad científica y la eficacia organizativa de los Sistemas sanitarios, procurando la mayor rentabilidad social posible en la gestión de los recursos y dispositivos sanitario-asistenciales.

Precisados los objetivos de la coordinación general sanitaria, paso seguidamente a describir las acciones y capacidades a que habilita dicho título, también conforme a la legalidad vigente y a la jurisprudencia constitucional. Señala la STC 32/1983 que la “coordinación general sanitaria” es una función instrumental que consiste en fijar medios y sistemas de relación que hagan posible los objetivos o el resultado que acabo de señalar, concretamente, la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades sanitarias estatales y comunitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema sanitario¹⁷, lo cual se consigue, según señala la STC 102/1995 (f. j. 31), adoptando las medidas necesarias, en general con carácter preventivo, entre las cuales cuentan aquellas donde se establezcan formas de relación entre las diversas Administraciones, a veces mediante un órgano de composición mixta y otras por el mecanismo de normas básicas y comunes a los diversos planes o intervenciones autonómicas¹⁸, formas de relación vinculadas a la previsión de directrices comunes que hagan posible la actuación conjunta de las diversas Administraciones comprometidas. En cualquier caso, el presupuesto lógico de la coordinación es la existencia de competencias autonómicas que deban ser coordinadas, pero con respeto absoluto a su contenido y evitando que la coordinación estatal se expanda hasta dejarlas vacías de contenido.

Y es importante hacer notar que en esta última sentencia, advierte el Tribunal Constitucional que la coordi-

¹⁶ Son: a) El establecimiento con carácter general de índices o criterios mínimos básicos y comunes para evaluar las necesidades del personal, centros o servicios sanitarios, el inventario definitivo de recursos institucionales y del personal sanitario y los mapas sanitarios nacionales; b) La determinación de fines u objetivos mínimos comunes en materia de prevención, protección, promoción y asistencia sanitaria; c) El marco de actuaciones y prioridades para alcanzar un sistema sanitario coherente, armónico y solidario; d) El establecimiento con carácter general de criterios mínimos básicos y comunes de evaluación de la eficacia y rendimiento de los programas, centros o servicios sanitarios.

¹⁷ Esta caracterización de la coordinación fue recogido literalmente en el artículo 73 de la Ley General de Sanidad.

¹⁸ Es, en general, toda la normativa técnico-sanitaria y de establecimiento de índices o criterios comunes de evaluación.

nación, cuya esencia es la unidad de actuaciones, no significa dirección o gestión, ni por tanto ejecución, por moverse en una dimensión formal, no material y en un plano horizontal, ajeno a cualquier tentación de jerarquía o verticalidad.

En plena armonía con esta concepción elaborada por el Tribunal Constitucional, magistralmente ha puesto de manifiesto MUÑOZ MACHADO¹⁹ que se trata de una competencia más formal que sustantiva, y que como tal no puede incidir o condicionar el ejercicio de las competencias autonómicas. Escribe al respecto lo siguiente: *“creo que se comprendería mal lo que la coordinación significa si la legislación sanitaria básica se empeñara en configurarla sobre el principio único de permitir al Estado imponer a las Comunidades Autónomas criterios de política sanitaria unilateralmente elaborados. Lo que la coordinación impone, por el contrario, es una conjunción de esfuerzos y una coparticipación en la formulación de objetivos que las diferentes partes que integran un sistema sanitario único deben alcanzar (...) En definitiva, este tipo de instrumentos (los instrumentos de coordinación) deben usarse de manera que sus contenidos sean aceptados antes de ser aprobados. Esto es, sencillamente, capital; sobre todo porque es una de las claves de funcionamiento de los sistemas autonómicos peor entendida, y menos practicada, hasta hoy, entre nosotros.”*²⁰.

Cierto que GARCÍA DE ENTERRÍA²¹, al estudiar las competencias de coordinación que el artículo 149. 1. 13 y 16 CE reserva al Estado, entiende que las mismas parecen apuntar a un poder específico del Estado para articular competencias propias y de las Comunidades Autónomas, que excede del de la fijación de “bases” como denota su singularización junto a éstas en los números 13ª y 16ª del artículo 149.1. De ahí infiere que lo que intenta arbitrar el poder estatal de coordinación es algo distinto de la fijación de unas bases normativas, y que esos medios no normativos han de desembocar, o bien en una simple coordinación formal (que opera sobre los sujetos de la actividad, que se basa en la información

recíproca y que tiende normalmente a buscar acuerdos consentidos o “autocoordinación”), o bien una coordinación material, que supone, más que la disposición de los sujetos, un cierto poder directivo de operaciones globales por parte de la unidad superior. Y a la vista de lo dicho por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 32/1983 sobre coordinación y planificación sanitaria, considera este prestigioso tratadista que, aunque la sentencia no se pronuncie sobre esto, parece que implícitamente se inclina por enmarcar la “coordinación general sanitaria” en la coordinación material, que es, por su naturaleza, directiva o de “coordinación vertical”.

Vemos, pues, cómo la doctrina científica maneja dos concepciones de la coordinación: a) un concepto formal, de carácter horizontal y no jerárquico o de supremacía, es decir, entre iguales, que es fruto de la voluntad común de todos los entes, por lo que se basa en la autocoordinación; b) un concepto material, vertical, que, sin ser jerárquico, se basa en una cierta posición de supremacía, por lo que admite un cierto poder directivo de la unidad superior. Y, evidentemente, el Ministerio de Sanidad y Consumo se acoge a la segunda concepción de la coordinación, la material y vertical, pues reiteradamente a manifestado, por lo menos hasta el reciente cambio del equipo ministerial, que una de las funciones que le corresponde en virtud de tal título competencial es, precisamente, la superior dirección del Sistema Nacional de Salud.

Personalmente, me inclino por entender que la sentencia 32/1983 configura la “coordinación general sanitaria” como una competencia de coordinación formal, no material. Ello, por lo que seguidamente razono. En primer lugar, el Tribunal Constitucional no hace ninguna referencia expresa o implícita a que la coordinación conlleve un cierto poder de dirección. En segundo lugar, cuando el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 214/1989 (f. j. 20 f), dijo que la coordinación “*conlleva un cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado*”, lo dijo respecto a la necesaria coordinación de las entidades locales. Y es conveniente tener presente que el Tribunal Constitucional también precisó en sus sentencias 4/1981 y 25/1981, que existen diferencias entre la autonomía de los entes locales y la de las Comunidades Autónomas, de manera que éstas últimas están dotadas de una autonomía cualitativamente superior a la de los entes locales en la medida en que disponen de potestades legislativas y gubernamentales que las configuran como autonomías de naturaleza política. A partir de esta declaración del máximo intérprete de

¹⁹ “La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos.”, *Alianza Editorial*, 1995, pág. 110 a 113.

²⁰ Esto lo escribía MUÑOZ MACHADO en 1995. Creo que en el año 2002 sigue siendo una valoración actual y válida. Sirvan como ejemplo de recientes decisiones del Ministerio no consensuadas previamente con las CCAA, el Convenio con Farmaindustria y la delegación en los Colegios profesionales de la acreditación de la formación continuada. Y ambas están resultando extremadamente conflictivas.

²¹ “Estudios sobre autonomías territoriales”, *Cívitas*, 1985, pág. 345, y más recientemente “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, décima edición, *Cívitas*, 2000, pág. 326 y 327.

la Constitución, una amplia corriente doctrinal ha venido destacando el carácter administrativo de la autonomía local, frente al carácter político de la autonomía comunitaria y, si bien también conviene en que realmente, con mayor o menor intensidad, ambas autonomías tienen una sustancia o sustrato político, ello no obsta para que concluya que las posibilidades de opción son más amplias en el caso de las Comunidades Autónomas (a través de la ley formal), que en los municipios. Y si esto es así, conclusión obligada es que el papel del Estado como coordinador de tales entes territoriales ha de ser distinto, justificándose un cierto poder de dirección respecto de los entes locales, esto es, una coordinación material²², que, sin embargo, no se justifica o se justifica sólo en supuestos muy excepcionales respecto de las Comunidades Autónomas ya que la posición de superioridad del Estado aquí se difumina. Pues bien, en línea con la doctrina científica y su propia doctrina, el Tribunal Constitucional, posteriormente a la citada sentencia 214/1989, cuando enmarca la coordinación en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas ya nada dice “sobre el cierto poder de dirección, consecuencia de la posición de superioridad en que se encuentra el que coordina respecto al coordinado”. Así, en su Sentencia 45/1991, de 28 de febrero, sobre agricultura de montaña, cuando en su fundamento jurídico cuarto hace una síntesis de toda su doctrina anterior sobre la coordinación, nada dice sobre “un cierto poder de dirección”. Y en el fundamento jurídico 31 de la Sentencia 102/1995, de 26 de junio, sobre medio ambiente, por el contrario, afirma que la coordinación no significa dirección o gestión, por moverse en una dimensión formal, no material y en un plano horizontal, no vertical. Entiendo que esta matización o diferenciación respecto a la coordinación de las entidades locales lo es porque las Comunidades Autónomas tienen una capacidad de opción (política) mucho mayor que las entidades locales por lo que es plausible constitucionalmente un mayor grado de divergencia.

Y es bien conocida la doctrina jurídico-administrativa de la vinculación positiva de la Adminis-

tración Pública a la legalidad, de manera que cualquier poder jurídico que ejerza o pretenda ejercer ha de estar previa y expresamente atribuido por la norma. Y si la norma no le asigna expresamente esa función, ese poder, y tampoco cabe inferirlo como inherente, como algo consustancial a otras concretas y expresas atribuciones, en nuestro caso, la coordinación general sanitaria, mal puede la Administración autootorgárselo y pretender ejercerlo, pues tal decisión sería contraria a Derecho, sería ilegal.

Recapitulando lo razonado, podemos afirmar que la coordinación general sanitaria, como competencia exclusiva del Estado, es una función instrumental que consiste en fijar sistemas de relación vinculados a la previsión de directrices comunes de orden técnico-sanitario que hagan posible una actuación conjunta y se logre la integración de actos parciales en la globalidad del Sistema sanitario, siendo notas que la enmarcan y caracterizan las siguientes:

- No conlleva funciones de dirección, ni de gestión, ni de ejecución. A lo sumo, en los contados y excepcionales casos en que claramente esté en juego o en peligro el interés general de la nación, algún poder de dirección, que más que de dirección habría que configurarlo como de impulso. No puede invocarse, pues, como lo viene haciendo el Ministerio de Sanidad y Consumo para atribuirse la superior dirección del Sistema Nacional de Salud. La Administración sanitaria estatal no dirige, no le corresponde la superior dirección del Sistema Nacional de Salud; lo que le compete hacer es instrumentar medios y sistemas de relación para lograr acuerdos consentidos, esto es, impulsar la “autocoordinación”.

- La Administración sanitaria estatal no puede imponer a las Comunidades Autónomas criterios de política sanitaria unilateralmente elaborados, ni puede impartir directrices a las que deban subordinarse las Comunidades Autónomas²³. No es su superior jerárquico. Tales directrices, criterios e instrumentos de coordinación han de ser debatidos y consensuados por todos los responsables sanitarios en el seno de un órgano mixto.

2. La coordinación entre iguales: su necesario asiento en un órgano mixto.

La coordinación sanitaria es necesaria, no en el nivel normativo, sino en el de la programación de actuaciones sanitarias y en el de la gestión de las prestaciones, esto es, en el nivel de ejecución de la materia sanidad. Y la

²² El artículo 10.2 de la Ley Reguladora de Bases de Régimen Local establece que “Procederá la coordinación de las competencias de las Entidades Locales entre sí y, especialmente, con las restantes Administraciones públicas, cuando las actividades o los servicios locales trasciendan el interés propio de las correspondientes Entidades, incidan o condiciones relevantemente los de dichas Administraciones o sean concurrentes o complementarias de los de éstas.” MORELL OCAÑA en “La coordinación del Estado y las Comunidades Autónomas con la Administración Local”, DA, núms. 230-231, 1992, pág. 109 y 110, considera que subyace en este precepto legal la concepción material de la coordinación, que vendría a ser la heredera a beneficio de inventario de las anteriores figuras de la jerarquía y de la tutela ya proscritas por el principio de autonomía local.

²³ En este mismo sentido, J. TORNOS y otros “Informe sobre las Autonomías” Cívitas, 1988, pág. 140.

ejecución de la materia sanidad corresponde por entero y en exclusiva a las Comunidades Autónomas. Se trata, por tanto, de coordinar la actividad de Administraciones sanitarias que son iguales entre sí. Y la coordinación entre Administraciones sanitarias independientes e iguales entre sí, cada una con un ámbito competencial propio, pasa necesariamente por la constitución de un órgano colegiado integrado por todos los que han de coordinarse, que adoptará las decisiones que supongan el ejercicio de la función coordinadora. Ese órgano será la herramienta que permitirá la autocoordinación de esas Administraciones independientes e iguales. Es indiscutible que a ese órgano habrá de incorporarse como otra Administración más, aunque salvo en materia de sanidad exterior y en Ceuta y Melilla no ostente competencias de ejecución de la sanidad, la Administración estatal. Ello porque también le corresponde desempeñar un papel innegable en el Sistema sanitario. Como ya expuso P. MANSILLA²⁴ al poco tiempo de la aprobación de la Ley General de Sanidad, cada uno de los componentes de este órgano aportará al mismo las competencias que le son propias: el Estado las suyas y cada una de las Comunidades Autónomas las que les corresponden, sin que esta contribución suponga desapoderamiento o dejación por parte de cada una de las entidades integradas en el órgano mixto, sino todo lo contrario. La aportación se realiza sólo y exclusivamente a los efectos de procurar la necesaria autocoordinación. Se logra, en suma, una coordinación horizontal.

El artículo 47 de la Ley General de Sanidad configuró el Consejo Interterritorial como el órgano permanente de comunicación e información de los distintos Servicios de salud, y le asignó funciones de coordinación, entre otros aspectos, en dos concretos campos: a) las líneas básicas de la política de adquisiciones, contrataciones de productos farmacéuticos, sanitarios y de otros bienes y servicios; b) los principios básicos de la política de personal. No se trataba de una asignación cerrada pues además de “entre otros aspectos” dispuso expresamente este artículo que *asimismo ejercerá las funciones que le puedan ser confiadas para la debida coordinación de los servicios sanitarios*. Todo apunta, pues, a que el legislador de 1986 ya estaba pensando en que al Consejo Interterritorial se le confiaran las funciones propias de la coordinación general sanitaria una vez descentralizada plenamente la asistencia sanitaria pública.

Más tarde, en 1997, como es bien conocido, la Subcomisión del Congreso de los Diputados para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud

manifestó la necesidad de fortalecer el papel de este órgano, definiéndolo como el instrumento esencial de vertebración del sistema sanitario. A estos efectos, recomendó otorgarle mayores facultades de decisión, y ampliar sus funciones como órgano a través del cual se ha de instrumentar, preferentemente, la fijación de las bases, la coordinación general sanitaria y los criterios generales de la alta inspección.

No me cabe duda, pues, de que el órgano estatal que puede y debe asumir las funciones de la “coordinación general sanitaria” es el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, si bien para ello es precisa una profunda modificación de su composición, funciones y funcionamiento. Más adelante volveré sobre esto.

Ejemplo elocuente de que el descrito marco no es errado o estrambótico ni significa una visión insuficiente del alcance que debe tener el título competencial “coordinación general sanitaria”, es, sin más, la Organización Nacional de Transplantes, que, como es bien conocido, es una unidad técnica encargada de coordinar las actividades de donación, extracción, preservación, distribución, intercambio y trasplante de órganos humanos en el conjunto del sistema sanitario, que funciona a nivel de su Comisión Permanente, que es quien dirige la organización, como un órgano colegiado integrado por los coordinadores autonómicos y el nacional, así pues, sin que la Administración estatal ejerza una función directiva ni controle tal órgano colegiado, y resulta que el sistema nacional de transplantes funciona perfectamente, pudiéndose postular esta organización como paradigma de la coordinación.

Sin embargo, a la vista del reciente Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, de estructuración del Ministerio de Sanidad y Consumo, no parece que sea intención del Gobierno central residenciar la coordinación general sanitaria en el Consejo Interterritorial de Salud. Mediante este Real Decreto crea la Secretaría General de Sanidad a la que asigna expresamente las funciones de coordinación interterritorial, alta inspección, calidad y planificación sanitaria y sistemas de información. De esta Secretaría General depende la Dirección General de Alta Inspección y Coordinación del Sistema Nacional de salud, órgano encargado de velar por la vertebración funcional del Sistema Nacional de Salud. En definitiva, parece que es intención del Gobierno central mantener las funciones de coordinación general sanitaria, alta inspección, planificación e información sanitaria, en un órgano jerarquizado del Ministerio de Sanidad y Consumo, lo que, a su vez, implica el ejercicio unilateral de esas funciones por la Administración sanitaria estatal. Confío en que durante la

²⁴“Coordinación General Sanitaria”, *MONDADORI*, 1988, pág. 102.

tramitación parlamentaria de la futura aunque incierta Ley de Calidad y Coordinación Sanitaria esto se pueda enmendar porque creo que ha llegado el momento de que estas funciones se asienten en un órgano estatal no jerarquizado y de composición multilateral: el Consejo Interterritorial de Salud.

Finalmente, obligado es decir y reconocer que, al menos hasta ahora, el Ministerio de Sanidad y Consumo, renunciando a una coordinación imperativa o directiva, ha impulsado y materializado la coordinación a través del Consejo Interterritorial de Salud por la vía del consenso con resultados, en general, bastante aceptables²⁵.

III. MECANISMOS DE COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN ESTATALES.

1. Preliminar.

El texto constitucional no incorpora expresos mandatos de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas. No obstante, el Tribunal Constitucional, en su ya lejana sentencia 18/1982, tuvo ocasión de advertir que tal principio de colaboración *“está implícito en la propia esencia de la forma de organización territorial del Estado que se implanta en la Constitución, que no es menester justificar en preceptos concretos.”* Ese mismo año volvió a pronunciarse en el mismo sentido cuando en el fundamento jurídico 8 *“in fine”* de su sentencia 64/1982, declaró que es aconsejable una adecuada colaboración entre la Administración del Estado y la de las Comunidades Autónomas que ayude a buscar soluciones equitativas, colaboración que es necesaria para el buen funcionamiento de un Estado de las Autonomías, incluso

al margen de la distribución constitucional y estatutaria de las competencias respectivas. Y, en efecto, a pesar del vacío constitucional, el principio de colaboración Estado-Comunidades Autónomas estuvo presente en la mente de los responsables de las instituciones que en los años siguientes a la Constitución fueron materializando el Estado autonómico. Así, el legislador estatal posconstitucional tuvo cuidado de incorporar el principio de colaboración a las leyes sectoriales que versan sobre materias que están repartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, principio que se hará efectivo mediante las técnicas de coordinación y cooperación reguladas convenientemente en dichas leyes. La Ley General de Sanidad, como no podía ser menos, contempla y regula mecanismos de coordinación y de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas y entre éstas.

Concretamente prevé y regula como concretos instrumentos de coordinación estatales: a) el Consejo Interterritorial de Salud, b) la información sanitaria recíproca (artículos 23, 40 y 73); c) la planificación sanitaria: planes de salud autonómicos y plan integrado de salud (artículos 74 a 77); y d) el establecimiento con carácter general de índices y criterios mínimos básicos y comunes de evaluación sanitaria, así como de fines y objetivos mínimos comunes en materia de prevención, protección, promoción y asistencia sanitaria (artículo 70). A su vez, como mecanismos de cooperación, obviamente de carácter voluntario, entre el Estado y las Comunidades Autónomas, dicha Ley contempla (artículo 48): a) la constitución de comisiones y comités técnicos; b) la celebración de convenios interadministrativos bilaterales o multilaterales; c) la elaboración de programas en común²⁶.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha enumerado dos medidas estatales de coordinación preventiva a efectos de establecer sistemas de relación entre las Administraciones²⁷: a) mecanismo de normas básicas vinculado a la previsión de directrices comunes que hagan posible una actuación conjunta; b) órganos de composición mixta.

Siguiendo este orden, dedico las siguientes páginas al estudio de estos mecanismos o instrumentos y a tratar de desentrañar la posición o el papel que a cada uno de

²⁵ En el mes de mayo del presente año 2002 (véase Diario Médico de 16 de mayo de 2002), algunos políticos han declarado que el Sistema Nacional de Salud sufre una grave crisis de liderazgo, liderazgo que consideran imprescindible dado el momento crítico del Sistema sanitario. Es cierto que en estos momentos de transición, y por ello momentos críticos o delicados, ninguna entidad u organización ha asumido clara y decididamente el liderazgo del Sistema. Desde luego no lo hizo la anterior Ministra de Sanidad y Consumo. De todos modos, no creo que ese *“liderazgo”* lo deba asumir la Ministra o el Ministerio como organización. Creo que ese *“liderazgo”* corresponde y debe ser asumido decididamente por el *“Consejo Interterritorial de Salud”* en cuanto ente integrador de los artífices de las políticas sanitarias que han de conformar el Sistema sanitario. Posiblemente pueda oponerse a este planteamiento que empíricamente es inviable que el liderazgo lo asuma una entidad integrada por dieciocho personas de diferente afiliación política y que defienden en muchos casos intereses distintos, y menos aún con su actual composición, funciones y funcionamiento. Ciertamente no le resultará fácil al Consejo Interterritorial asumir esa faceta y que para ello necesita como primera medida legal su reorganización así como la potenciación de su papel. Pero creo sinceramente que es la mejor opción para el Sistema y que es posible si los político-gestores que en cada momento integran el Consejo tienen claro que es justamente esta institución quien debe asumir la dirección del Sistema Nacional de Salud.

²⁶ Sobre estos mecanismos ver el trabajo de J. M. SALA ARQUER y F. VILLAR ROJAS, *“Análisis de la cooperación en un sector determinado: la sanidad pública”*, en *Revista Derecho y Salud*, volumen 10, núm. 1, 2002, pág. 79 y siguientes.

²⁷ SSTC 45/1991, f. j. 4 y 102/1995, f. j. 31.

ellos le corresponde en el sistema sanitario descentralizado territorialmente.

2. Órganos mixtos²⁸: el Consejo Interterritorial de Salud.

A. Encuadre de este órgano en los instrumentos de colaboración Estado-CCAA previstos en la ley.

Fue la Ley del Proceso Autonómico la que en 1983 incorporó las primeras previsiones legales en torno al deber recíproco de información y a la constitución de órganos mixtos de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que denominó Conferencias Sectoriales. Si bien, preciso es decirlo, con una regulación muy rudimentaria. Simplemente, se limitó a esbozar estos órganos no dotados de personalidad jurídica propia. Poco a poco, se fueron perfilando en la legislación sectorial algunos órganos mixtos, tomando como base las Conferencias Sectoriales, en general de carácter deliberante y consultivo, como lo fue el Consejo Interterritorial de Salud creado en 1986 por la Ley General de Sanidad.

No es hasta 1992, con la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuando se da carta de naturaleza a las Conferencias Sectoriales y se trata de potenciarlas como órganos de colaboración Estado-CCAA²⁹. Pero en la medida en que el Tribunal Constitucional había establecido los límites generales a los que están sometidos estos órganos de colaboración en el sentido de que no pueden sustituir a los órganos propios del Estado o a los de las Comunidades Autónomas, se les asignó una función eminentemente consultiva y deliberante. La reforma de la Ley operada en 1999 introdujo mayores precisiones conceptuales en estos órganos, pero mantiene su carácter consultivo y deliberante.

Sin embargo, la doctrina científica³⁰ se ha ocupado de apuntar el papel más trascendente que pueden desa-

²⁸ En cuanto a los instrumentos organizativos de coordinación sólo hago referencia al Consejo Interterritorial de Salud por ser el que necesita de profundas modificaciones. Quedan, pues, al margen otras organizaciones coordinadoras ya existentes, cuya bondad y eficacia nadie cuestiona, como la Organización Nacional de Transplantes (L 30/1979 y RD 2070/1999); la Red de Vigilancia Epidemiológica (RD 2210/1995), y la recientemente creada Agencia Española de Seguridad Alimentaria (L 11/2001).

²⁹ J. TORNOS MÁS, "Las conferencias sectoriales", *DA*, núm. 240, 1994, pág. 78, considera que no son órganos de la Administración estatal ni de la Administración autonómica, y que no son órganos administrativos sino que son órganos de naturaleza política.

³⁰ E. ALBERTI ROVIRA, "Relaciones entre Administraciones Públicas" en la obra colectiva "La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", *Técno*, 1993, y J. M. CASTELL ARTECHE, "El presente momento en

rollar estos órganos mixtos de cooperación -llámense Conferencias Sectoriales o de otra manera- en orden a la intervención directa de las Comunidades Autónomas en el proceso de decisión propio de la instancia estatal. Al tradicional papel de órganos de encuentro de carácter consultivo y deliberante se ha propuesto añadir otras funciones más trascendentes como es la de residenciar en ellos las competencias estatales de establecer métodos de actuación, especialmente de carácter coordinador, e, incluso, que el Estado dé participación a las Comunidades Autónomas en algunas de las funciones que le corresponde realizar, a fin de integrar a éstas en aquellos procesos de decisión que, aun moviéndose en el ámbito de la competencia estatal, afectan intereses autonómicos o incluso condicionan alguna de las actuaciones de las Comunidades Autónomas.

Pero, evidentemente, un órgano mixto que asuma, además de funciones consultivas y deliberantes, funciones decisorias como las descritas en el párrafo anterior, debe tener una naturaleza propia y una estructura y un régimen de funcionamiento y de adopción de acuerdos específico y adaptado a esas funciones. En definitiva, un régimen distinto al regulado con carácter general para las Conferencias Sectoriales por la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; régimen que, lógicamente, deberá diseñarse en la legislación sectorial correspondiente en función de las particulares características del órgano mixto de que se trate.

Pues bien, precisamente es el reto que tenemos actualmente respecto a la necesaria remodelación del Consejo Interterritorial de Salud.

B. Naturaleza jurídica.

Conforme a su actual regulación, la naturaleza y encuadre de este órgano estatal no es de fácil definición. Reúne muchas de las características de las Conferencias Sectoriales, aunque tampoco puede calificarse de tal sin las debidas matizaciones. Parece que es intención del Gobierno estatal que el Consejo Interterritorial siga en gran medida acomodándose a la naturaleza jurídica de las Conferencias Sectoriales según vienen regulados estos órganos multilaterales de cooperación sectorial en el artículo 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

la participación de las Comunidades Autónomas en las instituciones y órganos centrales" *RVAP*, núm. 47, 1997, pág. 35-49.

Al respecto, creo que no se ha debatido abierta y suficientemente si el Consejo ha de mantener la naturaleza de Conferencia Sectorial o si, dada su singularidad, trascendencia y sobre todo, a la vista de las funciones de coordinación general que se quiere asuma, debe ir más allá y tener una regulación institucional propia mediante Ley "ad hoc". Coincido con TORNOS MÁS³¹ en su consideración de que es un órgano estatal en el que se concreta la función de coordinación general que pertenece al Estado, por lo que, consecuentemente, ha de ejercer funciones propias de coordinación que no podrían atribuirse a una Conferencia Sectorial. En cualquier caso, considero que debe configurarse como un ente u órgano de ámbito estatal de naturaleza mixta político-administrativa, un órgano estatal, no un órgano de la Administración estatal, por tanto, no adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, ello, obviamente, sin perjuicio de que reciba toda la asistencia técnico-administrativa necesaria de dicho Ministerio, concretamente a través de la Secretaría del Consejo. Si, como defiendo, ha de asumir el ejercicio de la función de coordinación general sanitaria, parece a todas luces conveniente desarrollar una regulación específica y propia para este órgano colegiado, precisando convenientemente su composición, funciones y alcance de sus acuerdos.

C. Composición, estructura y apoyo técnico-administrativo.

Composición. El legislador estatal de 1986 decidió que la composición del Consejo fuera paritaria de manera que los miembros en representación de la Administración central sean iguales a los de las Comunidades Autónomas. De los diecisiete miembros en representación de la Administración central, diez corresponden a altos cargos del Ministerio de Sanidad y Consumo y los siete restantes a un alto cargo de cada uno de los Ministerios de Presidencia, Defensa, Hacienda, Interior, Trabajo, Agricultura y Administraciones Públicas. A tenor del papel que corresponde desempeñar al Consejo, el único argumento que puede esgrimirse para explicar validamente esta composición paritaria es el de asegurar que los criterios e iniciativas surgidos de las propias Comunidades Autónomas nunca puedan imponerse al Estado cuando la Administración central no lo quiera así; motivo que no se compadece con el Estado autonómico querido por la Constitución. En todo caso, la experiencia acumulada durante los quince años de funcionamiento del Consejo acredita que esta abigarrada y heterogénea composición

en lo que hace a la parte estatal, no se acomoda ni realmente sirve a lo que es y se espera del Consejo. Esto se ha mostrado tan evidente que la propia Administración estatal así lo reconoce y parece que es intención del Gobierno central suprimir en el proyecto de Ley de Calidad y Coordinación Sanitaria su actual composición paritaria (igual número de representantes del Estado y de las Comunidades Autónomas) e integrarlo exclusivamente por los Consejeros de Sanidad autonómicos y por el Ministro de Sanidad y Consumo, que lo presidirá. Esta reforma de su composición es verdaderamente necesaria y urgente. Por todo lo que expondré seguidamente, considero que lo más apropiado es que la presidencia del Consejo no recaiga en la Ministra de Sanidad y Consumo, sino que sea rotatoria. Por lo demás, no creo conveniente introducir (como alguien ha planteado) representación de otros sectores, como colegios profesionales, empresarios o trabajadores, ya que, por lo general, no defienden el interés general sino intereses corporativos o de grupo para los que el Consejo Interterritorial no es cauce adecuado. En todo caso, ya tienen representación en el Comité Consultivo vinculado al Consejo Interterritorial.

Estructura. El Consejo interterritorial se estructura actualmente en Pleno y Comisiones (salud pública, prestaciones, investigación y evaluación., etc.). Es una estructuración adecuada. Debe mantener la capacidad para crear las comisiones y grupos de trabajo que en cada momento considere necesarios, que podrán tener carácter temporal o permanente.

Soporte técnico-administrativo. La Secretaría es un órgano clave para el buen funcionamiento del Consejo. Inicialmente se configuró como una mera función a desarrollar por la Dirección General de Alta Inspección. Más tarde, ya se conformó como un órgano propio del Ministerio de Sanidad y Consumo con rango de Dirección General integrada en la Secretaría General de Gestión y Cooperación Sanitaria, configurándose como órgano de vertebración funcional del Sistema Nacional de Salud, que da apoyo al Pleno y a las comisiones y grupos de trabajo con la finalidad de facilitar la cooperación activa del Ministerio y de los distintos Servicios de Salud dentro del Sistema Nacional de Salud. Actualmente, en virtud del Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, se ha rebajado a rango de Subdirección General integrada en la Dirección General de Alta Inspección y Coordinación del Sistema Nacional de Salud. En mi criterio, la Secretaría del Consejo, en la medida en que ha de servir a éste y no al Ministerio, debería configurarse como un órgano propio no jerarquizado adscrito al propio Consejo, sin perjuicio de su ubicación en las dependencias del Ministerio.

³¹ "El Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud", *Revista de Derecho y Salud*, volumen 10, núm. 1, 2002, pág. 10.

También entiendo que resulta imprescindible ubicar en la Secretaría del Consejo el diseño y gestión del Sistema de información y comunicación permanente entre las Administraciones sanitarias de las Comunidades Autónomas.

D. Funciones.

Actualmente, muy pocos ponen en duda la necesidad de reforzar el papel del Consejo Interterritorial como órgano estatal de coordinación y de puesta en común de las políticas sanitarias de las Comunidades Autónomas. Y, en efecto, en este órgano estatal deben residenciarse las funciones de “coordinación general sanitaria”³². Como ya he recordado supra, incluso es un mandato de la Subcomisión del Congreso de los Diputados creada para la consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud.

Es preciso, pues, ampliar y reordenar sus funciones distribuyéndolas en los siguientes cuatro ámbitos: 1) de consulta y participación; 2) de coordinación general sanitaria; 3) de cooperación entre Estado y Comunidades Autónomas; 4) de asesoramiento y evaluación.

En cualquier caso, el Consejo Interterritorial debe configurarse como el máximo órgano estatal de coordinación asumiendo, además de las funciones que le correspondan como órgano consultivo, de participación e información recíproca y de evaluación, toda la capacidad decisoria propia del ejercicio de la función estatal de coordinación general sanitaria. En suma, debe atribuírsele el liderazgo del Sistema Nacional de Salud.

También considero plausible asignarle la función de servir de canal de participación de las Comunidades Autónomas en las decisiones de orden sanitario de la Unión Europea.

E. Funcionamiento, adopción y alcance de los acuerdos.

Actualmente no se utiliza el sistema de votación ya que, dada su naturaleza de Conferencia Sectorial y conforme al artículo 8.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones

Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los acuerdos del Consejo para vincular a todos deben adoptarse por unanimidad pues de lo contrario sólo vinculan a las partes que comprometen su voluntad y los firman expresamente. Tales acuerdos actualmente no se formalizan ni se publican en boletín oficial alguno.

Si convenimos en que respecto al grado de vinculación de sus acuerdos, se ha de superar el régimen propio de las Conferencias Sectoriales, habrá de precisarse convenientemente el alcance de sus acuerdos, sobre todo en lo que hace al ejercicio de funciones estatales de coordinación. Tal régimen podría acomodarse a los siguientes criterios:

Cuando se trate de funciones de consulta, información, asesoramiento, evaluación, cooperación, etc., así pues, funciones ajenas al ámbito propio de la coordinación como competencia estatal y que no tienen carácter ejecutivo, no veo inconveniente para que pueda establecerse un régimen de mayorías, incluso con voto ponderado, en la adopción de acuerdos.

Pero cuando se trate del concreto ejercicio de las funciones de “coordinación general sanitaria”, de manera que los acuerdos alcanzados (instrumentación de sistemas de relación para facilitar la información recíproca; homogeneidad técnica en determinados ámbitos; diseño de acciones conjuntas o de objetivos mínimos comunes sobre promoción, prevención o restauración de la salud, etc.), por implicar el ejercicio de la competencia estatal de coordinación general sanitaria, sean ejecutivos y vinculen a las Comunidades Autónomas, la cuestión es más delicada.

Si el acuerdo es adoptado por unanimidad y firmado por todas las Comunidades Autónomas, no habría problema alguno para que vinculase a todas las partes. Podrá formalizarse con la denominación de Convenio del Consejo Interterritorial de Salud. Se publicaría en el Boletín Oficial de Estado y en el de las Comunidades Autónomas. Según el concreto ámbito de lo acordado, a su vez, se instrumentaría cuando sea necesario en norma de rango adecuado³³. En la medida en que ha de entenderse que tales acuerdos nunca podrían comprometer a las Cortes Generales, cuando hayan de plasmarse en norma con rango de ley tendría en valor de propuestas. En el ámbito

³² Ello sin perjuicio de admitir que haya algunas concretas materias cuya especificidad aconseja disponer de su propio órgano coordinador, como es el caso de la Comisión Institucional de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria creada por la Ley 11/2001, de 5 de julio. Dicha Comisión, a la que se le encomienda la función de establecer mecanismos eficaces de coordinación y cooperación entre las Administraciones públicas con competencias en materia de seguridad alimentaria, está integrada por cuatro representantes de la Administración central, cuatro representantes de las Entidades Locales, y un representante por cada una de las Comunidades Autónomas y las ciudades de Ceuta y Melilla (diecinueve).

³³ Repárese en que el Tribunal Constitucional equipara la coordinación con las bases a efectos de su formalización, por lo que los criterios de coordinación general sanitaria que se acordasen por el Consejo Interterritorial deberán posteriormente formalizarse en algunos casos en el instrumento normativo oportuno.

autonómico el Convenio cumpliría un papel similar a las Directivas europeas.

Si no se logra la unanimidad respecto de la decisión a adoptar, cabrían, a su vez, las siguientes opciones:

- Dejar el tema aparcado para mejor ocasión.
- Diferenciar mediante un consenso previo los asuntos de interés común y general que requieran ineludiblemente su implantación simultánea en todo el territorio del Estado, de aquellos otros que no se consideren actuaciones imprescindibles.

En el segundo caso, cuando el acuerdo se ha adoptado con la mayoría suficiente, vincularía sólo a las partes firmantes. La pega de esta opción es que provocará un desfase, una desarmonía entre unas y otras Comunidades Autónomas en el ámbito de la acción objeto del acuerdo. No se alcanzará plenamente el objetivo de la coordinación. No obstante, desde la óptica del interés general sanitario, los beneficios derivados de la acción conjunta, en la mayoría de los casos seguramente compensarán con creces a los efectos negativos derivados de la situación de desfase en que se coloque la o las Comunidades Autónomas no participativas.

En el primer supuesto, el acuerdo adoptado con mayoría suficiente, incluso mediante voto ponderado, vincularía sin excepción a todas las Comunidades Autónomas. Institucionalizar esta opción, en mi criterio, tiene la pega de que según los temas a tratar generaría reticencias, desconfianzas y posturas defensivas o agresivas entre los Consejeros autonómicos, quebrándose en parte los principios de lealtad, solidaridad, confianza y colaboración que han de presidir los trabajos del Consejo, lo que supondría un handicap para que el Consejo Interterritorial asuma permanentemente el liderazgo del Sistema Nacional de Salud. Por ello, sólo debería aplicarse en supuestos excepcionales en que a juicio mayoritario del Consejo la trascendencia práctica de la acción requiera ineludiblemente su implantación simultánea en todo el territorio del Estado. Se supone en las Comunidades Autónomas “disidentes” un nivel de lealtad y autodisciplina suficiente para acatar y cumplir lo acordado.

Respecto de esta última opción, la imposición a determinadas Comunidades Autónomas de concretas actuaciones sanitarias acordadas por el Consejo en las que no esté en juego clara y abiertamente los intereses generales de la Nación, es decir, que no sea una cuestión material-

mente básica³⁴, o que lo acordado no encaje materialmente en la coordinación general sanitaria, podría implicar una vulneración de su autonomía y ámbito competencial propio. Entonces, si alguna de ellas considera que es una decisión o determinación no subsumible en el ámbito competencial estatal de la coordinación general sanitaria o de lo básico, podrá promover el correspondiente conflicto competencial ante el Tribunal Constitucional.

3. Sistema de información sanitaria.

El artículo 73 de la Ley General de Sanidad dispuso que la coordinación general sanitaria se ejercerá por el Estado, entre otras formas, fijando medios y sistemas de relación para facilitar la información recíproca. Y sin duda, título competencial apto para instrumentar cauces de información es el de la “coordinación general sanitaria”. A estos efectos, uno de los propósitos del Ministerio de Sanidad y Consumo es la creación de un Sistema de información sanitaria cuyo objetivo será realizar la adecuada valoración de los efectos producidos por la aplicación de la legislación básica, así como la actualización y diseño de las políticas sanitarias y la atención a las necesidades de coordinación del Sistema Nacional de Salud, para lo que pretende que la Ley declare como básica la siguiente información sobre asistencia sanitaria y salud pública:

a) Información sobre asistencia sanitaria:

- Estructura; centros, servicios, establecimientos, Centros de Referencia y Centros con Servicios Supracomunitarios; equipamiento de alta tecnología.
- Recursos humanos.
- Actividad asistencial y tiempo de demora. Económico-financiera.

b) Información sobre salud pública:

- Información derivada de los sistemas integrados en la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica.
- Información estadística derivada del funcionamiento de las redes de alerta y de las redes de intercambio rápido de información.
- Datos necesarios para elaborar los informes previstos en los programas de salud pública derivados de iniciativas de la Unión Europea o de organismos internacionales.
- Datos sobre aquellos recursos, humanos o materiales, cuya actualización constituya un elemento significativo en el desarrollo de algún programa de

³⁴ Recuérdense los elementos formales y materiales de la noción de bases elaborados por el Tribunal Constitucional. Por todas, STC 69/1988.

salud pública, especialmente en todo lo relativo a los laboratorios de referencia y a las instalaciones de radiodiagnóstico, radioterapia y medicina nuclear.

Por otra parte, la disposición adicional segunda de la Ley General de Sanidad encomendó al Gobierno adoptar los criterios básicos mínimos y comunes en materia de información sanitaria, y en esta línea el Gobierno central debe adoptar los criterios básicos mínimos y comunes para coordinar un sistema integrado de información, y, de otro, debe establecer los criterios y definiciones comunes de la información básica que permitan garantizar un tratamiento homogéneo y comparable de la misma.

Nada que oponer a este sistema de información recíproca toda vez que nadie discute que la instauración real y efectiva de un sistema de información recíproca en todos los campos, epidemiología, medicina preventiva, asistencia sanitaria, gestión de centros y servicios, etc., bueno, completo y ágil es un elemento esencial del Sistema sanitario.

De momento, el Real Decreto 840/2002, de 2 de agosto, ha creado la Subdirección General de Sistemas de Información Sanitaria a la que encomienda la función de diseño y gestión del plan de sistemas de información del Sistema Nacional de Salud. También se habla en este Real Decreto de un Centro Nacional de Información Sanitaria.

A mi juicio, ese Centro Nacional de Información Sanitaria debe configurarse como una oficina técnica dependiente del Consejo Interterritorial de Salud con la participación de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y del Ministerio de Sanidad y Consumo, para lo que adoptaría cualquiera de las formas previstas en la legislación sobre las Administraciones consorciadas, y con la encomienda de recabar, elaborar y distribuir, la información general requerida y establecida por el Sistema Nacional de Salud.

En este contexto, obligado resulta traer a colación la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, creada por el Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, en cuanto unidad técnica de recogida de información epidemiológica, análisis e interpretación de la misma, y posterior difusión a los niveles operativos competentes de tal información y de los resultados de su análisis, así como de las recomendaciones. Esta organización constituye un importante paso en el ámbito de las necesarias actuaciones coordinadas de las Comunidades Autónomas y del Estado en materia de salud pública y fue aceptada por todos sin reserva alguna.

Empero, tal avance se ensombrece ante los repetidos e importantes brotes de legionelosis que venimos padeciendo a lo largo y ancho de este país durante estos últimos años. La mayoría de los expertos consideran que los brotes son debidos en buena medida a que no se comparte entre las Comunidades Autónomas la información obtenida en el control y eliminación de los mismos. Ha de decirse, pues, que ni la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica ni el Instituto de Salud Carlos III están siendo muy efectivos en la prevención de la legionela. Y las deficiencias han de imputarse tanto a la Administración estatal como a las propias Comunidades Autónomas, y posiblemente más a éstas que a aquella.

De ahí que todas las iniciativas tendentes a perfeccionar un Sistema de Información Sanitaria capaz de establecer un flujo informativo recíproco y permanente, que puedan utilizar y del que puedan beneficiarse todas las Administraciones sanitarias por igual, ha de aplaudirse sin reservas, vengan de donde vengan esas iniciativas y se instrumenten como se instrumenten.

4. Planes y programas sanitarios.

La ciencia administrativa y la legislación han consagrado la planificación como el instrumento paradigmático de la coordinación. Y, desde luego, técnica esencial de coordinación en el campo de la sanidad es, sin duda, la planificación. Se ha dicho por la ciencia administrativa que la planificación arranca siempre de la consideración global y conjunta de una determinada realidad, y que, con el fin de incidir en ella y para alcanzar determinados objetivos, establece las conductas que hay que seguir durante un tiempo determinado, precisando también los medios necesarios al efecto. La planificación es, pues, una actividad, y su instrumento más idóneo el plan. Sin embargo, el plan no es el único instrumento de la planificación pues sus objetivos también se pueden alcanzar a través de otras técnicas: directivas, subvenciones, autorizaciones, concesiones, etc.

La Ley General de Sanidad contempla y regula como técnica de planificación únicamente el plan. Prevé Planes de Salud autonómicos y de conjunto, así como el Plan Integrado de Salud. No cabe duda de que la elaboración y ejecución de planes sanitarios de ámbito autonómico y supraautonómico son un instrumento óptimo para integrar y armonizar las distintas políticas sanitarias y así dar coherencia al Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, es lo cierto que hasta ahora la coordinación mediante la planificación integrada no ha existido. Bastantes Comunidades Autónomas tienen aprobados sus planes de salud, pero el Ministerio de Sanidad y Consumo hace

tiempo que renunció definitivamente a la elaboración y aprobación del Plan Integrado de Salud previsto en la Ley General de Sanidad por las serias dificultades de elaboración que conllevaba y por su previsible falta de operatividad.

Pues bien, en el ámbito de la planificación creo que es inevitable arrinconar el Plan Integrado de Salud instaurado por el artículo 74 de la Ley General de Sanidad, dadas las escasísimas posibilidades de su elaboración y posterior aplicación³⁵. Convendría reformar el artículo 74 de la Ley General de Sanidad sustituyendo el Plan Integrado de Salud concebido como documento único que integra o recoge el resto de planes sanitarios, y sustituirlo o descomponerlo en diversos Planes Integrales de Salud elaborados en función de grupos de enfermedades, cuya viabilidad y operatividad actualmente está más acreditada.

Por ello, considero muy oportuna la decisión de los responsables del Ministerio de Sanidad y Consumo de impulsar las Planes Integrales de Salud por grupos de enfermedades, de inspiración inglesa. Los define como instrumentos de coordinación sanitaria que establecen criterios o modelos de atención comunes para la detección, tratamiento y rehabilitación de grupos de enfermedades. Su operatividad está fuera de dudas.

Y en este contexto de planes y programas conjuntos, importa recordar aquí que el artículo 7 de Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, encomienda a las Conferencias Sectoriales -en nuestro caso sería el Consejo Interterritorial de salud- la iniciativa para acordar su realización, la aprobación de su contenido, así como el seguimiento y evaluación multi-lateral de su puesta en práctica.

Por lo demás, como técnica de planificación también sería oportuno desarrollar las Acciones Sanitarias Conjuntas, entendidas como instrumentos de coordinación para mejorar las condiciones comunes de eficacia y rendimiento de los centros y servicios sanitarios. Pueden instrumentarse mediante una especie de directivas cuya declaración la hace al Gobierno central, correspondiendo al Consejo Interterritorial debatir y decidir la inclusión de las concretas actuaciones a desarrollar, que deberán ser aprobadas por las correspondientes Comunidades Autó-

nomas. Asimismo, el Plan de Calidad para el conjunto del Sistema.

5. Normativa básica: la futura Ley de Calidad y Coordinación Sanitaria.

A. Sobre la dudosa oportunidad de la Ley.

Tanto el Gobierno central como el principal partido de la oposición, haciendo uso de los títulos competenciales que al Estado atribuye el artículo 149.1.1 CE -condiciones básicas de igualdad- y el artículo 149.1.16 CE -bases y coordinación general sanitaria- se han planteado cada uno de ellos la elaboración y remisión a las Cortes Generales de una ley cuyos contenidos fundamentales serían determinar los objetivos y acciones de la "coordinación general sanitaria". El PSOE remitió una proposición de ley que no prosperó y la del Gobierno central todavía está pendiente de convertirse en proyecto y de remitirse a las Cortes Generales. Ocurre, sin embargo, que se desea aprovechar este futuro texto legal para regular o completar la normación de otros ámbitos ajenos a la coordinación, como son la cooperación, la Alta Inspección, el catálogo de prestaciones sanitarias o, al menos, algunas cuestiones relativas a aspectos cualitativos de las prestaciones sanitarias. Incluso en el texto del partido de la oposición se perfiló con más detalle y contundencia la posición que la iniciativa privada ha de tener en el Sistema sanitario. En ambos textos legales se regularían también, entre otras cosas, el órgano mixto de coordinación (Consejo Interterritorial de Salud con las diferentes Comisiones que lo integran).

Sin embargo, la coordinación, más que de nuevas normas legales, de lo que está necesitada es de la generación de una auténtica cultura de cooperación y colaboración entre los responsables sanitarios. En lo que hace al nivel normativo, en líneas generales es suficiente con lo regulado en la Ley General de Sanidad, que ha sido objeto de una extensa interpretación por el Tribunal Constitucional. Insisto en que la coordinación no es tanto una cuestión de normas como una cuestión de actitudes y de talante. De ahí que el proyecto en ciernes se ha tildado de prescindible por algunos grupos políticos y responsables autonómicos de sanidad. No les falta parte de razón. Y digo parte porque, en todo caso, hay temas, y algunos de ellos inciden directamente en la coordinación, que sin dilación precisan ser reformados y regulados debidamente, y para eso sí es precisa una Ley. Son, a mi juicio, como mínimo las siguientes: a) completar los derechos de los ciudadanos ampliando el catálogo de derechos de los artículos 3 y 10 de la Ley General de Sanidad con, al menos, los contenidos enumerados en el apartado 2 del

³⁵ En algunos ordenamientos jurídico-administrativos, los planes de ámbito nacional tienen bastante tradición. Así, en el urbanismo y la ordenación del territorio su regulación data, al menos, de 1956. Sin embargo, en los 50 años de vigencia nunca se ha llegado a redactar, aprobar y aplicar ninguno. Actualmente, han desaparecido.

primer epígrafe de este trabajo; b) potenciar el Consejo Interterritorial de Salud atribuyéndole las funciones de coordinación general sanitaria, para lo que es preciso reformar su composición, funciones y funcionamiento; c) redefinir los instrumentos de planificación sanitaria; d) la declaración como básica de determinada información a efectos de crear un sistema de información sanitaria unificado; e) incorporar a la Ley un nuevo capítulo dedicado a la asistencia socio-sanitaria.

Pero creo que tal Ley no debería titularse “de calidad y coordinación sanitaria” o “de acciones integradas en materia de sanidad” o de cualquier otra manera. Simplemente, debería ser una Ley de complementación y reforma parcial de la Ley General de Sanidad. Ello porque la Ley General de Sanidad continua siendo plenamente válida como cimiento del ordenamiento sanitario. La bondad de sus principios y planteamientos sobre una sanidad integral en lo sustantivo e integrada en lo organizativo y la aptitud del modelo organizativo que diseñó para construir el Sistema Nacional de Salud, siguen siendo hoy, al menos para mi y para amplios sectores de la doctrina científica³⁶, indiscutible. No conviene, pues, arrinconarla poco a poco mediante la solapada técnica de sustituirla paulatinamente por nuevas Leyes con planteamientos o modelos distintos de corte neoliberal y excesivamente economicistas, o de ruptura del reparto de competencias y funciones entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes locales, que actualmente se deriva del bloque constitucional. Antes bien, alcanzada quince años después de su promulgación la completa descentralización territorial de la asistencia sanitaria pública, ha llegado el momento de su plena aplicación y ejecución para lo que interesa recobre todo el protagonismo que se merece como soporte básico de un Sistema Nacional de Salud que necesariamente ha de descansar en una organización pública, esto es, en un sistema asegurador público único y universal. Puede y debe ser objeto de modificaciones parciales en lo necesario (Consejo Interterritorial de Salud, por ejemplo), pero en modo alguno conviene que pierda su protagonismo en favor de otras Leyes nuevas que subrepticamente la desvirtúen o arrinconen. En resumen, creo que no es indispensable una Ley de Calidad y Coordinación Sanitaria. Lo que es imprescindible es reformar y actualizar en lo necesario la Ley General de Sanidad así como promulgar la Ley reguladora del Catálogo de prestaciones sanitarias básicas comunes.

³⁶ Por toda, véase el interesante trabajo de J. PEMÁN GAVÍN, “Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la Ley General de Sanidad: balance y perspectivas”, *Revista de Derecho y Salud*, vol. 7, núm. 2, 1999, pág. 1 a 34.

B. Propuesta de cuatro cuestiones a incorporar y regular en la Ley.

A pesar de los varios intentos realizados por mi parte durante el tiempo de elaboración de este trabajo, no he logrado tener acceso a ninguno de los borradores del anteproyecto de Ley de Calidad y Coordinación Sanitaria que, supongo, se están manejando en el Ministerio de Sanidad y Consumo. Por lo tanto, no puedo hacer una valoración, ni positiva ni negativa, de los contenidos de esa futura Ley por la sencilla razón de que los desconozco, al menos en su concreta redacción³⁷.

No obstante, sin perjuicio de los anteriormente citados, seguidamente me permito apuntar cuatro concretos temas que, a mi juicio, merecen abordarse y ser objeto de tratamiento en esa Ley. Y los apunto porque tengo entendido que no es intención del Gobierno estatal el acometerlos o el hacerlo en el sentido que aquí propongo. Quizás, estas propuestas, o algunas de ellas, puedan ser consideradas y discutidas durante el debate parlamentario del proyecto de Ley.

a. Identificar los preceptos que respectivamente tienen la naturaleza de “bases” o de “condiciones básicas de igualdad”.

A tenor de los contenidos genericamente anunciados por el Ministerio, la Ley de Calidad y Coordinación Sanitaria necesariamente ha de tener la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 y 17 de la Constitución, y su contenido, o parte de él, se ha de amparar también en el establecimiento de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos en el ejercicio de los derechos previstos en los artículos 43 y 51 de la Constitución (art. 149.1.1 CE). Pero la invocación de estos títulos, como viene siendo habitual, se hará sin precisión, es decir, sin referir los específicos títulos competenciales a los concretos preceptos de la ley. Pues bien, es cierto que reiteradamente ha dicho el Tribunal Constitucional que debe distinguirse entre el deber estatal de identificar formal y expresamente sus normas básicas y la inexistente obligación del legislador de invocar expresamente el título competencial que ampara sus leyes (STC 164/2001, f. j. 56, entre otras). Por tanto, que en nuestro caso no se identifiquen o anuden los títulos competenciales de los apartados 1º, 16º y 17º con concretos artículos de la ley no es inconstitucional, pero creo que sí es

³⁷ El único borrador de que dispongo es uno publicado en abril de 2002 por el Médicointeractivo titulado “Ley de Acciones Integradas en materia de Sanidad”. Me abstengo de hacer los comentarios sobre él por cuanto, posiblemente, los actuales borradores de la ley de Calidad y Coordinación Sanitaria que se estén manejando, tengan notables diferencias.

una mala técnica legislativa al contrariar de alguna forma el principio de seguridad jurídica por la confusión y ambigüedad que introduce.

Todas las Comunidades Autónomas han asumido competencias de desarrollo legislativo de las bases de la sanidad (apartado 16º). Por contra, sólo las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas detentan competencias de desarrollo legislativo de la legislación básica de Seguridad Social (apartado 17º). En consecuencia, los concretos preceptos legales que el Estado quiera promulgar exclusivamente al amparo de la regla del apartado 17º, de manera que deba entenderse que son “legislación de Seguridad Social”, no podrían ser desarrollados por las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE. Empero, si se opta por no identificarlos claramente se dará a entender que tanto son legislación básica de Seguridad Social como de Sanidad. Entonces, las Comunidades Autónomas del 143 los podrán desarrollar haciendo uso de sus potestades legislativas en materia de sanidad, y, evidentemente, en este caso no tendrá virtualidad práctica alguna hacer una genérica invocación en la ley al título competencial del apartado 17º. De ahí que, en el supuesto de que se invoque ese apartado, será preciso identificar los preceptos legales que se cobijen en esa regla.

De otro lado, no debe obviarse o despreciarse la distinción formulada por el Tribunal Constitucional entre condiciones básicas de igualdad (apartado 1º) y bases (apartado 16º) en el sentido de que “condiciones básicas de igualdad” no es sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”, por lo que la competencia del artículo 149.1.1 no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo, y en el sentido de que el título competencial del apartado 149.1.1 sólo puede prestar cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con el derecho a la protección de la salud. No cabe duda de que habrá preceptos que tengan una naturaleza dual, esto es, sean “bases de la sanidad” y “condiciones básicas e igualdad”, por lo que habrán de ampararse simultánea y indistintamente en ambos títulos, ello sin perjuicio de poder apreciar una prevalencia de unos sobre el otro, pero también habrá otros preceptos, concretamente los de carácter estrictamente organizativo, que sólo deben ampararse en el título competencial del apartado 16º. Entonces, sería buena técnica legislativa identificarlos y diferenciar unos de otros.

b. Reforzar el Sistema sanitario público universal y gratuito.

Fortalecer el posicionamiento de la Ley General de Sanidad en lo relativo a un sistema asegurador público único y universal y a la consecuente posición subsidiaria de la iniciativa privada. Tal declaración legal, a efectos de que funcione como axioma y basamento del nuevo Sistema de Salud plenamente descentralizado política y territorialmente, resulta oportuna en cualquier momento en razón de la cláusula constitucional del Estado social, y particularmente ahora, que tanto se predica por las voces neoliberales la crisis del Estado social y, por ende, de los servicios públicos prestacionales. Dicha declaración es pertinente, además, en atención al principio constitucional de solidaridad en cuanto mandato dirigido a los poderes públicos (solidaridad pública), del que pieza vital es precisamente un sistema público de salud de carácter universal y gratuito, lo que recientemente ha impelido al legislador estatal a categorizar la sanidad como un servicio público fundamental (artículo 15 de la LOFCA, según la redacción dada por la Ley 20/2001, de 27 de diciembre).

El Tribunal Constitucional, en su sentencia 62/1983, declaró que el principio de solidaridad se refleja en la concepción del Estado como social y democrático de Derecho y se traduce en una acción pública para la defensa de los intereses comunes. Desde la óptica del aseguramiento, como recientemente ha recordado PEMÁN GAVÍN³⁸, este principio requiere ineludiblemente del aseguramiento único y universal por el Estado de la protección de la salud del conjunto de la población, pues un riesgo como el sanitario, que afecta a toda la población pero que incide muy desigualmente sobre ella en el coste de la asistencia requerida, se soporta mejor cuanto más amplio es el colectivo de beneficiarios a los que cubre y que contribuyen a su financiación. El principio de solidaridad pública en sus dimensiones social, territorial e intergeneracional, quebraría si se sustituye por un aseguramiento privado voluntario u obligatorio completado con una cobertura estatal mínima (por ejemplo, medicina preventiva, acceso general a la fase de diagnóstico, y acceso al tratamiento de sólo algunas patologías) o de sólo determinados segmentos de población desfavorecida. Y vulneraría el principio de solidaridad porque el aseguramiento privado, por su propia lógica empresarial, selecciona riesgos y tiende a excluir a las personas que más necesidades sanitarias tienen (ancianos, minusválidos, crónicos, etc.) y con los que precisamente hay que

³⁸ “Las prestaciones sanitarias públicas: configuración actual y perspectivas de futuro”, *RAP*, núm. 156, 2001, pág.152,

ser solidarios. Y tampoco es equitativo que lo rentable económicamente se deje al aseguramiento privado y lo no rentable al aseguramiento público.

Desde la óptica de la gestión es evidente la tendencia de la Administración estatal, seguida por algunos gobiernos autonómicos, a potenciar la gestión de centros y servicios sanitario-asistenciales indirectamente mediante empresas mercantiles y con técnicas de derecho privado. En la actualidad, como paradigmas de esta tendencia pueden citarse, en el ámbito de la sanidad primaria, la gestión del centro de atención primaria de Vic (Barcelona) mediante concesión administrativa a una cooperativa de facultativos, y en el ámbito hospitalario, la gestión mediante concesión administrativa del Hospital de La Ribera, en Alcira. Siempre he criticado la apertura de las Leyes a la iniciativa privada con fin lucrativo para la gestión de centros de titularidad pública que realizan prestaciones sanitarias o de servicios sociales. Ello porque entiendo que no es aceptable hacer negocio de las necesidades humanas más elementales a costa de los recursos públicos, es decir, no debe mercadearse con las enfermedades y dolencias humanas poniendo en venta la atención a colectivos que, además, en razón de su precaria situación tienen poca capacidad para controlar y reclamar su propio bienestar. Quizás, en algunos casos y en determinadas condiciones, pueden quedar al margen de esta crítica la autogestión de centros (como el de Vic o Cerdeña) por cooperativas del personal que los atiende.

En este contexto público-privado, puede apuntarse también que el PSOE considera conveniente incorporar a la legislación básica estatal la prohibición de formalizar conciertos con centros asistenciales privados que tengan personal con doble dedicación. La bondad de tal propuesta me parece incuestionable. Sin embargo, creo que es una cuestión que no entra en el ámbito material de lo básico por lo que no corresponde regularlo al Estado sino a las Comunidades Autónomas en sus respectivas leyes de salud o de ordenación sanitaria.

c. Desligar la asistencia sanitaria pública del Sistema de Seguridad Social.

En línea con el cambio de rumbo operado estos últimos años, la futura Ley de Calidad y Coordinación Sanitaria desafortunadamente mantendrá e incluso reforzará la vinculación la asistencia sanitaria pública al Sistema de Seguridad Social, conformándola como una materia y título competencial diferente al de Sanidad, a cuyo efecto la Ley, además de hablar de “asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, se apoyará en el artículo 149.1.16 CE y en el 149.1.17 CE, es decir, en el título

competencial “legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social”.

Como ya he escrito anteriormente³⁹, las razones que se manejan desde instancias centrales para justificar esta vinculación podemos resumirlas en la siguiente forma: a) la propia conceptualización sistémica de la Seguridad Social cuyo ideal de cobertura exige la incorporación de la asistencia sanitaria como una prestación más de la misma; b) la uniformidad del sistema normativo de la sanidad nacional aludido por el TC y la uniformidad de las condiciones de vida, principio éste que adquiere especial relevancia en el caso de los derechos prestacionales y, singularmente, en los servicios sanitarios en cuanto son instrumento específico de reducción de desigualdades sociales, por lo que -se dice- ha de expresarse a través del artículo 149.1.1 CE garantizando la uniformidad, puesto que la intervención normativa unitaria es la única forma de satisfacer el principio de uniformidad, y un sistema uniforme se alcanza mejor en el marco de la Seguridad Social cuyo régimen económico es competencia exclusiva estatal y, en consecuencia, permite al Estado actuar directamente en esta materia sin necesidad de tener que invocar la coordinación de las actividades asistenciales de las Comunidades Autónomas⁴⁰, las cuales deben, por

³⁹ Sobre esta cuestión me remito a todo lo dicho en mi trabajo “La frustrada independización de la Asistencia Sanitaria Pública del Sistema de Seguridad Social” incorporado al informe SESPAS 2001 titulado “Invertir en Salud Pública. Prioridades para la salud pública en España”.

⁴⁰ La coordinación estatal quedaría reducida al ámbito de la salud pública y medicina preventiva. Sin embargo, tal planteamiento exige las siguientes matizaciones. Ciertamente el régimen económico de la Seguridad Social es competencia exclusiva del Estado, pero no lo es menos que las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas se diferencian de las del artículo 143 CE en que asumieron como competencia propia el desarrollo legislativo y ejecución de la legislación básica de la Seguridad Social, por lo que pueden promulgar legislación de desarrollo de la legislación básica estatal en materia de asistencia sanitaria pública o “de la Seguridad Social”, como efectivamente lo han hecho. Así pues, respecto de estas Comunidades Autónomas, la coordinación estatal también debería extenderse a la asistencia sanitaria. Las Comunidades Autónomas del artículo 143 CE, en las modificaciones estatutarias operadas en 1998 y 1999, por contra, no asumen competencias de desarrollo legislativo de la legislación básica en materia de Seguridad Social. Con respecto a la asistencia sanitaria pública se limitan a asumir lo siguiente: Corresponde en los términos que establezcan las Leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado, la función ejecutiva en las siguientes materias: gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con lo previsto en el número 17 del apartado uno del artículo 149 CE, reservándose el Estado la alta inspección conducente al cumplimiento de la función a que se refiere este precepto. Así pues, *prima facie*, en la medida en que no tienen potestad de desarrollo legislativo, ni tan siquiera reglamentario, y que el régimen económico es competencia exclusiva estatal, la uniformidad en el ámbito de la asistencia sanitaria “de la Seguridad Social” sería total, por lo que, en efecto, a la Administración central no le haría falta coordinar nada, o ésta sería mínima con respecto a la necesaria coordinación de las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas. No obstante, como he defendido en el trabajo citado en la nota anterior, entiendo que la asistencia sanita-

el contrario, ajustar sus actuaciones de ejecución a los criterios y disposiciones emanadas en materia de Seguridad Social; c) el hecho de que la Seguridad Social mantiene la mayor parte del patrimonio del Sistema Nacional de Salud; d) el hecho de que de la Seguridad Social sigue dependiendo todo lo relativo a la salud laboral. En definitiva, se aduce que esta vinculación es necesaria para garantizar la cohesión social.

No comparto en absoluto tales razones. A las mismas se pueden contraponer las siguientes: a) la STC 206/1997, de 27 de noviembre (f. j. 5), deja bastante claro que la Constitución no establece un contenido propio de la Seguridad Social, y que artículo 41 CE se limita a consagrar la garantía institucional de la Seguridad Social, su reconocibilidad, pero admitiendo diversos desarrollos legales de la misma, por lo que no necesariamente ha de comprender la asistencia sanitaria pública puesto que no le es algo innato; b) la cohesión social y la igualdad básica de los ciudadanos se puede garantizar por otras técnicas distintas a la uniformidad normativa, concretamente, las bases de la sanidad, la coordinación general del sistema sanitario, un modelo de financiación adecuado y solidario, etc., c) la vinculación de la asistencia sanitaria a la Seguridad Social rompe la concepción integral e integrada de la salud pública y la asistencia sanitaria, cuando por contra la Sanidad debe erigirse como un Servicio Público fundamental, universal, integral, integrado y descentralizado territorialmente; d) la idea de una asistencia sanitaria universal y uniformada, así pues, “nacional”, se maneja por las instancias centrales, antes que con fines sociales, es decir, como salvaguardia de la cohesión social, con fines políticos, esto es, como instrumento para impulsar en los ciudadanos el sentimiento nacional español y, por ende, como salvaguarda de la Nación española como entidad política frente a las “nacionalidades” autonómicas; e) el hecho de que los centros sanitario-asistenciales de la Seguridad Social transferidos a las Comunidades Autónomas sigan adscritos al patrimonio único de la Seguridad Social tenía sentido cuando la asistencia sanitaria se financiaba fundamentalmente a través de las cuotas de la Seguridad Social, pero ha perdido todo su sentido desde el momento en que dicha asistencia es financiada totalmente vía presupuestos generales, es decir, vía impuestos; f) cierto que a las prestaciones sanitarias por accidente de trabajo y enfermedad profesional la legislación de la Seguridad Social les otor-

ga naturaleza contributiva, y hay, en virtud del artículo 77 de la LGSS/1994, empresas (Mutualidades de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales) que gestionan directamente la prestación de asistencia sanitaria a sus trabajadores⁴¹, pero incluso aceptado que la salud y asistencia sanitaria en el mundo laboral tenga naturaleza contributiva, no encuentro óbice legal para que la concreta prestación sanitario-asistencial sea responsabilidad de los servicios de salud autonómicos.

En fin, desde hace tiempo⁴² vengo defendiendo públicamente la total separación de la asistencia sanitaria pública del Sistema de Seguridad Social. Recientemente, otras voces mucho más autorizadas que la mía abiertamente se posicionan también en favor de esta separación⁴³.

d. Superar desigualdades territoriales y regular la financiación de desplazados.

A tenor del artículo 4 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, el Fondo de Cohesión sanitaria tiene por finalidad garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español, y la atención a ciudadanos desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca, y será gestionado por el Ministerio de sanidad y Consumo. La distribución del Fondo de Cohesión sanitaria se ha de articular de acuerdo con su regulación específica, regulación inexistente de momento, y corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo establecer el procedimiento para compensar con cargo al fondo a las Comunidades Autónomas por el saldo neto de la asistencia sanitaria prestada a desplazados.

⁴¹ El grupo Socialista en el Congreso de los Diputados presentó en 1999 una proposición de Ley sobre “Integración de la asistencia sanitaria gestionada por las empresas colaboradoras en el Sistema Nacional de Salud” (BOCG, VI legislatura, B, 295, de 12 abril 1999) con la intención de suprimir esta posibilidad ya que resulta anacrónica. No prosperó.

⁴² Véase mi trabajo “La información sobre prestaciones y servicios sanitarios” publicado en la obra colectiva “Información y Documentación Clínica”, editada conjuntamente por el Consejo General del Poder Judicial y el Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1997, volumen II, pág. 485 a 527.

⁴³ Así, M. VAQUER CABALLERÍA, en “La consideración constitucional de los servicios sanitarios”, en el libro colectivo “Jornadas sobre descentralización y transferencias sanitarias”, Madrid, CCOO, 2001, pág. 41-62.; J. TORNOS MÁS, en “Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Derecho y Salud*, vol. 10, núm. 1, 2002, pág. 5; y BARDAJI-VIÑAS, en el volumen coordinado por G. LÓPEZ CASASNOVAS, “Evaluación de las políticas de servicios sanitarios en el Estado de las Autonomías”, Fundación BBC-IEA, 2001, pág. 32.

ria es un subsistema del sistema Sanidad, por lo que el título competencial de desarrollo legislativo de la legislación básica en materia de sanidad interior habilita a todas las Comunidades Autónomas a la regulación de la asistencia sanitaria pública, esté o no integrada en la acción protectora de la Seguridad Social.

Pues bien, considero urgente e imprescindible una regulación adecuada de todo lo relativo a la financiación de los desplazados y a la distribución del Fondo de Cohesión Sanitaria, valorando seriamente su cogestión entre Estado y Comunidades Autónomas y la posibilidad de una facturación horizontal entre los Servicios de Salud autonómicos con base en los pacientes importados y exportados y el coste específico de las patologías atendidas⁴⁴. En todo caso, una normativa común al respecto es obligado para preservar el carácter universal de la prestación sanitaria.

Lo anterior ha de conectarse, a su vez, con el artículo 12 de la Ley General de Sanidad en cuanto exige de los poderes públicos orientar sus políticas de gasto sanitario en orden a corregir desigualdades sanitarias, según dispone el artículo 158.1 CE, y con el artículo 81 de dicha Ley, que manda realizar una asignación de recursos financieros que tengan en cuenta las inversiones sanitarias a realizar para corregir las desigualdades territoriales sanitarias existentes. Al respecto, señalar que tampoco puede demorarse la disposición y distribución de los fondos estatales necesarios para superar definitivamente las todavía profundas desigualdades territoriales existentes en algunos ámbitos como la salud mental, la asistencia en el medio rural, la asistencia socio-sanitaria, la alta tecnología, etc. Como ya he escrito en otro lugar, el encanto de la diversidad autonómica es admisible a partir de la superación de esas profundas desigualdades históricas existentes. Mientras tanto, la diversidad autonómica no es tal sino sangrante discriminación. La igualación, lógicamente, no pasa por una equiparación materialmente idéntica de servicios y tecnología en todas las autonomías, pero sí pasa, entre otras cosas, por la regulación e implantación de un ágil y eficaz sistema de centros y servicios de referencia y por la correcta financiación del coste de la asistencia prestada por los centros y servicios receptores a través del Fondo de Cohesión Sanitaria.

⁴⁴ No obstante, por lo debatido en el Consejo Interterritorial celebrado el 15 de abril de 2002 y por posteriores declaraciones de la que fue Ministra en la Comisión de Sanidad del Congreso celebrada el día 25 de junio de 2002, parece que es intención del Ministerio gestionar en exclusiva este fondo y configurarlo como una ayuda estatal para financiar exclusivamente los tres siguientes ámbitos: a) el desarrollo de programas dirigidos a promover la cohesión del Sistema Nacional de Salud y la equidad en el acceso a prestaciones de calidad; b) cubrir la asistencia hospitalaria prestada a pacientes desplazados a otras autonomías porque en la suya no existe el servicio necesario (patologías complejas); c) la asistencia prestada en estancia temporal a asegurados de otros países de la Unión Europea y a extranjeros en general.

IV. LA COORDINACIÓN Y COOPERACIÓN EN EL ÁMBITO AUTONÓMICO Y LOCAL.

1. Cooperación interautonómica.

A. Consideraciones generales.

En cualquier Estado compuesto, la cooperación o colaboración entre los diferentes centros de poder territoriales resulta imprescindible para mantener la coherencia del propio sistema. Más, si cabe, en ámbitos de actuación pública como el sanitario en el que los virus, gérmenes, bacterias, priones, etc., no conocen de fronteras administrativas. Incluso las personas, que sí tienen discernimiento y, por tanto, conocen esas fronteras, tampoco las respetan pues inoportunamente enferman y tienen accidentes con lesiones cuando están fuera del territorio de su Comunidad Autónoma. Frente a esta lamentable realidad, a las Comunidades Autónomas no les resta otra cosa que cooperar entre ellas diseñando soluciones e instrumentando planes de actuación efectivos para dar cara a todos los problemas comunes que les plantean la salud pública y la asistencia sanitaria.

Con apoyo en el artículo 145.2 de la Constitución, todos los Estatutos de Autonomía contemplan y regulan la posibilidad de que la respectiva Comunidad Autónoma formalice Convenios de cooperación con otra u otras Comunidades Autónomas para la gestión y prestación de servicios propios correspondientes a materias de sus competencias. En el marco estatutario, por gestión y prestación de servicios ha de entenderse las funciones ejecutivas a desarrollar en la materia de que se trate. El ámbito propio de un Convenio de cooperación es, pues, la ejecución de una materia⁴⁵. Como dice la STC 132/1996, el objeto de estos convenios es precisamente la vertebración del necesario principio de cooperación que sustenta el Estado Autonómico. Empero, la excesiva rigidez y formalismo de estos Convenios (control por el Senado y Parlamentos autonómicos) ha sido hasta ahora un freno para el efectivo ejercicio por esta vía de acciones cooperativas.

A su vez, el Título primero de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dedicado a las Administraciones públicas y sus relaciones, así pues, a fijar criterios organizativos básicos, asienta dichas relaciones interadministrativas en los

⁴⁵ Sobre el ámbito de estos Convenios, entre otros trabajos, véase el de PEDRO IBÁÑEZ BUIL, "Los Convenios entre Comunidades Autónomas", *REALA*, núm. 274-275, 1997, pág. 487 a 502.

principios de solidaridad, coordinación y cooperación, en la medida en que, ciertamente, dichos principios han de dar coherencia al Estado autonómico. Cita también el principio de lealtad institucional como criterio rector que facilite la colaboración y cooperación entre las diferentes Administraciones públicas implicadas. Sin embargo, dicho título se centra exclusivamente en desarrollar técnicas de cooperación verticales, es decir, entre la Administración del Estado y las de las Comunidades Autónomas y Entidades Locales. Nada expresa de las horizontales, esto es, de las relaciones entre las Administraciones de las propias Comunidades Autónomas; vacío legislativo que induce a pensar que el legislador estatal posconstitucional no tiene mucho interés en potenciarlas, que es reticente a las mismas por cuanto pudieran fortalecer a las Comunidades Autónomas y debilitar la posición del Gobierno estatal en el Estado compuesto de que nos hemos dotado. En suma, desea y procura que todo siga pasando por Madrid.

Descendiendo ya a la materia sanidad, significar que las leyes autonómicas de salud y ordenación sanitaria apenas han incorporado declaraciones y previsiones normativas tendentes a potenciar e impulsar todo lo relativo a la necesaria coordinación y cooperación sanitaria interautonómica. Ni tan siquiera la reciente Ley 2/2002, de 17 de abril, de La Rioja, que admitiendo las limitaciones diagnósticas y terapéuticas de su Sistema sanitario, en su artículo 57, con la rúbrica de “desplazamientos”, se limita a declarar la necesidad de utilizar los recursos asistenciales ubicados en otras Comunidades Autónomas. En parecidos términos, la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón. En lo que a mi me consta, únicamente la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, con la rúbrica de cooperación en materia de salud pública, dispone su artículo 57 que *“Se potenciará la cooperación interinstitucional y se garantizará la integración efectiva de los programas de salud pública en los referentes de la Unión Europea. Asimismo se promoverán medidas de colaboración y transmisión de información entre los profesionales de la salud pública de la Administración General del Estado y de las Comunidades Autónomas, a fin de garantizar la utilización de datos comparables y el desarrollo de actuaciones conjuntas.”* De todos modos, la habilitación estatutaria a que me he referido antes puede ser suficiente a nivel normativo autonómico para potenciar un talante de cooperación y coordinación horizontal entre las Comunidades Autónomas en materia sanitaria.

En cualquier caso, importa señalar que no es imprescindible una mayor proliferación de concretas nor-

mas estatales o autonómicas impulsoras de la cooperación entre las Administraciones de las Comunidades Autónomas para que dicha técnica de colaboración sean una realidad, pues el alcance de tales preceptos, por lo general, no supera al de unas meras declaraciones de intenciones. Lo indispensable es que los políticos y responsables de la sanidad autonómica se conciencien del tema, lo asuman como ineludible necesidad y se genere una auténtica y fructífera cultura de cooperación y coordinación. La coherencia y vertebración del Sistema Nacional de Salud se ha de cimentar, a mi juicio, no tanto en unas relaciones de coordinación y cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas, sino precisamente en una espontánea, libre y directa (así pues, sin necesaria mediación del Estado) coordinación y cooperación entre las Comunidades Autónomas, ello sin negar o rechazar el papel impulsor que pueda hacer la Administración del Estado. Y al respecto, es de advertir que hasta ahora su postura ha sido más bien reticente ante las pocas iniciativas autonómicas de cooperación que se han intentado sin su dirección o tutela.

La ciencia administrativa sistematiza las posibles técnicas cooperativas en dos ámbitos: orgánicas y funcionales. Mediante las técnicas orgánicas las Administraciones implicadas crean órganos administrativos de carácter deliberante o consultivo. Mediante las técnicas funcionales se formalizan acuerdos o convenios con el objeto de realizar actuaciones conjuntas y unitarias en la materia de que se trate. La elaboración y ejecución de planes conjuntos es una de las técnicas de cooperación funcional.

Hasta ahora, salvo puntuales Convenios de colaboración y cooperación con otras Comunidades Autónomas limítrofes y con el desaparecido Insalud, fundamentalmente a efectos de ordenar la asistencia hospitalaria urgente que precisa determinada población residente en zonas con una especial ubicación geográfica, todo lo relativo a la implementación y formalización de cauces de coordinación y cooperación interautonómica está prácticamente inédito. Sin duda, en tamaña inactividad ha influido notablemente el hecho de que hasta fin del año 2001 el Insalud siguiera gestionando y prestando la asistencia sanitaria pública en diez Comunidades Autónomas. Empero, una vez salvada esa indeseada situación de descentralización territorial parcial, así pues, asumida la ordenación y gestión de la asistencia sanitaria pública por todas las Comunidades Autónomas, inmediatamente se ha puesto de manifiesto la necesidad de formalizar entre ellas Acuerdos y Convenios de coordinación y cooperación con un alcance mucho mayor que el de solucionar

los problemas de asistencia sanitaria a población fronteriza. Como seguidamente veremos, se han formalizado ya algunos Convenios que están dando sus primeros frutos.

Al respecto, obligado es citar los Protocolos de Coordinación Sanitaria formalizados el 16 de octubre de 2001 por las Comunidades Autónomas de Madrid, Castilla-La Mancha, Castilla y León y Extremadura, el 22 de febrero de 2002 entre las Comunidades Autónomas de Cataluña y Aragón y en junio de 2002 entre Navarra y La Rioja y entre Asturias y Cantabria. Todos estos protocolos definen un ámbito de cooperación estable en materia de asistencia sanitaria pública creando para ello unas determinadas Comisiones encargadas de definir ámbitos de coordinación entre las Administraciones firmantes en relación con la materia objeto del Protocolo. Utilizan, pues, la técnica de cooperación orgánica. Es un hecho incontrovertible, pues, que la cultura de cooperación y coordinación entre las Comunidades Autónomas para armonizar y optimizar los recursos sanitarios está proliferando, y ello, además, sin Ley estatal de coordinación sanitaria.

Llama la atención que en un medio de comunicación⁴⁶ se ha dicho, más bien criticado, que estos Convenios y Acuerdos de cooperación y coordinación interautonómicos están formalizándose antes de la entrada en vigor de la Ley de Coordinación Sanitaria, esto es, antes de que el legislador estatal defina el, se supone que obligado, marco para la coordinación entre las Comunidades Autónomas. Obviamente, reticencias de este tenor son un puro dislate, puesto que la cooperación entre Comunidades Autónomas, siempre voluntaria, no necesita de marco legal estatal alguno para su instrumentación. Han de proliferar y generalizarse los Convenios de cooperación entre las Comunidades Autónomas sin que para ello sea necesario liderazgo o tutela alguna por parte del Ministerio de Sanidad y Consumo. Y han de generalizarse porque en buena medida es, justamente, en estas técnicas cooperativas interautonómicas donde se asentará un Sistema sanitario armónico, homogéneo, coherente y solidario.

En este nuevo contexto, el Consejo Interterritorial de Salud, órgano de encuentro de todas las Administraciones sanitarias autonómicas, debe asumir necesariamente un papel clave e imprescindible respecto a la forzosa cooperación o colaboración entre las Comunidades Autónomas, propiciando en su seno fórmulas cooperativas, fundamentalmente las funcionales, que instrumenten planes y actuaciones unitarias tanto en el ámbito de la salud públi-

ca como en el de la asistencia sanitaria. Y este impulso cooperativo, insisto, debe nacer de las propias Administraciones autonómicas; debe estar siempre presente en las carteras de los Consejeros de Salud; no han de esperar a que sea el Ministerio de Sanidad y Consumo quien, a través de la Secretaría del Consejo, formule y proponga las actuaciones o planes a consensuar.

B. Algunos ámbitos donde urge la cooperación.

- Un ámbito en el que creo ha de incidirse particularmente por las Comunidades Autónomas cooperando estrechamente al respecto, es en el de la disminución de la variabilidad de la práctica clínica y de la mala praxis⁴⁷, pues supone una importante fuente de desigualdad de trato de los usuarios del Sistema; desigualdades que han de reputarse como auténticas iniquidades. De ahí que sea preciso y urgente consensuar, de un lado, planes de formación continuada del personal sanitario, y, de otro, planes de gestión de calidad, protocolos estandarizados de prácticas clínicas, implantación generalizada del Uso Tutelado para nuevas tecnologías, etc. De todos modos, esta temática también debe ser abordada por el Estado en la futura Ley de prestaciones sanitarias en la que ha de sentar las bases para lograr la estandarización y homogeneidad en los contenidos y procedimientos de las prestaciones comunes y básicas. Realmente, el problema de las prestaciones sanitario-asistenciales no está ahora tanto en los aspectos cuantitativos como en los cualitativos.

- También, desde el punto de vista epidemiológico, parece a todas luces conveniente consensuar y establecer un calendario unificado de vacunaciones en todas las Comunidades Autónomas. Incluso tal calendario debe ser similar en el ámbito de la Unión Europea.

- La prestación farmacéutica es otro de los campos inexcusables para consensuar actuaciones conjuntas dirigidas a optimizar el uso racional del medicamento y a controlar el crecimiento del gasto farmacéutico, tendiendo a la convergencia de políticas en materia de prestación farmacéutica y a la unificación en la compra de fármacos.

- Lo relativo a la asistencia a desplazados y urgencias es campo obligado de cooperación. Ha de establecerse servicios de referencia, listas de espera unificadas, atención a urgencias, atención a pacientes de zonas limítrofes, circuitos administrativos y sistemas de compensación económica ágiles y eficaces, etc.

⁴⁶ Véase *Diario Médico* de 10 de junio de 2002.

⁴⁷ Sobre la falta de actualización de conocimientos e incompetencia médica, véase el trabajo de P. ALONSO Y J. M. RODRÍGUEZ "Ética y variabilidad de la práctica clínica", *RAS*, núm. 13, 2000, pág. 23 y siguientes.

- Asimismo, han de pactarse circuitos de información recíproca a efectos de facilitar rápidamente y al máximo la transmisión del conocimiento sanitario. Particularmente en el campo de la epidemiología. Como ya he comentado supra, los insistentes e importantes brotes de legionelosis que padecemos en nuestro país en estos últimos años, a juicio de los expertos son debidos en buena medida a que no se comparte entre las Comunidades Autónomas la información obtenida en el control de dichos brotes. Y esto es inaceptable.

2. Coordinación o integración de los dispositivos de salud pública, asistenciales y sociales.

A. La coordinación o integración de los dispositivos de salud pública autonómicos y locales.

Un campo donde existe descoordinación funcional es en el de la salud pública. Téngase presente que en esta materia las competencias de gestión están repartidas entre la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma y las entidades locales, a quienes la legislación sanitaria y de régimen local han atribuido importantes competencias de control sanitario. Dos opciones caben para lograr la unidad de actuación. Una de ellas es procurar la debida coordinación creando al efecto un órgano de colaboración de la Administración autonómica con las entidades locales (artículo 58 de la Ley de Bases de Régimen Local), pero en la medida en que este órgano sólo puede desempeñar funciones de carácter consultivo o deliberante, no creo que esta vía sea muy efectiva. La otra, más efectiva a mi juicio, es tender a la integración de servicios y actuaciones creando al efecto un órgano consorcial, un Consorcio con la Administración sanitaria autonómica (artículo 87 de la Ley de Bases de Régimen Local). La figura del Consorcio, que conviene se fundamente en un Convenio previo, implica a los órganos de gestión de las Administraciones públicas que han decidido realizar en común las actuaciones propias de gestión de la salud pública, para lo que crean un órgano mixto, si bien el ejercicio conjunto de sus competencias no altera la distribución de las mismas entre las partes. El Consorcio puede constituirse entre una o varias Administraciones locales y la Administración de la Comunidad Autónoma. Son posibles, pues, diversas variantes. Al respecto, habrá de estarse también a lo que disponga la respectiva legislación autonómica. Creo que es factible el establecimiento de un Consorcio entre los Ayuntamientos de los municipios de mayor población y la Administración autonómica. Sin embargo, queda bastante camino por andar en la puesta en práctica de estas técnicas asociativas entre las diversas Administraciones públicas compe-

tentes en materia de salud pública. Cataluña tiene una dilatada experiencia en la creación y gestión de Consorcios sanitarios.

B. La integración de los niveles de atención primaria y especializada.

Evidentemente, la eficacia y efectividad de los Servicios de Salud autonómicos pasa, en primer lugar, porque sus centros estén bien gestionados⁴⁸, y, en segundo lugar, por que los dispositivos sanitario-asistenciales estén debidamente integrados o coordinados, algo que no siempre ocurre. La experiencia nos enseña que, incluso en las Comunidades Autónomas históricas y asimiladas que asumieron desde el inicio de su andadura la gestión de la salud pública y de la asistencia sanitaria, su integración no es todo lo deseable. Incluso en el ámbito de la asistencia sanitaria o de sus diferentes niveles asistenciales también se observan deficiencias de coordinación o integración.

Quizás, uno de los casos más llamativos de falta de integración sea el de la salud mental y asistencia psiquiátrica. En efecto, mientras en algunas Comunidades Autónomas, como Navarra, la red asistencial de salud mental está plenamente integrada en la red de asistencia sanitaria especializada, no ocurre lo mismo en otras Comunidades Autónomas donde la separación de los servicios de salud mental del resto de la red de asistencia sanitaria sigue estigmatizando y discriminando al enfermo mental. La permanencia en algunas Comunidades Autónomas de la histórica situación de separación y marginación del enfermo mental, acompañada de una insuficiente dotación de medios asistenciales, es sangrante desde la óptica, no

⁴⁸ Actualmente, nos movemos en un contexto de auténtica confusión respecto de las técnicas jurídicas de gestión del servicio público de la sanidad, confusión generada por la Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, cuando en su artículo único diseña dos grupos de gestión: a) la gestión directa o indirecta a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en derecho (realmente, todas estas fórmulas de gestión son directas); b) La prestación mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad (estas son las indirectas). A lo que hay que añadir el artículo 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que inventa las fundaciones públicas sanitarias. Realmente, conforme a la doctrina administrativa más asentada, las formas de gestión directa son las siguientes: a) Gestión indiferenciada; b) Establecimiento sin personalidad: órgano especial de gestión; c) Organismo autónomo administrativo; d) Entidad de derecho público, que ajusta su actividad al derecho privado, e) Fundación pública. Las formas de gestión indirectas son: a) Concesión administrativa; b) Concierto; c) Sociedad mixta (capital parcial de la Administración); d) Arrendamiento (en desuso); d) Gestión interesada (a medias entre gestión directa y concesión administrativa). Sobre esta temática de las fórmulas de gestión véase el trabajo de F. J. VILLAR ROJAS "Responsabilidad en la gestión directa. Especial referencia a las nuevas fórmulas de gestión: Fundaciones", *Revista Derecho y Salud*, Vol. 8, núm. 1, 2000, pág. 1 a 16.

ya del derecho a la protección de la salud, sino del principio constitucional de dignidad de la persona. Y en este contexto, como crítica general a todo el sistema de salud mental, ha de resaltarse el silencio del ordenamiento jurídico sobre las condiciones, y su control, en las que se desarrolla el tratamiento del enfermo mental en régimen cerrado, régimen en el que no es infrecuente el aislamiento, la utilización de medios coercitivos, etc., y en el que resultan limitados los derechos fundamentales a la libertad, a la intimidad, al secreto de las comunicaciones a la integridad moral, incluso a la integridad física, etc. AZNAR LÓPEZ⁴⁹ ha categorizado este silencio de clamoroso e inexplicable. Son particularmente necesarias aquí las “Cartas de Servicios” reguladoras de los procedimientos, técnicas y formas de tratamiento en régimen cerrado de los enfermos mentales.

Donde apenas existe coordinación es entre los niveles de asistencia primaria y de especializada⁵⁰. Y esto, más que una constatación, es una crítica que debe extenderse a todas las Comunidades Autónomas sin excepción puesto que desde hace tiempo todos los estudios apuntan a que la Atención Primaria debe ser el centro de gravedad del sistema asistencial y debe detentar el poder para orientar y dirigir la trayectoria del paciente a través de los distintos niveles de atención especializada, lo que reclama un importante grado de integración organizativa y funcional de los niveles primario, secundario y terciario. Ciertamente que los responsables autonómicos están trabajando para alcanzar la debida coordinación o, en su caso, la integración de los diferentes ámbitos y niveles sanitario-asistenciales. Iniciativas y experiencias como la Dirección Única de Área con integración de los servicios de asistencia primaria y asistencia especializada al objeto de garantizar la continuidad asistencial de los usuarios son muy interesantes y necesarias. Posiblemente, sea plenamente acertada la valoración del nuevo Servicio Madrileño de Salud de que la coordinación entre los médicos de primaria y los de especializada empíricamente se haya demostrado inútil por lo que, arrinconando los fracasados intentos de coordinación de los niveles, lo operativo sea proceder a la progresiva pero decidida integración de ambos niveles asistenciales, lo que, sin duda, redundará, además, en un mejor equilibrio entre los mismos, evitándose la crónica desviación del sistema sanitario-

⁴⁹ “Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios”. Editorial Comares, 2000, pág. 94.

⁵⁰ Es sintomático de esta descoordinación el hecho de que los contratos-programas se formalicen separada e independientemente, por un lado, con los centros hospitalarios y, por otro, con los centros de atención primaria.

asistencial hacia la asistencia especializada. Conviene estar muy atentos a estas experiencias.

Y en línea con lo dicho, no puedo resistirme a cuestionar, a poner en duda, lo acertado de la opción de la Comunidad Autónoma de Madrid de no integrar organizativamente la red de centros y servicios de Insalud con la propia red de la Comunidad Autónoma. La Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria, crea, de un lado, el Servicio Madrileño de Salud, que asume todos los centros y servicios del extinto Servicio Regional de Salud, y, de otro, el Instituto Madrileño de Salud, que incorpora todos los transferidos centros, servicios y establecimientos sanitarios del Insalud. Justifica el preámbulo de la Ley esta opción con las siguientes palabras: “El diseño de estos elementos se hace imprescindible en este momento de la asunción de las competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, en la medida que las diferencias patrimoniales, contables, laborales, culturales y de sistemas de información, entre otras, hacen imposible la fusión sin más de esas estructuras, a fecha de hoy, sin generar importantes distorsiones en la gestión. A la vez, esto no significa que el esfuerzo de equiparación y de convergencia no haya de hacerse en el futuro próximo.” Quizás, en un primer momento sea una opción recomendable desde el punto de vista de la gestión, pero a medio plazo seguramente generará tensiones laborales y distorsiones organizativas que no compensarán esas supuestas ventajas iniciales. Desde luego, en la Ley se plantea como una medida provisional, pero todos sabemos que la mejor fórmula para que una medida se haga definitiva es, y esto no es un tópico, tildarla de provisional en la Ley.

C. La necesaria potenciación y convergencia de la asistencia socio-sanitaria.

Nuestra actual estructura demográfica con el progresivo e imparable envejecimiento de la población implica que los mayores de 65 años consumen el mayor porcentaje de los recursos sanitarios y del gasto sanitario⁵¹. De ahí que sea una necesidad ineludible reorientar en parte el sistema sanitario hacia la atención de una población envejecida potenciando en todo lo necesario los servicios socio-sanitarios. Importante sector de población al que hay que sumar otros grupos de “dependientes” como los enfermos mentales, los inmigrantes, los drogadictos, etc., que también necesitan de una asistencia socio-sanitaria.

⁵¹ Según las estadísticas, los mayores de 65 años consumen el 30% del gasto de atención primaria, el 47% del gasto de atención especializada, y el 48,7% del gasto farmacéutico, y los mayores de 70 años consumen el 40% del total del gasto sanitario.

Actualmente, por lo general, la sanidad y los servicios sociales se conforman como dos sistemas paralelos con estructuras funcionales y organizativas propias - Consejería de Salud y Consejería de Bienestar Social, cada una con su respectivo organismo autónomo gestor-. Sin embargo, existen puntos importantes de convergencia entre ambas estructuras que obligan a la coordinación de actuaciones e, incluso, a la unificación de múltiples programas asistenciales. Así, en el ámbito de la atención primaria, las actuaciones en el campo de la salud y la asistencia social están muy interrelacionadas, hasta el punto que llegan a confundirse pues ambos sistemas procuran un tratamiento preventivo, educativo y asistencial de la persona dependiente, modulando a tal efecto programas sanitario-asistenciales. En muchos casos, las demarcaciones territoriales de los servicios sociales de base se fijan por remisión a las previstas para las zonas básicas de salud. También es usual definir como funciones de los equipos de atención primaria las de colaborar en las tareas de reinserción social y la de coordinarse con los servicios sociales de su zona, participando activamente en la programación, ejecución y evaluación de sus programas. No es preciso resaltar que la coordinación de los servicios sociales de base y los de salud mental es decisiva. A su vez, en el ámbito de la asistencia especializada las interconexiones surgen continuamente. Es el caso, por ejemplo, de la prevención de minusvalías o de la asistencia a drogadictos o alcohólicos, pero sobre todo la atención a los ancianos. Incluso el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones el Sistema Nacional de Salud, reclama la interacción entre sanidad y servicios sociales al disponer que *“la atención a los problemas o situaciones sociales o asistenciales no sanitarias que concurran en situaciones de enfermedad o pérdida de la salud tendrán la consideración de atenciones sociales, garantizándose en todo caso la continuidad del servicio a través de la adecuada coordinación por las Administraciones Públicas correspondientes de los servicios sanitarios y sociales.”*

Sin embargo, a pesar de las previsiones normativas al respecto, es lo cierto que en el presente año 2002 la coordinación entre la sanidad y los servicios sociales es insuficiente e, incluso, en algunos casos, inexistente. Quizás ello sea debido a que -según la experiencia impulsa a sostener- la coordinación entre los Ministerios estatales o las Consejerías autonómicas ha sido históricamente muy débil, cuando no inexistente, hasta el punto de que puede considerarse utópica y, como tal, inalcanzable. Pues bien, partiendo de este presupuesto, en mi opinión, es conceptualmente aconsejable la unificación de las Consejerías de Sanidad y Bienestar Social al me-

nos en las Comunidades Autónomas pequeñas como, por ejemplo, Navarra.

Y si la coordinación entre las diferentes consejerías de las Comunidades Autónomas (interior, sanidad, bienestar social), en general, brilla por su ausencia, lo mismo puede predicarse de la coordinación entre estas consejerías y las entidades locales (Ayuntamientos, Mancomunidades de municipios), ello a pesar de que éstas últimas tienen mucho que decir y hacer en este concreto campo de la atención a personas dependientes. En fin, tampoco puede hablarse de coordinación entre las Comunidades Autónomas y entre éstas y el Estado.

Cierto también que, conscientes el Estado y las Comunidades Autónomas de estos desajustes y del tremendo desarrollo que precisa la atención socio-sanitaria, la Administración central y los servicios técnicos de las Comunidades Autónomas están elaborando e implementando planes de asistencia socio-sanitaria y trabajan intensamente en aunar esfuerzos en los distintos niveles asistenciales para coordinarlos debidamente. Pero quizás no sea esto suficiente si no va acompañado de la integración de las estructuras organizativas cuando esta integración es factible y, a mi juicio, lo es en la mayoría de las Comunidades Autónomas.

En suma, es imprescindible una convergencia de las competencias disgregadas que puedan unificarse, una coordinación de recursos de las Administraciones autonómicas y locales implicadas, un decidido apoyo de las instancias estatales, y una efectiva planificación de actuaciones y de financiación de la asistencia socio-sanitaria⁵².

V. EPÍLOGO.

Sin duda, estamos viviendo momentos difíciles pero también claves y apasionantes en la definitiva conformación de nuestro sistema sanitario público, que, conforme a los parámetros constitucionales fielmente recogidos en la Ley General de Sanidad, ha de ser universal, gratuito y caracterizado por una sanidad integral en lo sustantivo e integrada en lo organizativo. Sin embargo, durante toda

⁵² Actualmente, con relación a las situaciones de dependencia se está reclamando por diversos sectores y profesionales la conveniencia de separar e independizar las prestaciones sociosanitarias de las sanitarias, regulando un catálogo propio y específico para aquellas, incluso se postula la promulgación de una Ley de Dependencias, y en cuanto a su aseguramiento, instituir un seguro público de dependencia que consistiría en el pago de una póliza obligatoria sobre la que la Administración correspondiente establecería subsidios inversamente proporcionales a la renta de los ciudadanos dependientes, subvencionando en parte a aquellos con menor necesidades y en todo a los necesitados, tras una prueba rigurosa de sus rentas y patrimonio. En suma, un modelo mixto de aseguramiento con participación pública y privada.

la década de los años noventa y en la actualidad, con apoyo en la supuesta crisis del Estado social o Estado de Bienestar, en la presunta incapacidad de las Administraciones públicas para gestionar eficazmente servicios tan complejos y costosos como el de la asistencia sanitaria, que, además, se dice, necesitan de recursos económicos adicionales que el Estado no puede aportar, este modelo ha sido y está siendo cuestionado y puesto en entredicho desde posiciones neoliberales que postulan en lo sustantivo la separación de la salud pública de la asistencia sanitaria y la introducción del copago en ámbitos de esta última, sin importarles las desigualdades de trato que tal decisión implica en razón de la distinta capacidad de pago de los usuarios (ciertamente, sólo he oído hablar a los políticos y altos cargos de las Administraciones sanitarias de la necesidad de introducir o ampliar el copago para determinadas prestaciones, nunca les he oído hablar de introducir el copago sólo para las rentas medias y altas con criterios de progresión y excluirlo para las bajas), y en lo organizativo, de un lado, la empresarización de los centros asistenciales públicos así como la gestión indirecta de centros y servicios sanitario-asistenciales mediante empresas mercantiles y con técnicas de derecho privado, y, de otro, como corolario del llamado “Pacto Local” una segunda descentralización en las entidades locales con, a mi entender, el doble fin último, no explicitado lógicamente, de que determinados servicios, en nuestro caso sanitario-asistenciales, terminen en manos privadas dada la crónica incapacidad financiera y de gestión de las entidades locales⁵³, y de restar a las Comunidades Autónomas capacidad prestacional debilitándolas en lo posible como “nacionalidades”.

A estos planteamientos revisionistas han de añadirse las incertidumbres surgidas a partir del traspaso de la asistencia sanitaria, pues finalizada la gestión por el Insalud de la asistencia sanitaria pública en diez Comunidades Autónomas, el Ministerio de Sanidad y Consumo en estos momentos no perfila clara y definitivamente el papel que en el futuro le corresponde desempeñar en el

Sistema Nacional de Salud. Y no lo perfila porque no hay pleno consenso al respecto con las Comunidades Autónomas, ni tan siquiera con las de su mismo signo político. De otro lado, es un hecho que las Comunidades Autónomas se han convertido en las verdaderas protagonistas del Sistema Nacional de Salud pues, además de la gestión de la salud pública y de la asistencia sanitaria, asumen un decisivo papel en la conformación del Sistema por cuanto tienen potestad legislativa para definir, en el marco básico fijado por el Estado, su propia política sanitaria y, por ende, su propio Sistema sanitario con las peculiaridades y diferencias que estimen convenientes, fundamentalmente, a través de sus ofertas de servicios sanitario-asistenciales, moldeando así un mayor o menor contenido del derecho a la protección de la salud respecto de las personas radicadas temporal o permanentemente en el territorio de la Comunidad Autónoma respectiva.

Y todo esto pasa, nadie lo duda, por el mantenimiento de la necesaria coherencia y armonía, que no uniformidad, del Sistema Nacional de Salud, y por la garantía de la solidaridad interterritorial y de la igualdad básica efectiva de los ciudadanos en el acceso y en las prestaciones sanitarias.

El momento es, pues, crucial dado que hay incertidumbre respecto al futuro del sistema sanitario público, a la posición jurídica de las personas respecto del mismo, y al papel que debe jugar la iniciativa privada. Pues bien, creo que todos los que de una u otra forma, en uno u otro campo, trabajamos por y para la sanidad pública de este país, tenemos una responsabilidad que asumir y unas meta que alcanzar: hacer efectivas, hacer realidad, las previsiones de la Ley General de Sanidad. Que no es poco. Hago votos porque seamos capaces de ello.

⁵³ *Y reconozco la gran labor hecha por los Ayuntamientos y Mancomunidades de municipios en el campo de los servicios sociales de base y su aptitud, por su cercanía a las personas y por el directo conocimiento de sus carencias y necesidades, para prestar y gestionar determinados servicios, como, por ejemplo, a drogodependientes, ancianos, etc. Sin embargo, creo que cualquier planteamiento de descentralización de la asistencia sanitaria en favor de las Entidades Locales es inconveniente por cuanto, de un lado, supone la quiebra del fundamental principio de integración de los servicios sanitarios, y, de otro, la inmensa mayoría de las entidades locales no tienen la capacidad económica y de gestión necesaria para asumir funciones de asistencia sanitaria. Sus responsabilidades en materia de sanidad no deben exceder de las actualmente encomendadas por la Ley de Bases de Régimen Local y la Ley General de Sanidad.*

ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL DERECHO DE INFORMACIÓN Y AL DEBER DE SECRETO PROFESIONAL EN UN SUPUESTO DE RESPONSABILIDAD MÉDICA*.

M^a Elena Sánchez Jordán

Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de La Laguna

I. INTRODUCCIÓN.

Este trabajo tiene por objeto el análisis y comentario del caso enjuiciado por el Tribunal Supremo austríaco en su sentencia de 23 de noviembre de 1999. Dicha labor requiere, con carácter previo, que se enuncien los hechos fundamentales del asunto, así como las soluciones dadas en las distintas instancias, aun a costa de alargar con ello este comentario.

La actora, que reclama una indemnización de 100.000 chelines en concepto de indemnización por daño personal y desfiguración, y que además solicita que se declare la responsabilidad de la parte demandada por todos los daños que se derivaron del tratamiento que se le dio a partir del 24 de diciembre de 1991 como consecuencia de una fractura del dedo anular de la mano izquierda, había sido víctima de una caída el día 23 de diciembre de 1991, alrededor de las 17.00 horas. Más de 24 horas más tarde —poco antes de la medianoche del día 24 de diciembre— acudió a una clínica de urgencias para recibir atención médica en el dedo afectado. Una vez diagnosticada la lesión, se procedió a su tratamiento a lo largo de unos diez meses, en cuyo transcurso se produjeron ciertas complicaciones que desembocaron, el 14 de octubre de 1992, en la amputación del dedo lesionado. La actora apoya su reclamación en dos argumentos: Alega, por un lado, la existencia de error médico en el tratamiento. Aduce, por otra parte, falta de información acer-

ca de la amputación, afirmando que firmó la declaración de consentimiento para aquella intervención de forma inconsciente y desesperada. La demandada, titular legal de la clínica en la que se prestó asistencia médica a la actora, replica que el tratamiento se había realizado de manera absolutamente profesional y que fue una cadena de circunstancias desfavorables la que condujo a la necesidad de amputar el dedo lesionado. Señala, además, que se había cumplido el deber de información por parte del médico encargado.

En primera instancia se desestima íntegramente la demanda: El Juzgado rechaza los argumentos de la actora, y concluye, por un lado, que no es posible hablar de error médico y que la pérdida del dedo debía considerarse una fatalidad. Entiende, por otra parte, que aunque hubiera sido obligación de la parte demandada probar o bien que se había dado la información pertinente, o bien que la paciente había consentido la intervención, la negativa de la actora a dispensar a los médicos (citados como testigos por la parte demandada) de su deber de secreto, impide a la titular de la clínica la aportación de pruebas y conduce a una inversión de la carga de la prueba en perjuicio de la demandante. Considera que la única forma de interpretar aquella negativa es la de que la actora sabía que los médicos documentarían que se le había dado toda la información, y que había prestado pleno consentimiento para la intervención prevista, sobre todo teniendo en cuenta el peligro que corría la mano izquierda completa en el caso de no practicarse la amputación.

En segunda instancia, el Tribunal de apelación vuelve a rechazar las pretensiones de la actora, ratificando las conclusiones del Juzgado de primera instancia en lo relativo a la inexistencia de error médico. Por lo que se refie-

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología BJU 200/0266, titulado "La responsabilidad civil a comienzos del tercer milenio", y constituye un desarrollo de cuestiones tratadas en los capítulos IV.4.2. y VII.3.1.2 de la obra del prof. Yzquierdo Tolsada (investigador principal del citado proyecto), "sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual", ed. Dykinson, Madrid 2001.

re a la falta de información alegada, y a pesar de que considera que las manifestaciones de la demandante en este punto son admisibles, entiende, en cambio, que su contenido carece de justificación. Afirma, por un lado, que el hecho de que la declaración de conformidad del 14 de octubre de 1992 no llevara la firma de ningún médico no significa que su rúbrica por la actora no hubiera estado precedida por una conversación por el médico. Señala, por otro, que son varios los motivos que llevan al Tribunal de segunda instancia a dudar de la veracidad de la declaración de la demandante según la cual el médico no la informó antes de la amputación, explicando que la negativa de la actora de relevar a los médicos de su deber de secreto fue estimada libremente por el Juzgado de primera instancia, debiendo darse por buena su apreciación de que la demandante intentó evitar, de esa manera, que su declaración fuese refutada mediante otras pruebas.

El Tribunal Supremo austríaco (*OGH*) confirma, en su sentencia de 23-11-99, objeto de este comentario, que no existió error médico y que el tratamiento siguió las pautas médicas correctas. En cambio, y en lo que se refiere a la falta de información o información insuficiente por parte de los médicos, considera:

- Que las instancias previas estiman de manera equivocada el reparto de la carga de la prueba, puesto que no se da ninguna de las razones que justifican la modificación de la carga objetiva de la prueba, que en este caso concreto pesaba sobre el demandado.

- Que juzgan mal la esencia del secreto profesional en relación con la información prestada a la paciente, relativa a la intervención que se le iba a practicar, considerando que los datos sobre los que hubiera versado la prueba no se encontraban amparados por el secreto profesional. Se entiende, de este modo, que aun a pesar de la negativa de la actora, debió de haberse tomado declaración a los testigos en relación al contenido de la información que, según la parte demandada, le fue proporcionada a la demandante.

Tales argumentos conducen a la remisión del procedimiento al Juzgado de primera instancia, con el fin de que se proceda al interrogatorio de los médicos, citados como testigos, y se vuelva a resolver sobre la pretensión indemnizatoria de la demandante.

En la tarea de tratar de aventurar cuál hubiera sido la solución a la cuestión resuelta por el *OGH* austríaco en nuestro ordenamiento jurídico, ha de tenerse en cuenta que en el supuesto se plantean cuestiones de dos tipos: de orden sustantivo, por un lado, y de carácter procesal, por otro. En el primero de los planos mencionados habrá de

examinarse el derecho de información que corresponde a todo paciente y su conexión con el llamado "consentimiento informado", así como el contenido y alcance del deber de secreto médico. En el segundo, será preciso centrar la atención en la carga de la prueba en el proceso civil, haciendo especial hincapié en el art. 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), que ha venido a sustituir al art. 1214 Código Civil (en adelante, CC).

II. LA INFORMACIÓN DEL PACIENTE.

1. El derecho a la información del paciente.

De acuerdo con la doctrina española, la información que ha de proporcionarse al paciente presenta dos vertientes¹: al mismo tiempo que puede ser entendida como un derecho de aquél², representa uno de los deberes *ex officio* del médico³, recibiendo la consideración de parte integrante de su obligación de medios⁴. A lo expuesto ha de añadirse que, con frecuencia, quienes se han ocupado de la información desde la perspectiva del deber del médico han propuesto la distinción entre información como instrumento necesario e indispensable en la actividad curativa —información *terapéutica*— y la información como requisito del consentimiento para el tratamiento⁵, esto es, como presupuesto del denominado *consentimiento informado*, al que se dedicará el próximo apartado de este epígrafe.

¹ Las distinguen claramente A. VIANA CONDE y A. DE SAS FOJÓN, 'El consentimiento informado del enfermo', *La Ley*, 1996-2, p. 1331.

² Le otorga la consideración de derecho, entre otros, J.C. GALÁN CORTÉS, *El consentimiento informado del usuario de los servicios sanitarios*, Ed. Colex, Madrid, 1997, p. 20. También se refiere al derecho a la información en el ámbito sanitario J.L. LAFARGA i TRAVER, 'Problemas legales asociados al tratamiento informático de la historia clínica: La responsabilidad médica en el tratamiento de datos', *DS (Derecho y Salud)*, 1999, 7/2, p. 43.

³ J. SÁNCHEZ CARO, 'El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles', *La Ley*, 1993-3, p. 941; J. FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad sanitaria (médica y de enfermería)*, Ed. La Ley, Madrid, 1995, p. 93; F.J. VILLAR ROJAS, *La responsabilidad de las administraciones sanitarias: Fundamento y límites*, Ed. Praxis, Barcelona, 1996, p. 164.

⁴ Tal y como se señala expresamente en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 25 de abril de 1994 (*Aranzadi*, 3073).

⁵ C.M. ROMEO CASABONA, *El médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1985, pp. 47 y 48; J. FERNÁNDEZ COSTALES, *El contrato de servicios médicos*, ed. Civitas, Madrid, 1988, pp. 210 y siguientes; E. LLAMAS POMBO, *La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Ed. Trivium, Madrid, 1988, p. 48; A. FRAGA MANDIÁN y M.M. LAMAS MEL-LÁN, *El consentimiento informado (El consentimiento del paciente en la actividad médica quirúrgica)*, ed. Revista Xurídica Galega, 1999, pp. 79 y siguientes. También efectúa la distinción J. SÁNCHEZ CARO, 1993, p. 941, aunque se ocupa de la información en su aspecto de derecho del paciente.

La información, en su aspecto de derecho, se encuentra consagrada en el art. 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), en el que se establece lo siguiente: "Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 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", debiendo destacarse que se trata de un derecho que corresponde al paciente tanto en el ámbito de la asistencia sanitaria pública, como en la privada, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.15 LGS. La creciente importancia de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico queda patente en la elaboración de una Proposición de Ley por el Senado, relativa a los Derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica (PLDI), publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 27 de abril de 2001, en cuya Exposición de Motivos se señala que el objetivo básico de la ley es profundizar en la concreción práctica de los derechos a la información, al consentimiento informado y al acceso a la documentación clínica de todos los ciudadanos españoles en el ámbito sanitario⁶. A lo expuesto ha de añadirse que las Comunidades Autónomas no son ajenas a esta situación: buena muestra la constituyen la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, de Cataluña, sobre Derechos de información concerniente a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica⁷ (LCDI), y la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes⁸ (LGCI).

Sabido lo anterior, resulta de interés efectuar una breve mención a algunas de las cuestiones que, relacio-

nadas con el derecho a la información, presentan una especial relevancia en el caso que nos ocupa: se trata, por una parte, de las relativas a la forma y contenido de la información; por otra, de las que se refieren a los sujetos titulares de ese derecho. Interesa destacar aquí, en cuanto a la forma en que se debe proporcionar la información, que el art. 10.5 LGS exige que sea verbal y escrita⁹ y que se dé en términos comprensibles¹⁰, probablemente con el fin de evitar que el lenguaje técnico deje sin contenido este derecho¹¹, añadiéndose, en la LCDI y en la PLDI, que se deberá dar, además, de manera adecuada a las necesidades y requerimientos del paciente. Por lo que se refiere a su contenido, el art. 10.5 LGS antes citado se refiere a una información que debe ser completa y continuada sobre su proceso, incluyendo la evolución previsible y las alternativas de tratamiento, aunque sin precisar cuándo es suficiente¹², limitándose la LCDI y la PLDI a referirse al derecho de los pacientes a conocer "toda la información obtenida sobre la propia salud" (art. 2.1). La LGCI resulta, en cambio, mucho más expresiva, aunque se circunscribe a la información que se debe prestar con carácter previo al consentimiento del paciente, a la que parece otorgar una consideración distinta de la información del art. 10.5 LGS, como parece deducirse de su art. 3¹³. En cualquier caso, la norma gallega puede resultar de

⁹ A. VIANA CONDE y A. DE SAS FOJÓN, 1996, p. 1331, critican la exigencia de forma escrita, entendiendo que puede conducir a consecuencias claramente injustas.

¹⁰ J. FERNÁNDEZ COSTALES, 1988, p. 212, señala que el médico debe transformar los elementos técnicos para adaptarlos al paciente en función de su capacidad, sin que se exija que se trate de una información científica. De forma parecida, J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, *Sistema de responsabilidad médica*, Ed. Comares, 3ª ed., Granada, 2000, p. 169.

¹¹ F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 165.

¹² Por lo que es necesario acudir a las decisiones de nuestro Tribunal Supremo (TS). La de 25 de abril de 1994 (*Aranzadi* 3073), precisa el contenido de la información (desde la perspectiva del deber del médico), al señalar que es deber del facultativo "informar al paciente o, en su caso, a los familiares del mismo, del diagnóstico de la enfermedad o lesión que padece, del pronóstico que de su tratamiento puede normalmente esperarse, de los riesgos que del mismo, especialmente si éste es quirúrgico, puedan derivarse... En los supuestos —no infrecuentes— de enfermedades o dolencias que puedan calificarse de recidivas, crónicas o evolutivas, informar al paciente de la necesidad de someterse a los análisis y cuidados preventivos y que resultan necesarios para la prevención del agravamiento o repetición de la dolencia".

¹³ Lo mismo sucede en la doctrina, como ya se indicó: varios autores distinguen entre información terapéutica, concebida como información obligada por las necesidades del tratamiento, y, además, como instrumento necesario e indispensable en la actividad terapéutica, por un lado, e información como requisito del consentimiento en su fase de adhesión al tratamiento prescrito por el facultativo, por otro. Así, por ejemplo, C.M. ROMEO CASABONA, 1985, pp. 47 y 48; J. FERNÁNDEZ COSTALES, 1995, p. 93; A. FRAGA MANDIÁN y M.M. LAMAS MEILÁN, 1999, pp. 79 y siguientes.

⁶ El art. 2 de esta Proposición de Ley se inserta en su Capítulo II (que lleva por rúbrica "El derecho a la información") y dispone: "1. En cualquier intervención asistencial, los pacientes *tienen derecho a conocer toda la información obtenida sobre su propia salud*. No obstante, es necesario respetar la voluntad de una persona de no ser informada. 2. La información debe formar parte de todas las actuaciones asistenciales, debe ser verídica, y debe darse de manera comprensible y adecuada a las necesidades y los requerimientos del paciente, para ayudarle a tomar decisiones de manera autónoma. Corresponde al médico responsable del paciente garantizar el cumplimiento del derecho a la información. También deben asumir responsabilidad en el proceso de información los profesionales asistenciales que le atienden o le aplican una técnica o un procedimiento concretos."

⁷ Resulta indudable que la Ley catalana ha servido de modelo al Senado español para la elaboración de su Proposición de Ley, en la que transcribe la primera casi literalmente, incluido su art. 2.

⁸ Esta norma, más preocupada por el consentimiento informado que por el propio derecho de información del paciente, dispone en su art. 3.2, que "sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado anterior, todo paciente tiene derecho a la información general que se contempla en el art. 1015 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad."

utilidad al enunciar numerosos parámetros en relación con el contenido de la información¹⁴.

A pesar de la falta de concreción de la legislación en este punto —con la excepción representada por la LGCI—, de su letra se desprende de manera indubitada que el paciente tiene derecho a conocer qué terapia será utilizada en el tratamiento de su dolencia y si existe alguna otra alternativa, qué efectos pueden derivarse de la misma y cuáles son los riesgos —al menos, los ordinarios¹⁵— que pueden acompañar una actuación médica —quirúrgica o no—, así como los que pueden ocasionarse si falta la misma¹⁶.

Por lo que se refiere a la titularidad del derecho a la información —cuyo cumplimiento ha de ser garantizado por el médico responsable del paciente o por los profesionales asistenciales que le atienden o aplican una técnica o un procedimiento concretos, según se dispone en el art. 2.3 LCDI y PLDI— el art. 10 LGS se limita a manifestar que se trata de un derecho que corresponde a "todos", sin más precisiones, aunque del apartado 5 de la norma citada puede deducirse que se refiere al paciente, a sus familiares y allegados¹⁷; en cambio, la LCDI y la PLDI concretan que el titular de este derecho es el pa-

¹⁴ Las características de la información que debe prestarse se encuentran reguladas en el art. 8 LGCI, precepto de gran interés que se transcribirá íntegramente: "1. La información será habitualmente verbal y constará, además, por escrito en aquellos actos diagnósticos y terapéuticos que entrañen un riesgo considerable para el paciente. 2. La información será comprensible, continuada, razonable y suficiente. 3. La información se facilitará con la antelación suficiente para que el paciente pueda reflexionar y decidir libremente. 4. La información será objetiva, específica y adecuada al procedimiento, evitando los aspectos alarmistas que puedan incidir negativamente en el paciente. 5. La información deberá incluir: Identificación y descripción del procedimiento. Objetivo del mismo. Beneficios que se esperan alcanzar. Alternativas razonables a dicho procedimiento. Consecuencias previsibles de su realización. Consecuencias de la no realización del procedimiento. Riesgos frecuentes. Riesgos poco frecuentes, cuando sean de especial gravedad y estén asociados al procedimiento de acuerdo con el estado de la ciencia. Riesgos personalizados de acuerdo con la situación clínica del paciente".

¹⁵ Esta es, al menos, la posición doctrinal mayoritaria. F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 165, indica, no obstante, que alguna jurisprudencia entiende que el deber de información abarca *toda clase de riesgos*. Téngase en cuenta, además, que la LGCI hace referencia a tres tipos distintos de riesgos acerca de los cuales debe informarse al paciente (véase nota anterior).

¹⁶ J. SÁNCHEZ CARO, 1993, pp. 943 y 944, ha defendido la formulación de criterios orientativos que sirvan de base para determinar el alcance de la información en los distintos casos.

¹⁷ Esta *ampliación* de la titularidad a los familiares y allegados ha sido objeto de fundadas críticas, pues parece mejor entender, como propone J.C. GALÁN CORTÉS, 1997, p. 45, que sólo el paciente es titular del derecho, existiendo un deber de confidencialidad del médico que sólo permitiría dar esa información a las personas aludidas en el art. 10.5 LGS en los casos de incapacidad del paciente. En cualquier caso, y como se comprobará inmediatamente, parece que se trata de un aspecto que va a ser corregido (o al menos eso es lo que resulta del art. 3.1 PLDI).

ciente (art. 3.1), aunque establecen previamente la necesidad de respetar su deseo de no ser informado si manifiesta su voluntad en ese sentido (art. 2.1). Además, la LCDI y la PLDI contienen ciertas especialidades en relación con el titular de la información en las dos hipótesis siguientes: Primero, en el caso de incapacidad del paciente, supuesto en el que obliga a informarle en función de su grado de comprensión, "sin perjuicio de tener que informar también a quien tenga su representación" (art. 3.2); segundo, cuando el paciente no es competente, a juicio del médico responsable de la asistencia, para entender la información, porque se encuentra en un estado físico o psíquico que no le permite hacerse cargo de su situación, señalando entonces que "debe de informarse también a los familiares o a las personas a él vinculadas" (art. 3.3). Mas, a pesar de las buenas intenciones que han guiado al legislador a la hora de incluir estas reglas, su interpretación no se encuentra libre de dificultades: Así, por un lado, en el caso del incapaz aludido en el art. 3.2 no aclara si se trata del incapaz natural o del que ha sido declarado por sentencia firme, a pesar de lo cual la referencia que se hace al representante puede permitir que nos decanemos por lo segundo, aun cuando en el art. 7.2b) LCDI y PLDI —relativo al otorgamiento de consentimiento por sustitución— sí que se alude de forma expresa a los casos de incapacidad legal. Por otro lado, en el supuesto regulado en el art. 3.3 —en el que podría incluirse al incapaz no declarado judicialmente si se entiende que no cabe en el art. 3.2—, el empleo del adverbio *también* hace surgir la duda de si el médico ha de informar al paciente y, además, a los familiares o personas vinculadas o si, dado el estado de *incompetencia natural y transitoria de entender* del paciente, sólo habrá de informar a sus familiares o personas vinculadas. Sea cual fuere la respuesta a este interrogante, de haber sido de aplicación esta normativa en el supuesto litigioso, podría quizás haberse defendido el derecho de los familiares de la paciente de ser informados, atendiendo a que ésta se encontraba desesperada, llegando incluso a manifestar que firma el consentimiento para la amputación de forma inconsciente y desesperada, dato que sería indicativo de su incompetencia natural y transitoria de entender.

2. El deber de información del médico y el consentimiento informado.

Una vez analizada la información en su vertiente de derecho del paciente, ha de insistirse en la idea de que aquélla ha recibido, también, la consideración de deber

del médico¹⁸. Desde esta segunda perspectiva se ha entendido que se trata de un requisito indispensable para que el enfermo pueda formar su voluntad sobre el acto médico que se le propone y sea capaz, en consecuencia, prestar el consentimiento al tratamiento prescrito¹⁹, manifestación que deberá formalizarse por escrito si lo que se propone es —como en el caso que nos ocupa— la realización de una intervención quirúrgica, de conformidad con lo previsto en el art. 10.6 LGS²⁰.

Puede afirmarse, pues, que atendido el derecho del paciente de recibir una información comprensible, completa y continuada acerca de su proceso, en la que debe incluirse la relativa a los tratamientos a aplicar, y, en su caso, las alternativas posibles²¹, el obligado a facilitar la información habrá dado cumplimiento a su deber y, por tanto, habrá puesto las bases necesarias para que el paciente preste —o no²²— su consentimiento a la actuación médica propuesta²³. No debe perderse de vista que el consentimiento informado es presupuesto de licitud de la intervención médica sobre el cuerpo humano²⁴, tratándose

se de una actividad que permite al paciente participar en la adopción de decisiones respecto al diagnóstico y tratamiento de su enfermedad²⁵. Es posible afirmar, además, que la necesidad de su emisión es una exigencia que se funda en el respeto a la libertad personal del paciente²⁶ y, sobre todo, en su derecho a la integridad física²⁷ y moral recogido en el art. 15 Constitución española, tal y como señaló el Tribunal Constitucional en su sentencia 120/1990, de 27 de junio.

El consentimiento debe ser prestado por el paciente —al que se refiere el art. 10.6 LGS como "usuario"—, si bien la LGS traslada esta facultad a los familiares o allegados del paciente en el caso de incapacidad de éste para tomar decisiones (art. 10.6.b LGS)²⁸. En supuestos muy similares al descrito, también la LCDI, la PLDI y la LGCI contemplan la posibilidad del otorgamiento del consentimiento por sustitución, atribuyendo esa facultad a distintas personas, en función del caso de que se trate²⁹.

La propia LGS contiene, además, dos excepciones a la exigencia de consentimiento del paciente:

- Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública (art. 10.6.a LGS), previsión que se reproduce en el art. 7.1.a LCDI y PLDI³⁰, y en el art. 11.a LGCI³¹.

- Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o peligro de falleci-

¹⁸ M. YZQUIERDO TOLSADA, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, reimpresión a cargo de la Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, p. 316, afirma que la obligación de información es una de las obligaciones integrativas instrumentales que pesan sobre el profesional liberal. Nótese, por otra parte, cómo R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Tratado de Responsabilidad civil*, ed. Civitas, 3ª ed., Madrid, 1993, p. 229, destaca que, en ocasiones, la condena del médico no se debe a su impericia o negligencia, sino a la falta de una debida información al paciente sobre las consecuencias posibles de un determinado acto médico.

¹⁹ J. FERNÁNDEZ COSTALES, 1995, pp. 93 y siguientes; F.J. VILLAR ROJAS, 1996, pp. 163 y siguientes; A. FRAGA MANDIÁN y M.M. LAMAS MEILÁN, 1999, pp. 79 y siguientes.

²⁰ Aunque el art. 10.6 LGS se refiere al "previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención", sin más precisiones, la doctrina ha entendido que la exigencia de consentimiento escrito debe entenderse referida a los casos de intervenciones quirúrgicas (J.C. GALÁN CORTÉS, 1997, p. 24), sin perjuicio de que también pueda prestarse el consentimiento de esta forma en otro tipo de actos médicos, tal y como sostiene F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 162. En esta última línea, el art. 3.1 LGCI exige el consentimiento escrito "para la realización de un procedimiento diagnóstico o terapéutico que afecte a su persona [el paciente] y que comporte riesgos importantes, notorios o considerables". Por su parte, el art. 6.2 LCDI y PLDI exige esta declaración escrita "en los casos de intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos invasivos y, en general, cuando se llevan a cabo procedimientos que suponen riesgos e inconvenientes notorios y previsibles susceptibles de repercutir en la salud del paciente".

²¹ J.C. GALÁN CORTÉS, 1997, p. 45, alude, incluso, a la información acerca de la posibilidad de llevar a cabo el tratamiento en otro centro sanitario más adecuado.

²² Téngase en cuenta que el art. 10.9 LGS permite al paciente a negarse al tratamiento.

²³ J.C. GALÁN CORTÉS, 1997, p. 45. A juicio de C.M. ROMEO CASABONA, 1985, p. 47, la información es un requisito previo para la validez del consentimiento; de acuerdo con F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 163, sin la información el consentimiento del paciente estará viciado; no será libre, ni consciente.

²⁴ F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 166. C.M. ROMEO CASABONA, 1985, pp. 16 y 17, ha entendido, al menos en relación con la actividad médico-quirúrgica no curativa, que es el consentimiento del intervenido

el que justifica las mutilaciones o lesiones inferidas por el facultativo en el cuerpo del paciente. Respecto de la actividad curativa, considera que la finalidad de la actuación del médico (curar), impide la existencia coetánea de una intención de lesionar al paciente.

²⁵ J.A. MARÍN GÁMEZ, 'A vueltas con la constitucionalidad del artículo 10.6 LGS: la relevancia jurídica del consentimiento informado', *RGD*, (*Revista General de Derecho*), 1995, pp. 8243 y 8244.

²⁶ C.M. ROMEO CASABONA, 1985, p. 47.

²⁷ Ya la sentencia TS (Sala 2ª), de 10 de marzo de 1959 (*Aranzadi* 831), establece que la intervención quirúrgica sólo estaría autorizada "en casos de gravedad extrema e intervención inaplazable, donde la demora ponga en riesgo seguro e inmediato la vida del presunto enfermo, porque de no ser así, las más elemental cautela impone la espera hasta efectuar las comprobaciones necesarias de que disponga la Ciencia médica, contar con la autorización expresa de la persona interesada mayor de edad y en la plenitud de juicio, como dueña de su integridad corporal...".

²⁸ Como indica J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, 2000, pp. 140 y 141, el consentimiento de los familiares no sirve para suplir el del paciente salvo cuando éste no se encuentre en condiciones de prestarlo, o concurren circunstancias extraordinarias que impidan la demora en la intervención, con cita de la sentencia del TS de 24 de mayo de 1995 (*Aranzadi* 4262).

²⁹ En concreto, en el art. 7.2 LCDI y PLDI y en el art. 6 LGCI.

³⁰ Que precisa que esa excepción se dará si, además del riesgo para la salud pública, "lo exigen razones sanitarias de acuerdo con lo que establece la legislación que sea de aplicación".

³¹ En este supuesto se exige que así se declare expresamente por acuerdo de las autoridades competentes.

miento (art. 10.6.c LGS y art. 11.c LGCI)³², posibilidad criticada en nuestra doctrina por su dudosa constitucionalidad, al suponer una limitación a la voluntad decisoria del paciente, proponiéndose una interpretación restrictiva de la misma³³, que ha sido acogida en la redacción del art. 7.1.b LCDI y PLDI³⁴.

El carácter marcadamente excepcional de los supuestos en los que se puede llevar a cabo la intervención médica sin necesidad del consentimiento del paciente explica que en tales casos sólo se permitan aquellas actuaciones indispensables desde el punto de vista clínico a favor de la salud de la persona afectada (art. 7.1-IV LCDI y PLDI).

La emisión del consentimiento por el paciente tiene como efecto principal, como se apuntó *supra*, el de convertir en lícita la intervención efectuada por el médico, afirmación que no significa, en ningún caso, que el paciente libere al médico de su responsabilidad y de sus deberes de cuidado en el ejercicio de su profesión: sólo expresa la voluntad del paciente de soportar los riesgos de la intervención o del tratamiento³⁵. Y es que, aunque pueda entenderse que la actuación médica no constituye por sí misma un ataque a la integridad física³⁶, son mu-

chos los supuestos en los que del tratamiento elegido por el facultativo puede seguirse la producción de daños más o menos previsibles, en cuyo caso el consentimiento informado del paciente actúa como factor de asunción de riesgos, con virtualidad exoneradora de la responsabilidad del médico, siempre que los daños deriven precisamente del riesgo asumido³⁷. Se explica, así, la afirmación —efectuada en relación con la asistencia sanitaria pública— de que el consentimiento ocasiona un traslado de la carga de soportar los daños que puedan producirse, bien porque el tratamiento sea infructuoso, bien porque siendo exitoso genere efectos secundarios —en el entendido de que la asistencia médica se ha prestado correctamente—, lo que debería significar la exoneración de responsabilidad de las administraciones sanitarias por actos médicos, al menos en relación con los riesgos conocidos y asumidos por el paciente³⁸, conclusión que, a la luz de las tesis sostenidas por la doctrina civilista³⁹, resulta perfectamente trasladable al ámbito de la sanidad privada, como además han admitido nuestros Tribunales en supuestos en los que no sólo falta el consentimiento del paciente; es que éste ni siquiera fue informado de los riesgos de la intervención⁴⁰.

III. EL DEBER DE SECRETO MÉDICO Y SU ALCANCE.

Teniendo en cuenta que en el caso analizado el principal argumento empleado para decidir acerca de la carga de la prueba en primera y segunda instancia es el de la negativa de la actora a dispensar a los médicos de su deber de secreto, se hace inevitable una breve referencia

³² Para F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 161, este supuesto también se incluiría en los de otorgamiento de consentimiento por sustitución —en este caso, por el médico responsable—, pero ha de indicarse que en el art. 10.6.c LGS no se contiene ninguna previsión al respecto, a diferencia de lo que sucede en la hipótesis regulada en el art. 10.6.b LGS.

³³ C.M. ROMEO CASABONA, 'Configuración sistemática de los derechos de los pacientes en el ámbito del derecho español', en *Jornadas sobre los derechos de los pacientes*, INSALUD, Madrid, 1992, pp. 192 y 193; F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 161, nota 300.

³⁴ En el precepto se dispone que "Son situaciones de excepción a la exigencia del consentimiento: b) Cuando en una situación de riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo no es posible conseguir la autorización de éste o de sus familiares o de las personas a él vinculadas". El art. 11.b y d LGCI contiene otras dos excepciones a la necesidad del consentimiento previo: el supuesto de incapacidad del paciente e inexistencia de familiares o allegados, o negativa injustificada de estos últimos, siempre que ello ocasionara un riesgo grave para la salud del paciente y se deje constancia escrita de tales circunstancias, por un lado; por otro, el caso de que el paciente manifestase expresamente su deseo de no ser informado, supuesto en el que la ley establece la necesidad de respetar su voluntad, "sin perjuicio de obtener el consentimiento previo para la intervención".

³⁵ F.J. VILLAR ROJAS, 1996, p. 166.

³⁶ Si se entendiera que sí lo es, podría afirmarse, siguiendo a L. Díez-PICAZO, *Derecho de daños*, Ed. Civitas, 1999, pp. 304 y 305, que el consentimiento de la víctima —en nuestro caso, el paciente— es causa de justificación y, en consecuencia, de exclusión de responsabilidad, al menos en los casos en los que la lesión y el consentimiento recaen en situaciones en las que el ordenamiento jurídico deja los bienes o derechos lesionados a la libre disponibilidad del titular, siempre que (1) el interesado preste el consentimiento con el conocimiento que resulte exigible de los riesgos que corre, y recibiendo, cuando sea necesario, la oportuna información, si la otra parte se encuentra en condiciones de dársela, y (2) el autor de la lesión actúe en interés del lesionado y de acuerdo con su voluntad presumible, y con las reglas de la diligencia exigible. Sobre la asunción de riesgos, consúltese BUSTO LAGO, *La*

antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual, ed. Tecnos, Madrid, 1998, pp. 330 y ss.

³⁷ M. YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, ed. Dykinson, Madrid, 2001, pp. 351 y 352.

³⁸ F.J. VILLAR ROJAS, 1996, pp. 136 y 169, aunque no es ésta la tendencia seguida por el Tribunal Supremo, como el mismo autor demuestra.

³⁹ L. Díez-PICAZO, 1999, pp. 304 y 305; M. YZQUIERDO TOLSADA, 2001, pp. 351 y 352.

⁴⁰ Especialmente significativa es la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992, en la que se afirma que la falta de información a la madre de la paciente acerca de los riesgos de la intervención y de las alternativas posibles llevan a sostener que los demandados (médicos y congregación religiosa propietaria del centro sanitario) "asumieron los riesgos por sí solos, en lugar de la paciente o de la persona llamada a prestar su consentimiento tras una información objetiva, veraz, completa y asequible". También se ha sostenido la responsabilidad del médico que incumpla el deber de informar, en las sentencias del TS de 25 de abril de 1994 (*Aranzadi* 3073); 18 de febrero de 1997 (*Aranzadi* 1240); 28 de noviembre de 1998 (*Aranzadi* 10164), así como en las sentencias de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona, de 30 de julio de 1990; AP de Badajoz, de 22 de abril de 1991; AP de Barcelona de 1 de diciembre de 1999 (*Aranzadi civil* 2363); AP de Córdoba de 25 de enero de 2000 (*Aranzadi civil* 94), entre otras.

a la configuración del mismo —con especial atención a la cuestión relativa a su contenido y alcance— en el ordenamiento español. Se admite unánimemente en nuestra doctrina que uno de los principales deberes del médico es el de guardar el secreto profesional⁴¹, obligación que encuentra su fundamento en el art. 18 de la Constitución Española⁴², y que aparece desarrollada por el art. 10, apartados 1 y 3 LGS, en los que se establecen los derechos del paciente al respeto a su dignidad e intimidad (10.1) y a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias (10.3)⁴³. Ha de añadirse que el art. 7.4 de la Ley Orgánica de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen, de 5 de mayo de 1982, otorga la consideración de intromisión ilegítima a "la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela", y que el art. 199.2 Código Penal castiga al "profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona". Es también necesario mencionar, por último, que el secreto profesional del médico se encuentra detalladamente regulado en los arts. 16 a 20 del Código de Deontología y Ética Médica de 31 de marzo de 1990.

De lo expuesto resulta evidente que el deber de secreto médico está contemplado de forma expresa en el Derecho español, sabido lo cual se hace preciso centrar la

atención en la cuestión relativa al contenido y el alcance de esta obligación que se hace recaer sobre el médico, haciendo constar que a pesar de que no se trata del único aspecto de interés, sí que es el más relevante para este trabajo⁴⁴. En este punto se ha de entender, con la generalidad de la doctrina, que el secreto se refiere no sólo a los datos comunicados por el paciente al facultativo; alcanza, también, a los descubiertos por el médico, a los relativos al tratamiento empleado y al diagnóstico final; en definitiva, abarca todos los hechos que llegan al conocimiento del médico en el ejercicio de su profesión⁴⁵, si bien se ha indicado que no deben entenderse comprendidos en él los hechos o circunstancias que no tienen la consideración de privados o íntimos y que, por tanto, no vulneran la intimidad del paciente⁴⁶. El problema radicaría, en el caso de admitirse la exclusión propuesta, en determinar cuáles son los datos que merecen el calificativo de privados o íntimos —protegibles, en consecuencia, por el deber de secreto— y cuáles los que no. En este punto, la sentencia del OGH de 23-11-1999 nos proporciona algunas pistas que, sin lugar a dudas, serían perfectamente válidas para el ordenamiento jurídico español: en ella se afirma que la constestación por el médico, citado como testigo, a la pregunta relativa a si el paciente fue informado y, en su caso, en qué medida fue informado de la intervención médica, de sus riesgos y de sus consecuencias, no tiene en principio como objeto ningún secreto del que el médico hubiera tenido conocimiento o que le fuera revelado durante el ejercicio de su profesión⁴⁷. Parece evidente, pues, que la respuesta a las preguntas cuya finalidad no sea el conocimiento de datos privados del paciente, sino que tengan por objeto la comprobación del cumplimiento o incumplimiento por parte de los facultativos de la obligación de informar que les incumbe no deben considerarse sometidas al deber de secreto médico, de manera que

⁴¹ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 'Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario', *La Ley*, 1987-1, pp. 1011 y siguientes; J. FERNÁNDEZ COSTALES, 1988, pp. 216 y siguientes; E. LLAMAS POMBO, 1988, pp. 272 y 273; C.M. ROMEO CASABONA y M. CASTELLANO ARROYO, 'La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica', *DS*, 1/1, 1993, p. 5; J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, 2000, p. 155. En palabras de M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, p. 320, la obligación de secreto forma parte de los deberes de corrección que pesan sobre el profesional liberal y tiene un carácter accesorio respecto de la prestación del servicio, debiendo entenderse la accesoriedad en el sentido de que con el deber de secreto se tutelan intereses diferentes de los que la obligación principal tiende a satisfacer; en el caso del médico, en concreto, considera que su secreto "protegerá intereses preferentemente morales y distintos del de la salud". Se tratará, de existir previo contrato de servicios médicos, de un daño de naturaleza inequívocamente contractual, aunque de carácter extrínseco: su contenido puede no haber sido expresamente pactado, pero sí formará parte de las obligaciones derivadas de la buena fe, los usos médicos, y la propia ley (art. 1258 CC., 7.4 L.O. de protección civil al honor, a la intimidad y a la propia imagen y art. 199 Cpenal).

⁴² En cuyo apartado 1 se dispone: "Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen". En el 4 se establece: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". A juicio de M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, p. 321, el fundamento del deber de secreto reside, concretamente, en la protección a la dignidad de la persona.

⁴³ También se encuentra regulado el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los datos relativos a la salud de toda persona en el art. 5 LCDI y PLDI.

⁴⁴ Conviene mencionar, siquiera brevemente, las que tienen que ver con algunos de los límites o excepciones del deber de secreto (enunciados por J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, 2000, pp. 159 y siguientes), que se presentan, básicamente, cuando el médico está obligado a revelar el secreto; este supuesto podría darse, por ejemplo, con ocasión de la utilización de la historia clínica por personas distintas de su autor, en especial, en causas penales, civiles, laborales o contencioso-administrativas, analizadas por R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1987, pp. 1011 y siguientes. También se han ocupado de esta cuestión, y de algunas conexas, entre otros, C.M. ROMEO CASABONA y M. CASTELLANO ARROYO, 1993, pp. 8 y siguientes, y J.L. LAFARGA i TRAYER, 1999, pp. 43 y siguientes.

⁴⁵ J. FERNÁNDEZ COSTALES, 1988, p. 217; J.M. FERNÁNDEZ HIERRO, 2000, p. 158.

⁴⁶ E. LLAMAS POMBO, 1988, p. 275. Esta opinión no carece de sentido si se considera que el fundamento del deber de secreto médico está en el respeto a la intimidad del paciente.

⁴⁷ Para el supuesto del médico perito, se ha entendido, con la doctrina mayoritaria, que el facultativo ha de pronunciarse sobre todos los extremos a los que se extienda el dictamen, pero fuera de tal límite se ha de guardar secreto (E. LLAMAS POMBO, 1988, pp. 279 y 280).

resulta correcta la decisión del Tribunal Supremo austriaco, que censura la valoración efectuada por los juzgados de primera y segunda instancia en relación con la negativa de la actora de dispensar a los médicos de su deber de secreto. Si éste no ampara los datos relativos a si hubo o no información por parte de los médicos, debió de haberse interrogado a los médicos, citados como testigos por la parte demandada, en lugar de valorar la actitud de la actora como lo hicieron los juzgados antes citados⁴⁸.

IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA CARGA DE LA PRUEBA: ESPECIAL REFERENCIA A LOS SUPUESTOS DE RESPONSABILIDAD POR ACTOS MÉDICOS.

Una vez desentrañadas las principales cuestiones de orden sustantivo que plantea el caso examinado, es imprescindible pasar al análisis de aquellas otras que se refieren a la prueba, materia que genera dificultades que han sido abordadas por la mayoría de los autores que se han ocupado de la responsabilidad civil médica⁴⁹ —lo que es indicativo de su relevancia—, a pesar de que en una aproximación inicial presenta indudables aspectos de carácter procesal. Este apartado se va a centrar en la cuestión relativa a la carga de la prueba, haciendo especial hincapié en los supuestos de responsabilidad médica⁵⁰; en conexión con esta cuestión, se analizará la valoración de la negativa de la actora de relevar a los médicos de su deber de secreto.

⁴⁸ Recuérdese: en su contra y entendiendo que su negativa tenía que valorarse como indicativa del temor de la demandante a que los médicos confirmaran que había sido correctamente informada y había dado su consentimiento.

⁴⁹ Una buena muestra la constituyen las obras de R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, *Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba*, ed. Civitas, Madrid, 1999, y DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, *El régimen de prueba en la responsabilidad civil médica. Hechos y Derecho*, ed. Aranzadi, Pamplona, 1996. Mas es posible citar muchos otros autores, como, por ejemplo, C.I. ASÚA GONZÁLEZ, 'Responsabilidad sanitaria', en *La responsabilidad de la Administración en la sanidad y en la enseñanza*, Xunta de Galicia-Ed. Montecorvo, Madrid, 2000, pp. 200 y siguientes; M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, pp. 400 y siguientes; E. LLAMAS POMBO, 1988, pp. 423 y siguientes.

⁵⁰ Sobre la vertiente procesal de la carga de la prueba pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos, posteriores a la promulgación de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil: J. MONTERO AROCA, 'Notiones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)', *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 35 y siguientes; T. LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, 'La carga de la prueba según el art. 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil', *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n° 487 (2001), pp. 1-6. Aunque anteriores, presentan aspectos de interés los siguientes: J.C. CABAÑAS GARCÍA, 'Tratamiento de la carga de la prueba en el proceso civil', *Actualidad civil*, 1996-2, pp. 349 y siguientes; C. ORDOÑO ARTÉS, *Aspectos generales sobre la prueba procesal (en el proceso civil)*, Ed. TAT, Granada, 1988.

En relación con la carga de la prueba⁵¹ ha de partirse del dato de que, en materia de responsabilidad civil en general, el Tribunal Supremo exigía inicialmente que el demandante perjudicado acreditara la existencia de culpa por parte del causante del daño⁵² para que pudiera ser estimada su pretensión. Sin embargo, desde finales de los años cincuenta el Supremo ha dado un giro en aquellos criterios, apareciendo una tendencia que DIEZ-PICAZO ha denominado "de facilitación de las indemnizaciones"⁵³, uno de cuyos elementos de apoyo está constituido por la inversión de la carga de la prueba, que supone que el demandado debe probar su propia diligencia⁵⁴; en esta misma línea —y se supone que con la misma finalidad—, se suaviza la rigurosa carga de una prueba completa de los hechos, suavización que debe favorecer a la parte perjudicada cuando es más débil⁵⁵. No obstante lo expuesto, ha de ponerse de relieve que esta tendencia del Tribunal Supremo experimenta una excepción en el caso de responsabilidad civil de los profesionales en general, y de los médicos, en concreto⁵⁶, que suele ser explicada por el objeto de su actividad: al contraer los médicos una obligación de medios, y no de resultado, no comprometen la curación del enfermo, de modo que el paciente tiene que demostrar la negligencia del facultativo para que éste responda del daño causado⁵⁷. Ha de hacerse notar, sin

⁵¹ Que puede ser entendida, siguiendo a T. LÓPEZ-FRAGOSO, 2001, p. 1, como las reglas que indican al tribunal, en el momento de dictar una sentencia, cuál de las dos partes del proceso ha de sufrir el perjuicio de ver estimada o desestimada la pretensión por no aparecer probado un hecho necesitado de prueba en el proceso.

⁵² R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1993, p. 127; M. YZQUIERDO TOLSADA, 2001, pp. 218 y 219.

⁵³ L. DÍEZ-PICAZO, 1999, pp. 118 y siguientes, sitúa el hito en la sentencia del TS de 30 de junio de 1959.

⁵⁴ J.C. CABAÑAS GARCÍA, 1996, p. 362; R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1993, p. 203, alude a la presunción de culpa del agente y consiguiente inversión de la carga de la prueba. Como explica T. LÓPEZ-FRAGOSO, 2001, p. 4, la expresión "inversión de la carga de la prueba" alude a una exoneración de la carga de la prueba para el demandante y consecuente gravamen para el demandado.

⁵⁵ L. DÍEZ-PICAZO, 1999, p. 123. Sobre este alivio en la carga probatoria se pronuncia, también, M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, p. 401, y 2001, p. 228.

⁵⁶ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1993, pp. 203 y siguientes; R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1999, pp. 15 y siguientes; M. YZQUIERDO TOLSADA, 2001, pp. 221 y 228. Sin embargo, J.C. CABAÑAS GARCÍA, 1996, pp. 365-367, describe la situación de manera distinta. A su juicio, y hasta hace pocos años, el criterio del TS era favorable a admitir la inversión de la carga de la prueba, atribuyendo al facultativo la carga de la prueba de haber obrado de acuerdo con la *lex artis*, citando las sentencias TS de 1 diciembre de 1987 (*Aranzadi* 9170), 17 de junio de 1989 (*Aranzadi* 4696) y 15 de febrero de 1993 (*Aranzadi* 771).

⁵⁷ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1993, p. 204; también, 1999, pp. 17 y ss., y 28-34; C.I. ASÚA GONZÁLEZ, 2000, pp. 200 y 206 y siguientes; M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, pp. 400 y 401, y, también, 2001, pp. 221 y 228. Añade R. BERCOVITZ, en la 'Portada' de *Aranzadi Civil*, 1996-III, pp. 9-11, en la que comenta la sentencia TS de 2 de diciembre de 1996, que esta corriente jurisprudencial ha dado lugar, incluso, a que la Sala primera TS haya llegado a rechazar en ocasiones la aplicación

embargo, que el criterio de no invertir la carga de la prueba no tiene tanta aceptación en el Tribunal Supremo cuando las reclamaciones se formulan contra la Administración sanitaria⁵⁸, hipótesis en las que se suele estimar la pretensión indemnizatoria de la parte demandante, en multitud de ocasiones sobre la base de la responsabilidad objetiva de la Administración demandada⁵⁹.

Expuesto el estado general de la cuestión en materia de carga probatoria, ha de indicarse que en los últimos años se detecta una corriente doctrinal favorable a aliviar la posición procesal de la parte demandante también en los supuestos de responsabilidad médica—tendencia que se ha visto acompañada, en ocasiones, de decisiones judiciales—, para lo cual se propone el recurso a distintos expedientes⁶⁰. De entre ellos, destaca el argumento de la mejor posición probatoria en que se encuentra el médico, que permite desplazar la carga de la prueba sobre la parte que tenga mayor facilidad probatoria⁶¹, aunque se trate de la demandada⁶², criterio que ha quedado consagrado, con carácter general, en el art. 217.6 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil⁶³. Este criterio de la facilidad probatoria, que permite atemperar el rigor de las reglas le-

de la regla contenida en el art. 28 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que establece la responsabilidad objetiva en materia de servicios sanitarios. Ha de indicarse, en cualquier caso, que si aplican esta norma, entre otras, las sentencias del TS de 11 de febrero de 1998 (*Aranzadi* 707), 10 de noviembre de 1999 (*Aranzadi* 8055), y 30 de diciembre de 1999 (*Aranzadi* 9752).

⁵⁸ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1999, pp. 19-20, 25-28, y 42-53. También lo deja entrever M. YZQUIERDO TOLSADA, 2001, p. 229.

⁵⁹ R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1999, pp. 25-28 y 42-53, nos proporciona numerosísimos ejemplos de decisiones judiciales en este sentido, si bien en las pp. 54 y 55 nos muestra cómo el TS, en ocasiones, ha rechazado la aplicación la inversión de la carga de la prueba, aun cuando la parte demandada era una Administración.

⁶⁰ Puede consultarse, entre otros, M. YZQUIERDO TOLSADA, 1998, pp. 400 y siguientes; R. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1999, pp. 69 y siguientes.

⁶¹ En la sentencia OGH de 23 de noviembre de 1999 se señala que uno de los motivos que puede justificar la inversión de la carga de la prueba es la cercanía o facilidad de la prueba. Sin embargo, y partiendo de la tesis de que es la clínica la gravada con la carga de la prueba (lo que supone, como se apuntó en nota 51, una previa inversión de la carga de la prueba), aduce que no existen razones que permitan hacer recaer sobre la actora la carga de la prueba.

⁶² Este fue uno de los razonamientos empleados en la sentencia TS de 2 de diciembre de 1996 (*Aranzadi* 8938). También se ha utilizado en las sentencias TS de 27 de junio de 1997 y 1 y 27 de julio de 1997, y en la de 29 de julio de 1998, entre otras. En cambio, en la sentencia TS de 12 de julio de 1994 (*Aranzadi* 6730), y aunque no se refiere a la prueba de la culpa, aunque analiza un caso de responsabilidad médica, se desestima la petición de indemnización por no haber probado el demandante (es decir, no hay inversión de la carga de la prueba) un hecho negativo: que no ha prestado su consentimiento para una operación y el posterior tratamiento.

⁶³ En este artículo se establece: "Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio".

gales, será de aplicación, casi siempre, en los casos de prueba de hechos negativos o prueba diabólica⁶⁴.

Sabido lo anterior, es preciso dedicar una reflexión a la valoración que se dio por los distintos tribunales a la negativa de la actora de dispensar a los médicos de su deber de secreto. Ya se ha apuntado que tanto en primera como en segunda instancia esta actitud produce consecuencias que se van a revelar negativas para la demandante, pues justifica que se produzca lo que estos tribunales denominan inversión de la carga de la prueba, haciendo recaer sobre la actora la carga de demostrar que no fue informada; en realidad, y al menos en una aproximación inicial, tal inversión no se produce, pues la regla general es la de que la demandante pruebe los hechos en que funda su pretensión (art. 217.2 LEC), de manera que en principio parece que la solución adoptada es la más conforme con las reglas generales en materia de prueba. Debe apuntarse, sin embargo, que según se desprende de la sentencia OGH de 23-11-99, en el Derecho austríaco se ha entendido que es el médico o el titular del hospital el que tiene que probar si de verdad se informó al paciente "en una inversión real de la carga objetiva de la prueba"; se trata, en el fondo, de que el médico o el titular de la clínica demuestren que existe un motivo que excluye la ilegalidad de la operación —que, según la resolución comentada, recibe la consideración de lesión corporal salvo que esté justificada a través del consentimiento previo del paciente, prestado una vez que ha recibido la información necesaria⁶⁵—. Pero llegan más allá, al extraer de la negativa de la actora la conclusión de que por esa vía trataba de impedir que su declaración fuera rebatida mediante otras pruebas, lo que conduce finalmente a la desestimación de su pretensión. Tales estimaciones obligan a poner en conexión el deber de secreto que recae sobre el médico con la finalidad que se trataba de alcanzar con la prueba propuesta, que no era otra que la de confirmar si los médicos habían informado a la paciente antes de la intervención quirúrgica, o no. Y como ya se adelantó, el deber de secreto abarca los hechos que llegan al conocimiento del médico en el ejercicio de su profesión, mas sólo a los de carácter privado o íntimo, de manera que los datos relativos a si la paciente fue o no informada no deben entenderse amparados por el deber de secreto, como correctamente indica el Tribunal Supremo austríaco. Es decir, que tanto si el médico continúa obligado a respetar la confidencialidad de los datos acerca de su paciente, como si es dispensado de ese

⁶⁴ T. LÓPEZ-FRAGOSO, 2001, p. 6.

⁶⁵ Acerca del consentimiento de la víctima como causa de justificación y, por tanto, de exclusión de responsabilidad por los daños, L. DÍEZ-PICAZO, 1999, pp. 304 y 305.

deber, el resultado final de la prueba debiera haber sido el mismo, puesto que podía —y debía— habersele interrogado acerca de la información que prestó a la paciente. Lo sorprendente del caso es que la negativa de la actora produce como consecuencia fundamental, en las dos primeras instancias encargadas de enjuiciar la petición de indemnización, la de que no se interroge a los médicos, ampliando de forma desmesurada, de esta manera, el alcance del deber de secreto (en perjuicio de su hipotética beneficiaria, por cierto). Además, ocasiona, otras dos graves consecuencias para la demandante, recién apuntadas: le traslada la carga de la prueba de que no se le informó, por un lado, y es entendida por los tribunales como un indicio de la voluntad de la actora de impedir que se refuten sus declaraciones, por otro. De haber actuado correctamente, los juzgados de primera y segunda instancia debieron haber interrogado a los médicos, y sólo entonces debieron haberse formado su opinión, como también indica el OGH. Es posible concluir, en suma, que los tribunales de primera y segunda instancia no valoraron de forma correcta la actitud de la paciente-demandante, impidiendo la práctica de una prueba que hubiera sido determinante para la correcta solución del caso enjuiciado, aplicando incorrectamente la regla de juicio que debe seguir el juez en la decisión judicial del conflicto, y que en el ordenamiento español se contiene en el art. 217.1 LEC⁶⁶.

Ha de apuntarse, por último, que contra la sentencia que a juicio de una de las partes hubiera infringido las reglas sobre carga de la prueba contenidas en el art. 217 LEC, es posible interponer, entre otros, un recurso extraordinario por infracción procesal, de acuerdo con el art. 469.1.2º LEC. En el caso de estimarse el recurso, el art. 476.2-IV LEC dispone la anulación de la resolución recurrida y la reposición de las actuaciones al estado y momento en que se hubiese incurrido en la infracción o vulneración, con el fin de que se resuelva el litigio según una correcta aplicación de la reglas sobre la carga de la prueba⁶⁷, lo que podría dar lugar a una solución semejante a la adoptada por el OGH, que obliga al Juzgado de primera instancia a interrogar a los médicos y a dictar una nueva decisión.

Es posible destacar, a modo de conclusión, que la tendencia detectada en las resoluciones españolas más recientes en materia de responsabilidad médica —y a pesar de que se ha afirmado que las sentencias dictadas por nuestro Tribunal Supremo en materia de responsabilidad civil no permiten afirmar la unidad de doctrina y que presentan muchas contradicciones entre sí⁶⁸—, que es favorable a suavizar la posición probatoria de los pacientes, ha recibido un importante apoyo con la consagración de la regla contenida en el art. 217.6 LEC, precepto regulador de la carga de la prueba. La importancia de la correcta aplicación de las normas sobre carga probatoria queda patente con la posibilidad de interponer, contra las sentencias que hubieran vulnerado dichas reglas, el recurso extraordinario por infracción procesal, que permite devolver las actuaciones al órgano *a quo*, con objeto de que vuelva a resolver, aplicando ahora de forma adecuada las disposiciones relativas a la carga de la prueba.

⁶⁶Este precepto establece: "Cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimaré las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones". Sobre la regla de juicio puede consultarse T. LÓPEZ-FRAGOSO, 2001, p. 2.

⁶⁷T. LÓPEZ-FRAGOSO, 2001, p. 6.

⁶⁸L. Díez-PICAZO, 1999, p. 19.

LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS SANITARIOS EN EUROPA. A PROPÓSITO DE LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE 12 DE JULIO DE 2001*

*Milagros Gómez Martín***

SUMARIO: 1. Los antecedentes que dan lugar a las sentencias. 2. Consideración de la asistencia sanitaria como servicio, a efectos de aplicación del Tratado CE. 2.1. Tanto la asistencia hospitalaria como la extrahospitalaria, tienen la consideración de servicio. 2.2. Tanto si el sistema está basado en el reintegro de gastos, como si proporciona prestaciones en especie a través de un sistema de concertación, tienen la consideración de servicio. 3. La obligación de solicitar autorización para que el tratamiento se lleve a cabo en otro Estado miembro, ¿una restricción a la libre prestación de servicios?. 3.1. El requisito de la autorización en el derecho interno. 3.1.1. La obligación de solicitar y obtener autorización supone un obstáculo a la libre prestación de servicios. 3.1.2. Razones imperiosas que pueden justificar tal restricción. 3.1.3. Principio de proporcionalidad. 3.2. El requisito de la autorización en el derecho comunitario: el art. 22.1.c) del Reglamento CEE nº 1408/71. 4. Derechos y deberes de cada una de las partes una vez concedida la autorización. 4.1. Del trabajador, beneficiario o usuario autorizado. 4.2. Del Estado en que se realiza la prestación. 4.3. Del Estado de afiliación o residencia. 5. Repercusión de la doctrina del Tribunal de Justicia en el Derecho sanitario español. 5.1. Las formas de gestión de los servicios hospitalarios. 5.2. Límites impuestos por el Derecho comunitario a la denegación de la autorización (art. 22.2 del Reglamento 1408/77). 5.2.1. Que la prestación esté incluida en el Sistema Nacional de Salud. Criterio para su determinación. 5.2.2. Que dicha asistencia no pueda ser dispensada en el plazo necesario. El problema de las listas de espera. 6. Conclusiones.

1.- LOS ANTECEDENTES QUE DAN LUGAR A LAS SENTENCIAS.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, dictó el 12 de julio de 2001 dos sentencias en las que aborda la libre prestación de servicios sanitarios dentro del ámbito de la UE, así como la asunción de los gastos ocasionados por dichas prestaciones.

La primera de ellas resolvía dos cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículos 59 y 60 (actualmente 49 y 50), del Tratado CE.¹ Dichas cuestiones, planteadas por un Tribunal de los Países Bajos y relativas al reintegro de gastos de hospitalización causados respectivamente en Alemania y Austria, se suscitaban en el marco de dos litigios: el asunto Smits y el asunto Peerbooms.

La Sra. Smits padecía la enfermedad de Parkinson y se desplazó a Alemania para recibir un tratamiento clínico “por categorías y multidisciplinario”, por entender que presentaba ventajas con el enfoque denominado “sintomático” utilizado en los Países Bajos, enfoque en el que se combaten las distintas manifestaciones de forma individual. Posteriormente solicitó el reintegro de los gastos causados con ocasión del mismo, que le fue denegado.

El Sr. Peerboons entró en coma a consecuencia de un accidente de tráfico. Tras estar hospitalizado en los Paí-

**La iniciativa de este trabajo corresponde al Profesor Francisco J. Villar Rojas, al que agradezco los comentarios y sugerencias con que ha contribuido al resultado definitivo del mismo.*

***Licenciada en Derecho. Alumna de 3º Ciclo. Departamento de Derecho Administrativo. Universidad de La Laguna.*

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001. Asunto C-157/99, recopilación de Jurisprudencia 2001.

ses Bajos, se le trasladó en estado vegetativo a la clínica universitaria de Innsbruck (Austria), donde se le sometió a una terapia intensiva mediante neuroestimulación. Esta técnica solo se aplica en los Países Bajos con carácter experimental a menores de 25 años, por lo que de haber permanecido allí, el Sr. Perboons no hubiese podido beneficiarse de esta terapia. Solicitado el reintegro de gastos, le fue denegado.

La segunda sentencia resuelve otra cuestión prejudicial planteada sobre la interpretación de los artículos 22 (apartados 1.c y 2) y 36 del Reglamento(CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de Seguridad Social a los trabajadores que se desplazan dentro de la Comunidad².

El litigio principal en el marco del cual se plantea dicha cuestión se basa en los siguientes hechos: la Sra. Descamps, nacional y residente en Bélgica, solicitó al órgano competente de este Estado autorización para someterse en Francia a una intervención quirúrgica de ortopedia, pues padecía gonartrosis bilateral. Se denegó la autorización por considerarse que no estaba bien motivada la solicitud, siendo recurrida dicha denegación por la demandante. La Sra. Descamps se sometió a la intervención en Francia y solicitó en Bélgica que se le reembolsase el coste de la asistencia. En el transcurso del litigio falleció, siguiendo adelante su esposo, el Sr. Vanbraekel y sus hijos. El Tribunal nacional reconoció que la denegación de la autorización carecía de fundamento, debiendo asumir la institución competente el pago de los gastos, en aplicación del derecho belga. No obstante, elevó al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, una cuestión prejudicial sobre:

a) si el reembolso de los gastos de hospitalización debe efectuarse según el régimen del Estado de la institución competente (Bélgica) o según el régimen establecido en el Estado en cuyo territorio tuvo lugar la hospitalización (Francia).

b) si está permitido a la luz del artículo 36 del Reglamento nº 1408/71, limitar el importe del reembolso con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado de la institución competente, pese a que en dicho artículo se haga referencia al reembolso íntegro.

² Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 2001, Asunto C-368/98 - Versión publicada en la página web del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

2. CONSIDERACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA COMO SERVICIO, A EFECTOS DE APLICACIÓN DEL TRATADO CE³.

2.1. Tanto la asistencia hospitalaria como la extrahospitalaria, tienen la consideración de servicio.

El apartado d) del art. 60 del Tratado CEE enumera entre los servicios a los que se aplica el principio de libre prestación, las actividades profesionales. Esta libertad tiene una doble vertiente: la de los profesionales de prestar servicios en cualquier Estado miembro, y la libertad de los usuarios de desplazarse a otros Estados en busca de dichos servicios⁴.

La regulación en su primera vertiente es compleja por tratarse de profesiones tituladas, lo que significa ya de por sí un obstáculo a la libertad de prestación del servicio⁵. Intentando paliar este problema se dictaron durante los años setenta y ochenta varias Directivas, en las que se contemplaban una serie de medidas dirigidas al reconocimiento de títulos, certificados y diplomas, con la finalidad de facilitar la aplicación del Tratado⁶.

En cuanto a los supuestos en que es el usuario quien se desplaza a fin de recibir el servicio, el Tribunal de Justicia se ha ocupado en varias ocasiones del tema. Así, por ejemplo, en el asunto Kohll⁷, referido a la aplicación de la libre prestación de servicios a un tratamiento dispensado por un ortodoncista en un centro extrahospitalario establecido en otro Estado miembro. El Tribunal consideró que se trataba de un servicio en el sentido del art. 60 del Tratado, pues se llevaba a cabo una actividad

³ El artículo 60 del Tratado CEE establece que “con arreglo al presente Tratado, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

Los servicios comprenderán, en particular:

(...)

d) actividades propias de las profesiones liberales

(...)”

⁴ Sentencia de 2 de febrero de 1989, Asunto C-186/87 (Cowan),

⁵ M. Colina Robledo, J.M. Ramírez Martínez, T. Sala Franco: *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p.168-169.

⁶ Directivas 78/686/CEE de 25 de julio de 1978, sobre reconocimiento recíproco de los diplomas, certificados y otros títulos de odontólogo; 78/687/CEE, de 25 de julio de 1978, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a las actividades de los odontólogos; 93/16/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre libre circulación de médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos.

⁷ Sentencia de 28 de abril de 1998, Asunto C-158/96 (Kohll).

profesional realizada contra retribución. Esta será, según la jurisprudencia analizada, la nota definitoria cuando nos encontremos ante un supuesto de los contemplados en el apartado d) del art. 60, la actividad profesional de un sanitario debe ser retribuida para que se considere “servicio” a efectos de aplicación del Tratado CE.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando no estamos ante una actividad profesional, sino ante un supuesto de asistencia hospitalaria?. Este planteamiento se lleva a cabo en los asuntos Smits y Perboons citados. A este respecto, el Abogado General pone de manifiesto en sus conclusiones que la sentencia sobre el asunto Kohll no deja claro si la jurisprudencia aplicada en ese supuesto es trasladable a la asistencia prestada en los hospitales. Tal duda es aclarada por el Tribunal en la sentencia citada, al asumir expresamente que: “*Procede recordar, a este respecto, que de una jurisprudencia reiterada resulta que las actividades médicas están comprendidas en el ámbito de aplicación del art. 60 del Tratado, sin que a este respecto se deba distinguir entre la asistencia dispensada en un marco hospitalario o fuera de él...*” (el subrayado es nuestro) .

Por tanto, podemos concluir, que nada se opone en principio a que las actividades hospitalarias tengan la consideración de “servicio” a efectos de aplicárseles el principio de libertad de prestación del art. 60 del Tratado CE. Pero antes de emitir un pronunciamiento definitivo, se debe constatar el cumplimiento del segundo requisito: la actividad hospitalaria debe ser retribuida.

2.2. Tanto si el sistema está basado en el reintegro de gastos, como si proporciona prestaciones en especie a través de un sistema de concertación, tienen la consideración de servicio.

Los sistemas de Seguridad Social en el marco de los cuales se desenvolvían las relaciones en los supuestos

estudiados por el Tribunal son el luxemburgués (asunto Kohll) y el neerlandés (asuntos Smits y Perboons).

El sistema luxemburgués paga por cuenta del paciente o le reembolsa en todo o en parte la asistencia recibida. El neerlandés, por el contrario, se basa en su mayor parte, en un sistema de concertación de las Cajas de Enfermedad con los prestadores de la asistencia sanitaria¹⁰. Los conciertos que se firmen deberán contener disposiciones relativas a la naturaleza y alcance de las obligaciones y derechos de las partes, la clase y asistencia que se ha de prestar, la calidad y eficacia de la asistencia prestada, el control del cumplimiento del concierto, incluido el de las prestaciones que se han de realizar o que se hayan realizado y la exactitud de las cantidades consignadas en razón de estas prestaciones, así como la obligación de comunicar los datos necesarios para dicho control. Estos conciertos no contemplan las tarifas, cuya determinación se rige exclusivamente, por la Ley de la financiación de la asistencia sanitaria, estando celebrados acuerdos en materia de costes entre las Cajas y los prestadores de servicios. Existe libertad para concertar, con la única restricción de que deberá hacerse con los establecimientos situados en la región en que operan, o con aquellos a los que normalmente se dirige la población de dicha región. En todo caso, los establecimientos tendrán que estar debidamente autorizados para prestar la asistencia de que se trate¹¹.

Los conciertos que firman las Cajas de enfermedad con los profesionales y con las entidades sanitarias, regulan los costes y la calidad de la asistencia, fijando un marco presupuestario regulado por Ley, que limita la capacidad y la financiación¹².

Los asegurados podrán dirigirse a centros o establecimientos no concertados, tanto de los Países Bajos como extranjeros, si son previamente autorizados para ello por la correspondiente Caja de Enfermedad.

⁸ Punto 27 de las conclusiones emitidas por el Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz Jarabo Colomer, en el asunto C-157/99, presentadas el 18 de mayo de 2000. También el Abogado General que emitió las conclusiones del asunto C-368/98 (Vanbraekel y otros, herederos de la Sra. Descamp), se pronunció en el mismo sentido: “En efecto, aún cuando en dichas sentencias se consagra el principio según el cual las medidas nacionales relativas a las prestaciones de servicios y la importación y la exportación de productos relacionados con el sector médico no escapan como tales al principio general de la libre circulación, el Tribunal no extendió dicha interpretación a los servicios y a los productos que constituyen parte integrante del sistema sanitario nacional, servicios y productos que, en el presente caso, pueden ser los relacionados con la organización y el funcionamiento de los establecimientos hospitalarios” (apartado 17 de dichas conclusiones, presentadas el 18 de mayo de 2000).

⁹ Apartado 53 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99.

¹⁰ En los Países Bajos el Régimen del seguro de enfermedad se basa en tres leyes: La Ley sobre cajas de enfermedad (ZFW), de 15-10-94; la Ley General sobre gastos especiales de enfermedad (AWBZ), de 14-12-1967; y en la Ley sobre la afiliación al seguro de enfermedad (WTZ). Las dos primeras establecen un sistema de prestación en especie, basado en la concertación de las cajas de enfermedad con los prestadores de servicios, siendo la asistencia gratuita para el asegurado y sin que exista el derecho al reintegro de gastos. La WTZ, por el contrario, establece un sistema de reintegro a los asegurados. Los supuestos que analiza el tribunal, se encuentran comprendidos dentro del ámbito de la ZFW: son las cajas de enfermedad las que deben prestar la asistencia, y lo hacen recurriendo a la concertación.

¹¹ Ver apartados 13 a 18 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99.

¹² Apartado 31 de las conclusiones del Abogado General, Sr. Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer en el asunto C-157/99, y presentadas el 18 de mayo de 2000.

Las diferencias fundamentales entre el asunto Kohll y los asuntos Smits y Peerboons, vienen dadas por el carácter hospitalario o extrahospitalario de la prestación, lo cual hemos analizado más atrás, y por el régimen de organización del seguro en cuanto a la provisión de las prestaciones. Veíamos que nada se opone a considerar servicio, en marco del art. 60 del Tratado CE, a la asistencia sanitaria de cualquier tipo, siempre y cuando se dé el requisito añadido de la retribución. Pues bien, el Abogado General, se plantea en el informe citado, si la diferencia fundamental que establece la organización de los servicios, es decir, el hecho de que el asegurado neerlandés tenga derecho a obtener gratuitamente la asistencia debiendo para ello dirigirse a un centro concertado, priva a la prestación de su carácter de “retribuida”, y por ende, a la asistencia sanitaria prestada en tales condiciones, de su consideración como “servicio”¹³.

Razona el abogado General, apoyando su razonamiento en la Jurisprudencia del Tribunal, que “...las entidades gestoras del seguro de enfermedad y los organismos que participan en la gestión del servicio público de seguridad social desempeñan una función de carácter exclusivamente social, puesto que tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa, y sus prestaciones están determinadas por la ley y son independientes de la cuantía de las cotizaciones.”, y considera por ello que las prestaciones en especie de asistencia sanitaria carecen del elemento de la retribución, por lo que no pueden considerarse servicios en el sentido del art. 60 del Tratado CE¹⁴.

Por el contrario, el Tribunal entiende que “...la circunstancia de que el tratamiento médico hospitalario sea financiado directamente por las Cajas del Seguro de enfermedad basándose en conciertos y tarifas preestablecido, en ningún caso puede excluir a dicho tratamiento del ámbito de los servicios a efectos del artículo 60 del Tratado”¹⁵. Recuerda, acertadamente, que el artículo 60 del Tratado CE no exige que el servicio sea pagado por sus beneficiarios, y que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que esta constituye la contrapartida económica de la prestación controvertida. Continúa diciendo que: “En los presentes asuntos los pagos efectuados por las cajas de enfermedad en el marco del sistema de concertación organizado por la ZFW, aún siendo a tanto alzado, constituyen la contrapartida económica de las prestaciones hospitala-

rias y presentan indudablemente un carácter remuneratorio para el establecimiento hospitalario que se beneficia de ello y que efectúa una actividad de tipo económico.”¹⁶

Concluye, por tanto, apartándose así de las conclusiones del Abogado del Estado, que las prestaciones controvertidas en los litigios Smits y Peerboons están comprendidas en el ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios a efectos de los artículo 59 y 60 del Tratado¹⁷.

3.- LA OBLIGACIÓN DE SOLICITAR AUTORIZACIÓN PARA QUE EL TRATAMIENTO SE LLEVE A CABO EN OTRO ESTADO MIEMBRO, ¿UNA RESTRICCIÓN A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS?

3.1.- El requisito de la autorización en el derecho interno.

3.1.1. La obligación de solicitar y obtener autorización supone un obstáculo a la libre prestación de servicios.

La normativa neerlandesa establece, como veíamos, un sistema basado en las prestaciones en especie. Sin embargo, prevé también la posibilidad de que la Caja de Enfermedad autorice a los asegurados para que se dirijan a otra persona o institución de los Países Bajos, e incluso fuera de los Países Bajos en aquellos casos que tratándose de una prestación del seguro, se compruebe que además es necesario para el tratamiento médico del asegurado. Es decir, la asistencia dispensada en los hospitales concertados, y situados por tanto en los Países Bajos, corre a cargo de las Cajas de Enfermedad sin que se supedita a autorización, mientras que la dispensada en otros Estados Miembros, exige una autorización previa que será denegada si no se cumplen los dos requisitos citados anteriormente¹⁸.

Para el Tribunal, esta exigencia disuade, e incluso impide a los beneficiarios de la Seguridad Social, de dirigirse a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados Miembros, constituyendo, por tanto, un

¹³ Apartado 42 de las conclusiones citadas

¹⁴ Apartados 48 y 49 de las conclusiones citadas.

¹⁵ Apartado 56 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

¹⁶ Apartado 58 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

¹⁷ Apartado 59 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

¹⁸ Apartados 67 y 68 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

obstáculo a la libre prestación de servicios¹⁹. El siguiente paso consiste, pues, en ver si hay alguna justificación objetiva para esta restricción.

3.1.2. Razones imperiosas que pueden justificar tal restricción.

Las normativas nacionales que no pueden aplicarse indistintamente a las prestaciones de servicios, cualquiera que sea su origen, son discriminatorias, y por ende, solo compatibles con el Derecho Comunitario, si pueden acogerse a alguna de las excepciones que el mismo establece. En este caso, dichas excepciones serían las contempladas en el artículo 56 del Tratado. Es decir, esa normativa que establece obstáculos debe estar fundada en razones imperiosas, que pueden ser de orden público, seguridad o salud pública. Además deben ser necesarias para alcanzar el objetivo propuesto y no deben ir más allá de lo necesario para ello.

*“A este respecto, - dice el Tribunal- se han de identificar, en principio, las razones imperiosas que se puedan apreciar para justificar los obstáculos a la libre prestación de servicios médicos efectuada en un marco hospitalario; luego se ha de comprobar si el principio del a autorización previa puede justificarse a la vista de dichas razones imperiosas, y finalmente, se debe examinar si los requisitos para la concesión de la autorización antes mencionada, merecen a su vez tal justificación.”*²⁰

Las razones imperiosas que pueden justificar los obstáculos a la libre prestación de servicios, son esencialmente tres: a) mantener el equilibrio financiero del régimen del seguro obligatorio de enfermedad, b) garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos los afiliados por igual y c) asegurar la capacidad de asistencia²¹ y competencia médica en todo el territorio nacional. El Tribunal reitera así lo que ya había venido manteniendo en otras sentencias anteriores.

En cuanto a si dichas razones justifican el requisito de la autorización previa, entiende el Tribunal, que la asistencia hospitalaria debe poder planificarse, con el objeto de *“... garantizar en el territorio del Estado Miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospita-*

¹⁹ Apartado 69. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal en el asunto Kohll, citado anteriormente.

²⁰ Apartado 71 de la sentencia de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

²¹ Apartado 69 de las conclusiones del Abogado General en el asunto C-157/99, citadas.

*larías de calidad”*²² (la negrita es nuestra), y de lograr un control de gastos que evite el derroche de medios financieros, técnicos y humanos, y que tanto la planificación como el control del gasto no serían posible si los asegurado pudiese acudir libremente y ante cualquier situación a centros hospitalarios no concertados. Por tanto, el sometimiento a una autorización está también justificado, en el caso neerlandés (asunto Smits y Peerboons).

Sin embargo, en el asunto Kohll²³, el Tribunal llegó a la conclusión contraria por entender: a) que sobre el organismo luxemburgués recaen las mismas cargas financieras, tanto si el asegurado acude a un profesional de otro Estado miembro con arreglo a las tarifas del Estado de afiliación, como si lo hace a un prestador de servicios nacional, no teniendo una incidencia significativa sobre la financiación del sistema de seguridad social; b) que no puede estar justificada por razones de salud pública, con el fin de proteger la calidad de las prestaciones médicas dispensadas en otros Estados miembros, puesto que los requisitos de acceso a dichas actividades han sido objeto de varias directivas de coordinación; y c) que tampoco quedó probado que se pusiese en peligro el mantenimiento de un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos.

En resumen, el requisito de autorización previa establecido por el derecho interno luxemburgués, es contrario al Derecho comunitario sobre libre prestación de servicios, y sin embargo, el mismo requisito en el caso del derecho interno neerlandés, está justificado.

3.1.3. Principio de proporcionalidad.

Cuando la obligación de autorización está justificada, debe constatarse si los requisitos establecidos para concederla cumplen con el principio de proporcionalidad, es decir, si los objetivos anteriormente citados no pueden garantizarse con normas menos coercitivas.

A juicio del Tribunal, para que el sistema de autorización administrativa previa esté justificado, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, a fin de que las autoridades nacionales no puedan hacer de ella un uso arbitrario. Además debe darse un sistema procedimental que garantice la tramita-

²² Apartado 78 de la sentencia de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

²³ Recordemos que el sistema luxemburgués paga por cuenta del paciente o le reembolsa en todo o en parte la asistencia recibida, y además, en ese caso se trataba de asistencia extrahospitalaria.

ción diligente, objetiva e imparcial de las solicitudes, y en caso de desestimación, la posibilidad de recurrir judicialmente.

Veámos como la normativa neerlandesa establecía dos requisitos para que las Cajas de enfermedad concediesen la autorización: que la asistencia solicitada estuviese incluida en las prestaciones del seguro y que fuese necesaria. La jurisprudencia del Tribunal viene entendiendo que corresponde a la legislación de cada Estado miembro organizar el sistema de seguridad social nacional, determinando los requisitos que dan derecho a las prestaciones, y el contenido de las mismas, lo que es aplicable también a los tratamientos médicos y hospitalarios, no pudiendo el Derecho comunitario, en principio, obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas, y siendo indiferente a este respecto, que el tratamiento en cuestión²⁴ esté cubierto o no por los sistemas de otros Estados .

Pues bien, en cuanto al contenido de las prestaciones, en el sistema neerlandés, no existe una lista preestablecida, sino que se parte de un concepto jurídico indeterminado: están incluidos los tratamientos médicos siempre que se correspondan con *“lo habitual en el medio profesional”*, siendo las Cajas del Seguro y los Tribunales, quienes decidan en cada caso si el tratamiento en cuestión responde o no a ese requisito.

Para que la decisión efectuada por la institución competente, en este caso las Cajas, sea compatible con el Derecho comunitario, debe delimitarse lo que es habitual en el medio profesional y, por tanto, si se trata de una prestación que deba ser financiada por el seguro, *“...tomando en consideración todos los elementos disponibles, entre ellos, en particular, la literatura y los estudios científicos existentes, las opiniones autorizadas de los especialistas y la circunstancia de que el tratamiento considerado esté o no cubierto por el sistema de seguro de enfermedad del Estado miembro en el que se dispensa”*²⁵. Esta última circunstancia debe ser interpretada en el sentido de que la inclusión en ese o en otro sistema público constituye ya una garantía sobre su eficacia, pues recordemos que el propio Tribunal se ha manifestado reiteradamente sobre la libertad del Derecho interno de los Estados miembros para determinar las prestaciones incluidas en su sistema de protección social. Queda claro también, que en cuanto a la opinión de la comunidad científica tenida en cuenta, no puede limitarse a la del propio país, pues esto favorecería a los prestadores de

servicios nacionales, siendo por tanto, discriminatorio, sino que ha de ser referida en todo caso a un nivel internacional.

Una vez determinado que se trata de una prestación incluida en el sistema de protección social, el siguiente paso es comprobar que, efectivamente, dicha asistencia es necesaria, y ello, a juicio del Tribunal, debe entenderse en el sentido de que solo pueda denegarse la autorización cuando *“...un tratamiento idéntico o que presente el mismo grado de eficacia para el paciente pueda conseguirse en tiempo oportuno en un establecimiento que haya celebrado un concierto con la Caja de enfermedad de la que depende el asegurado”*²⁶.

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta:

1) que a la hora de valorar si se puede proporcionar en tiempo oportuno un tratamiento en un centro concertado con la Caja de enfermedad, las autoridades nacionales tienen la obligación de tener en cuenta todas las circunstancias que caracterizan cada caso, valorando, no solo la situación del paciente en el momento de efectuar la solicitud, sino también sus antecedentes.

2) que cuando la asistencia no pueda ser prestada en un establecimiento concertado con la Caja de enfermedad, no cabe admitir que se dé prioridad a los establecimientos hospitalarios nacionales no concertados, en perjuicio de los situados en otros Estados miembros.

Al hilo de esta última consideración se suscitan una serie de cuestiones, como por ejemplo, qué ocurrirá si el paciente solicita autorización para ir a otro Estado miembro, pero se acredita que en el Estado de origen se efectúa el mismo tratamiento en un centro privado con un coste sensiblemente inferior. ¿Estaría justificada la denegación de la autorización y la remisión del paciente a un establecimiento nacional? ¿está obligada la institución competente a autorizar el tratamiento del paciente al centro o país que este solicite, o por el contrario el procedimiento de autorización puede convertirse en un procedimiento encaminado a elegir prestador? Son cuestiones a las que la jurisprudencia que comentamos no da respuesta.

3.2. El requisito de la autorización en el derecho comunitario: el art. 22.1.c) del Reglamento CEE nº 1408/71.

El artículo 22.1.c) establece el requisito de la autorización previa al desplazamiento a otro Estado miembro para recibir la asistencia apropiada a su estado. Dicha

²⁴ Apartado 87 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

²⁵ Apartado 98 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citada.

²⁶ Véase el fallo de la sentencia citada.

autorización no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del estado miembro en cuyo territorio reside el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside (art.22.2)²⁷.

En una primera aproximación, podría parecer que solo debe concederse dicha autorización en estos supuestos, que más o menos vienen a coincidir con los que el derecho neerlandés establecía. Pues bien, esta es una de las cuestiones que se plantean en la segunda sentencia de 12 de julio de 2001, a que hacíamos referencia: el asunto Vanbraekel y otros.

En el asunto Vanbraekel, el derecho interno prevé que se debe conceder la autorización en el caso de que para la curación del beneficiario sea necesaria una hospitalización que pueda realizarse en mejores condiciones médicas en el extranjero y que previamente haya sido considerada indispensable por el asesor médico. Sin embargo, el Gobierno Belga alegó que desde la entrada en vigor del Reglamento 1408/71, la autorización se concede con base en la norma comunitaria y no en el derecho interno. El Tribunal belga, por su parte, resolvió que la autorización debería haber sido concedida, con base en el derecho interno, reconociendo el derecho al reintegro de los litigantes.

²⁷ El art. 22 del Reglamento nº 1408/71 dispone:

"1. El trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia que satisfaga las condiciones exigidas por la legislación del Estado competente para tener derecho a las prestaciones, teniendo en cuenta, en su caso, las disposiciones del art. 18 y:

a) (...)

b) (...)

c) que sea autorizado por la institución competente a desplazarse al territorio de otro Estado miembro para recibir en l mismo la asistencia apropiada a su estado, tendrá derecho:

i) a las prestaciones en especie servidas , por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o residencia, según las disposiciones que ésta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente

ii) (...)

2. (...) La autorización requerida en virtud de la letra c) del apartado 1 no podrá ser denegada cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del estado miembro en cuyo territorio reside el interesado y cuando, habida cuenta de su estado de salud actual y la evolución probable de la enfermedad, esta asistencia no pueda serle dispensada en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside."

Pues bien, el Tribunal entiende que el apartado 2 del artículo 22 del Reglamento tiene por único objeto identificar las circunstancias en las que queda excluida la posibilidad de que la institución nacional competente deniegue la autorización solicitada, sin pretender, en modo alguno limitar los supuestos en que debe concederse²⁸. Debe, por tanto, aplicarse el derecho interno cuando sea más favorable al asegurado, por contemplar supuestos más amplios en los que procede conceder la autorización.

A la vista de lo expuesto cabe concluir que no existe límite para conceder las autorizaciones, con las posibles implicaciones que esto puede suponer para aquellos países obligados por tales autorizaciones a prestar la asistencia.

4.- DERECHOS Y DEBERES DE CADA UNA DE LAS PARTES UNA VEZ CONCEDIDA LA AUTORIZACIÓN.

4.1. Del trabajador, beneficiario o usuario autorizado.

El apartado i) del art. 22.1 contempla el derecho que deriva de la concesión de esa autorización. Dice que se tendrá derecho: *"a las prestaciones en especie, servidas por cuenta de la institución competente, por la institución del lugar de estancia o de residencia, según las disposiciones de la legislación que esta aplique, como si estuviera afiliado a la misma, regulándose la duración del servicio de las prestaciones por la legislación del Estado competente."*

En otras palabras, el beneficiario tendrá derecho a las prestaciones en especie, en las condiciones en que estas se presten a los beneficiarios del Estado miembro en que se reciba la asistencia, ajustándose a su propia legislación para ello. A modo de ejemplo, y basándonos en la información que figura en la guía editada por el Ministerio de Seguridad Social²⁹, si se autorizase a un ciudadano español a recibir un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro comunitario, resultaría que en Alemania deberíamos abonar una determinada cantidad diaria durante los primeros 14 días de hospitalización; en Austria, durante los primeros 28 días; en Bélgica, Luxemburgo y Finlandia, un porcentaje de participación durante toda la estancia; en Francia, la cuota diaria de

²⁸ Apartado 31 de la sentencia citada en el asunto Vanbraekel y otros (C-368/98)

²⁹ Asistencia sanitaria en sus viajes por Europa, editada por Secretaría General del Ministerio de Seguridad Social, 1995, 23 páginas. En dicha guía se recoge información para obtener asistencia sanitaria de carácter urgente durante estancias temporales en países europeos.

hospitalización, o en caso de acudir a un centro concertado, un porcentaje de la misma; solo en Irlanda, Islandia, Noruega, Países Bajos y Portugal, se facilitaría la asistencia gratuitamente. En cuanto a Dinamarca, Suecia, Grecia y Liechtenstein, la guía no proporciona esta información³⁰. Por el contrario, si un asegurado alemán, austriaco, belga, luxemburgués o finlandés, consiguiesen una autorización para recibir un tratamiento hospitalario en España, por ejemplo, un trasplante, se encontraría con la grata sorpresa, en contra de lo acostumbrado para él, de una asistencia totalmente gratuita.

Solo en cuanto a la duración de las prestaciones, sería aplicable la legislación del Estado que concede la autorización.

*“De este modo, - dice el Tribunal - dicha disposición contribuye a facilitar la libre circulación de los beneficiarios de la seguridad social, por cuanto les garantiza, en la medida en que estén sujetos a la legislación de un Estado miembro y cuenten con una autorización, el acceso a la asistencia en los demás Estados miembros en condiciones tan favorables como aquellas de que disfrutaban los beneficiarios a quienes se aplica la legislación de estos últimos.”*³¹

Ahora bien, ¿qué sucederá si, como en asunto Vanbraekel, se ha denegado la autorización, y dicha denegación es posteriormente declarada improcedente? En este caso, el usuario tiene derecho a que el Estado de afiliación o residencia, aquel que debió conceder la autorización, le reintegre los gastos.

4.2. Del Estado en que se realiza la prestación.

El Reglamento 1408/71 establece obligaciones y derechos también para el Estado miembro de acogida, o tal vez deberíamos decir, para la institución competente en dicho Estado para prestar la asistencia requerida.

La obligación consiste en prestar dicha asistencia al ciudadano comunitario que se desplaza, en las mismas condiciones que a sus propios beneficiarios. Llama la atención, sin embargo, que dicho Estado no sea parte ni se le tenga en cuenta en el procedimiento que le generará tal obligación. Al Estado de afiliación se le permite denegar la solicitud si concurren determinados supuestos. La

razón es que la asistencia hospitalaria debe poder planificarse, con el objeto de “... *garantizar en el territorio del Estado Miembro de que se trate un acceso suficiente y permanente a una gama equilibrada de prestaciones hospitalarias de calidad*”³² (la negrita es nuestra); motivos que pueden justificar los obstáculos a la libre prestación de servicios, entre los que se encuentran, garantizar un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos los afiliados por igual y asegurar la capacidad de asistencia y competencia médica en todo el territorio nacional. Sin embargo, el Estado que quedará obligado por dicha autorización a efectuar una prestación ¿no tiene, como mínimo, derecho a ser oído? En fin, se nos ocurre que tal vez esas razones imperiosas a las que hacía referencia el Tribunal, el Estado que, en virtud de la autorización concedida, deberá prestar el servicio, podría verse obligado a alegarlas en algún caso.

En cuanto a los derechos, resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 36 de la sección 7 del título III, capítulo 1 del Reglamento 1408/71, titulada “Reembolso entre instituciones”³³. Es decir, la institución que presta la asistencia sanitaria, tiene derecho a que el Estado de afiliación (el que autorizó el tratamiento) le reembolse el coste íntegro del mismo, salvo que entre ambos Estados medie acuerdo por el que se renuncie al reembolso. Dicho reembolso podrá efectuarse recurriendo a cualquiera de las siguientes modalidades: mediante la justificación de los gastos realizados, o sobre la base de un tanto alzado. Pero recordemos, que dicho precepto se aplicará solamente si el beneficiario contaba con la autorización previa de la institución competente del Estado de afiliación. En caso contrario, será el propio usuario del servicio quien deberá hacer frente a los gastos ocasionados, sin perjuicio de su derecho a solicitar, si procede, el reintegro de los mismos.

³² Apartado 78 de dicha sentencia.

³³ Art. 36: “1. Las prestaciones en especie abonadas por la institución de un Estado miembro con cargo a una institución de otro Estado miembro, en virtud de lo preceptuado en el presente capítulo, darán lugar al reembolso de su coste íntegro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 32.

2. Los reembolsos previstos en el apartado 1 serán determinados y efectuados según las modalidades establecidas por el reglamento de aplicación a que se refiere el artículo 98, bien mediante la justificación de los gastos realizados, o bien sobre la base de un tanto alzado. En este último supuesto, dicho tanto alzado deberá asegurar un reembolso lo más cercano posible al importe de los gastos reales.

3. Dos o varios Estados miembros, o las autoridades competentes de los mismos, podrán convenir otras formas de reembolso o renunciar a todo reembolso, entre las instituciones que de ellos dependen.”

³⁰ Si bien la guía hace referencia a ingresos de carácter urgente durante estancias temporales, que es el supuesto del apartado a) del art. 22.1, hemos de suponer, (al menos para disponer de un ejemplo gráfico), que no existiría ninguna diferencia cuando se tratase de ingresos autorizados.

³¹ Apartado 32 de la sentencia dictada en el asunto Vanbraekel y otros, citada.

4.3. Del Estado de afiliación o residencia.

La obligación principal de la institución competente del Estado de afiliación o residencia es reembolsar a la institución prestadora del servicio de los gastos que se le hayan ocasionado, con motivo de la realización del objeto de la autorización concedida. El art. 36 contempla la posibilidad de que dicho reembolso se efectúe a tanto alzado, mediante la justificación de gastos, e incluso, que varios Estados acuerden que entre ellos no procede dicho reintegro.

Ahora bien, la situación varía, y el Reglamento no prevé nada al respecto, cuando se declara improcedente una denegación de autorización, y debe efectuarse el reintegro de gastos al usuario que ya hizo el desembolso. El art. 36 del Reglamento hace referencia al “reembolso entre instituciones”; nada dice, sin embargo, sobre el reintegro de gastos a los particulares.

Las cuestiones que se pueden plantear son las siguientes:

a) El nivel de cobertura es más ventajoso cuando recibe la prestación en otro Estado miembro, que cuando la recibe en el Estado miembro de afiliación:

En la cuestión prejudicial planteada en el asunto Vanbraeckel y otros, se efectúa la siguiente pregunta: “¿Está permitido, a la luz del artículo 36 del Reglamento n. 1408/71, limitar el importe del reembolso con arreglo a lo dispuesto en la legislación del Estado de la institución competente, pese a que en dicho artículo se hace referencia al reembolso íntegro?”

Para el Abogado General, el reembolso debe ser equivalente al que la persona tendría derecho a recibir en el caso de una prestación idéntica efectuada en el territorio nacional. Es decir, deberá tomarse como base del cálculo para el reembolso, el importe total (íntegro) de los gastos efectuados en el extranjero, sin embargo, el porcentaje, el coeficiente aplicable al reembolso, será el previsto en la legislación del Estado de afiliación³⁴. Entendemos que en la práctica esto debería traducirse en que cuando un ciudadano Austriaco, Luxemburgués, o de alguno de los países en los que, como veíamos, se pagaba durante el periodo de hospitalización un porcentaje, acude sin autorización, y por tanto, abona el coste de la asistencia sanitaria prestada en un país en los que la hospitalización es gratuita, el cálculo del reintegro a que tiene derecho, deberá efectuarse descontando del total

³⁴ Apartado 27, conclusión 1, de las conclusiones presentadas el 18 de mayo de 2000, por el Abogado General Sr. Antonio Saggio, en el asunto C-368/98 (Vanbraeckel y otros).

abonado, el porcentaje que este hubiera debido abonar, de haber recibido el tratamiento en su país. Es decir, la respuesta a la cuestión prejudicial planteada, vendría a ser, que sí puede limitarse, pero no por aplicación del art. 36, que se refiere solo al reintegro entre instituciones, sino para garantizar la igualdad de trato entre quienes reciben las prestaciones médicas en el territorio nacional y quienes las reciben en el extranjero³⁵.

El Tribunal, por su parte, responde a la pregunta planteada en los siguientes términos: “El artículo 36 del Reglamento n. 1408/71, en su versión modificada y actualizada por el Reglamento n. 2001/83, no puede interpretarse en el sentido de que se deriva de dicha disposición que un beneficiario de la seguridad social, cuya solicitud de autorización presentada conforme al artículo 22, apartado 1, letra c) del mencionado Reglamento, haya sido denegada por la institución competente, tiene derecho al reembolso íntegro de los gastos médicos en que haya incurrido en el Estado miembro en que se le haya prestado la asistencia, si se demuestra que la denegación de su solicitud de autorización carecía de fundamento.” Entendemos que esto significa, sencillamente, lo que ya el Abogado general manifestó: que el art. 36 no es aplicable al reintegro de los gastos abonados por el particular, sino al reembolso entre instituciones.

Sin embargo, interpretando el artículo 22, con relación a la primera pregunta planteada³⁶, el Tribunal manifiesta que “Cuando la institución competente deniegue una solicitud de autorización presentada por un beneficiario de la seguridad social conforme al artículo 22, apartado 1, letra c) del mencionado Reglamento y tal denegación se declare posteriormente infundada, el interesado puede obtener directamente de la institución competente el reembolso de un importe equivalente a aquel que habría asumido la institución del lugar de estancia conforme a las normas previstas por la legislación que esta aplique, si se hubiera concedido debidamente la autorización desde el principio.”³⁷ (el subrayado es nuestro). En conclusión, el beneficiario tiene derecho al reembolso íntegro de las prestaciones en especie,

³⁵ Apartado 25 de las conclusiones citadas (asunto C-386/98).

³⁶ Recordemos que cuando expusimos los supuestos, en el epígrafe 1, veíamos que en la cuestión prejudicial se le planteaban al Tribunal dos preguntas. La primera, como acabamos de ver, relativa a la interpretación del artículo 36 del reglamento n. 1408/71 y la segunda en los siguientes términos: ¿el reembolso de los gastos de hospitalización debe efectuarse según el régimen del Estado de la institución competente o según el régimen establecido por el Estado en cuyo territorio tuvo lugar la hospitalización?

³⁷ Apartado 1) del fallo del Tribunal en el asunto Vanbraeckel y otros, citada.

puesto que éstas son las únicas que está obligado a prestarle la institución del lugar de estancia conforme a su legislación. Con base en el párrafo transcrito, parece que podemos afirmar que dicho importe no puede ser limitado, pero no por aplicación del art. 36, sino del 22.1.c) del Reglamento.

Esta solución nos parece más acertada que la que proponía el Abogado General en sus conclusiones, puesto que de lo que se trata es de no discriminar al beneficiario al que en un primer momento se le denegó la autorización, y al que, de seguir la tesis de este, en algunos supuestos solo se le reintegraría un porcentaje, frente a aquel beneficiario al que de entrada se le concede. En este caso, la institución competente, reembolsa íntegramente los gastos al Estado que presta la asistencia. Entre otras razones, porque este ahorro para el Estado de afiliación, podría inducir a la denegación infundada de las autorizaciones.

b) El nivel de cobertura es mayor cuando recibe la prestación en el Estado miembro de afiliación, que cuando la recibe en otro Estado miembro.

En este caso, la sentencia es tan clara, que no deja el más mínimo resquicio a la interpretación: se debe abonar al beneficiario un reembolso complementario.

Y debe ser así, no por la interpretación que se haga del artículo 22 del Reglamento, el cual no tiene por efecto impedir ni exigir a dicho Estado el pago de un reembolso complementario correspondiente a la diferencia del nivel de cobertura existente entre la prestación proporcionada en el Estado de acogida y la que hubiese recibido en el Estado de afiliación. El abono complementario procede por aplicación del art. 59 del Tratado CE: el principio de libre prestación de servicios.

Entiende el Tribunal, que el hecho de que el nivel de cobertura que obtiene un beneficiario de la seguridad social, sea menos ventajoso cuando se somete a un tratamiento hospitalario en otro Estado miembro, que cuando recibe ese mismo tratamiento en el Estado miembro de afiliación, puede disuadir a dicho beneficiario de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en dichos Estados miembros, e incluso, impedirselo, por lo que constituye, tanto para el beneficiario como para los prestadores, un obstáculo a la libre prestación de servicios³⁸.

A continuación, el Tribunal analiza si dicho obstáculo está justificado, llegando a la conclusión de que el

pago del abono complementario no compromete "...el mantenimiento, en el Estado miembro de afiliación, de un servicio médico y hospitalario equilibrado y accesible a todos, así como, de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional."³⁹ Efectivamente, el Estado miembro de afiliación no sale perjudicado con el abono complementario, pues se ajusta a la tarifa que hubiese debido de abonar si la prestación se hubiese realizado por la institución competente, no concurriendo las razones imperiosas que podrían justificar esta restricción.

Sin duda, esta medida, que se adopta para evitar que se disuada a los beneficiarios de dirigirse a los prestadores de servicios médicos establecidos en otros Estados miembros (la diferencia del nivel de las prestaciones), puede influir sobre la actitud del Estado miembro competente para conceder la autorización, al eliminar el incentivo⁴⁰ que supone conseguir la prestación a más bajo precio.

5.- REPERCUSIÓN DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN EL DERECHO SANITARIO ESPAÑOL.

5.1. Las formas de gestión de los servicios hospitalarios.

Veíamos como el Tribunal manifestaba sin lugar a dudas en el asunto Smits y Peerbooms, y en contra de lo afirmado por el Abogado General en sus conclusiones, que la asistencia médica hospitalaria prestada mediante un sistema de concertación, tenía la consideración de servicio a efectos de aplicación de los principios de libre prestación establecidos en el Tratado CE, y que ello era así porque se prestaban a cambio de una remuneración, sin que pudiera exigirse para ello que dicha remuneración estuviese a cargo del usuario. Los establecimientos donde se realizaba el servicio tenían ánimo de lucro.

³⁹ Apartado 51 de la sentencia citada (Vanbraekel y otros).

⁴⁰ No podemos perder de vista, que la autorización es reglada en cuanto a que no puede denegarse si se dan esos dos requisitos, pero nada impide a la institución competente, concederla en cualquier otro que no se den. En el caso de España, por muy cuestionable que pueda parecernos, la Circular del INSALUD nº 8/1989, sobre aplicación de los Reglamentos Comunitarios 1408/71 y 574/72, da las instrucciones precisas para la concesión de la autorización que nos ocupa, y pone de manifiesto que el criterio de concesión ha de ser siempre médico, teniendo en cuenta que la concesión es graciable para aquellas prestaciones que la Seguridad Social española no tiene establecidas.

³⁸ Apartado 45 de la sentencia dictada en el asunto Vanbraekel y otros.

Pero, ¿qué ocurre cuando la asistencia se presta directamente por la institución competente?⁴¹ Es, sin ir más lejos, la regla general en España: la gestión directa.

Recordemos que, cuando analizábamos en el epígrafe primero si la asistencia hospitalaria debería ser considerada un servicio en los términos del art. 60 del Tratado CE, el Abogado General que emitió las conclusiones en los asuntos Smits y Peerbooms, llegaba a la conclusión de que cuando se trataba de una prestación en especie, prestada por un sistema de concertación como el neerlandés, no podía tener tal consideración. Y mantenía dicha tesis, apoyándose en anterior jurisprudencia del Tribunal, que refiriéndose al sistema educativo afirmaba que la característica de la retribución no se daba en el supuesto de cursos impartidos en el marco del sistema de educación nacional ya que al establecer y mantener tal sistema, la finalidad del Estado, financiándolo a través de presupuestos públicos, es cumplir su misión con la población en los ámbitos, social, cultural y educativo,⁴² pero en modo alguno hay ánimo de lucro. En el caso de cursos impartidos en un instituto de enseñanza superior cuya financiación se efectuaba en su mayor parte con fondos públicos, el Tribunal mantuvo la misma posición, afirmando, sin embargo, que cuando los cursos se imparten en centros que se sufragan principalmente con fondos privados, persiguiendo obtener un beneficio mercantil,⁴³ se convierte en servicios a efectos del art. 60 del Tratado.

El Tribunal se separó de las conclusiones del Abogado General, porque en aquel supuesto, a pesar de financiarse con dinero público, el servicio se prestaba por una persona privada con ánimo de lucro.

⁴¹ En dichas conclusiones, el Sr. Dámaso Ruiz Jarabo, Abogado General en el asunto C/157/99, resume las posiciones de los Estados, respecto a si la asistencia sanitaria prestada en el marco de un régimen de seguridad público es un servicio, en dos grupos: por un lado, Bélgica, Francia y Austria, entienden que lo es; Alemania, Irlanda, Países Bajos, Reino Unido, Dinamarca, Suecia y Finlandia e Islandia, entienden que no lo es. La opinión de España no aparece. Ver apartado 32 de las conclusiones.

⁴² Asunto Humbol, C-263/86; sentencia de 27 de septiembre de 1988, apartados 15-19.

⁴³ Asunto Wirth, C-109/92; sentencia de 7 de diciembre de 1997, apartados 16 y 17. En la sentencia Poucet y Pistre, 1973, RJ 1993, apartados 18 y 19, el Tribunal manifiesta "que los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa. De lo anterior se deduce que dicha actividad no es una actividad económica y que, por tanto, las entidades encargadas de la misma no constituyen empresas en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado". La Comisión se pronuncia en el mismo sentido en la Comunicación sobre los servicios de interés general en Europa (2001/C 17/04), apartado 29.

Como es sabido, en el Sistema sanitario español coexiste la gestión directa con la indirecta⁴⁴, de modo que la doctrina anotada es plenamente aplicable al sistema español

5.2. Límites impuestos por el Derecho comunitario a la denegación de la autorización (art. 22.2 del Reglamento 1408/77)

5.2.1. Que la prestación esté incluida en el Sistema Nacional de Salud. Criterio para su determinación⁴⁵

Recordemos que sea cual sea el sistema sanitario implantado, por imperativo del artículo 22.1.c) del Reglamento 1408/71, para que nazca el derecho a la asistencia en el Estado miembro de acogida es preceptiva la autorización del Estado competente. Además, el apartado 2º del mismo artículo establece los límites para denegarla, disponiendo que no podrá serlo cuando la asistencia de que se trate figure entre las prestaciones previstas por la legislación del Estado miembro en cuyo territorio resida el interesado.

La ordenación de las prestaciones sanitarias incluidas en el Sistema Nacional de Salud, se llevó a cabo mediante el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, que dispone, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

⁴⁴ En la Ley General de Sanidad se opta, con carácter general como modo de gestión del servicio público sanitario, por la gestión directa, quedando la actuación de la iniciativa privada relegada a un segundo término, con un carácter meramente complementario y subsidiario y limitada a la prestación de asistencia sanitaria hospitalaria. En este sentido, la Ley prevé la creación de una red integrada de hospitales del sector público, en la que podrán integrarse aquellos de titularidad privada que lo deseen. El instrumento por medio del cual se llevará a cabo esa integración es el convenio singular (art. 66 y ss.). Contempla, además, otra posibilidad de colaboración de los particulares en la gestión del servicio a través del concierto (art. 90). Los controles y la financiación en uno y otro caso difieren, pues mientras en los centros vinculados a la red, es por todo el centro, en los conciertos, se limitan a cada paciente atendido por cuenta del sistema público de hospitales. Sobre concertación sanitaria en España, puede verse: Pemán Gavín, J.: Derecho a la salud y administración sanitaria, Real Colegio de España, Bolonia, 1989, p. 211-214; Villar Rojas, F.J.: La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: fundamento y límites, editorial Praxis, Barcelona, 1996, p. 103 y ss.; Menéndez Rexach, A.: "Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios: especial referencia al concierto sanitario", en III Congreso Derecho y Salud, Gobierno de Navarra, Pamplona, 1995, p. 75 y ss.; Gómez Martín, M.: "El Contrato Programa del Hospital Universitario de Canarias. Aproximación al régimen jurídico de los conciertos sanitarios", en Revista Derecho y Salud, V.5, nº 1, 1997, p. 85-96.

⁴⁵ Con carácter general sobre prestaciones sanitarias en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, puede verse: Villar Palasí, J.L.: "Prestaciones sanitarias: Catálogos. Problema de su configuración normativa", en III Congreso Derecho y Salud, Pamplona, 1994, págs. 125-184 y Beltrán Aguirre, J.L.: "Prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud: aspectos jurídicos", en Revista Derecho y Salud, V. 2 nº 2, 1994, p. 91-97. Alonso Olea, M.: Las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, Cívitas, 1994.

1) la utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, respetando los principios de igualdad y uso adecuado y responsable (art. 5.1).

2) las prestaciones sanitarias financiadas con cargo a la seguridad social o fondos estatales adscritos a la sanidad, serán facilitadas directamente, es decir, en especie, siendo enumeradas en el anexo I del Real Decreto (art. 2.1), y serán realizadas por los profesionales y servicios sanitarios de atención primaria y especialidades (art. 2.2).

3) en todo caso se considerarán excluidas cuando no exista suficiente evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica, o no esté suficientemente probada su contribución eficaz a la prevención, tratamiento o curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autovalimiento y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento (art. 2.3).

4) dichas prestaciones solamente serán exigibles respecto del personal, instalaciones y servicios propios o concertados, del Sistema Nacional de Salud, salvo lo establecido en los convenios internacionales (art. 5.2).

5) Solo en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma (art. 5.3).

Algún autor hace referencia al ámbito objetivo en que la asistencia sanitaria considerada "prestación" incluida en el Sistema Nacional de Salud debe desarrollarse: el "cómo", "cuando" y "donde" debe ser prestada.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Real Decreto 63/1995, venía afirmando que "... la asistencia sanitaria que cabe exigir a la Seguridad Social es aquella que no desmerezca de la mejor que pueda obtenerse dentro de nuestras fronteras, considerada la sanidad privada" (el subrayado es nuestro).

⁴⁶ El Real Decreto se hace eco de la regla general que establecida tanto en la Ley General de Sanidad (art. 17), como en la Ley General de seguridad Social (Texto Refundido de 1974, art. 102.4). Sobre el reintegro de gastos, ampliamente, Alarcón Caracul, Manuel R.: "La cartera de prestaciones. Reintegro de gastos", en: Los derechos de los usuarios de los servicios sanitarios, Libro de ponencias del IV Congreso Derecho y Salud, editado por el Servicio central de publicaciones del Gobierno Vasco, Bilbao, 1996, p. 115-146.

⁴⁷ J.M. Amezcua Zunzarren: "La asistencia sanitaria atípica: última jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el reintegro de gastos médicos", La Ley, 1995-4, 1077.

⁴⁸ Sentencia del TS, Sala de lo Social, de 14 de diciembre de 1988, RJ 1988\9617.

Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Valencia, en una sentencia dictada el 20 de julio de 1999, aplica la jurisprudencia comunitaria, en concreto la sentencia dictada en el asunto Pierick⁴⁹, y en la que el Tribunal de Justicia de la CEE "confiere una interpretación amplia al art. 22 del Reglamento 1408/1971, considerando aplicable incluso cuando se facilita el tratamiento si es más eficaz el de otro país miembro"⁵⁰.

Del análisis del Real Decreto 63/1995, podemos afirmar que la asistencia sanitaria que cabe exigir es aquella que, encontrándose incluida en el Anexo I de dicha norma, su calidad no desmerezca de la mejor que pueda prestarse con los medios propios o concertados del Sistema Nacional de Salud, excluyendo aquella que pueda tener carácter experimental (ahora bien, para pronunciarse sobre el carácter no experimental, es decir, probado y validado, de los tratamientos, las autoridades sanitarias han de tener en cuenta "...la ciencia médica internacional")⁵¹. En este sentido, el Real Decreto 63/1995 recortó el alcance de la posición jurisprudencial. A partir de su entrada en vigor ya no sirve la sanidad privada no concertada como parámetro de comparación.

Entendemos que el derecho español pone un techo a las prestaciones incluidas en el Sistema Nacional de Salud y que este límite es perfectamente válido a la luz del derecho comunitario. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo viene entendiendo que corresponde a la legislación de cada Estado miembro organizar el sistema de seguridad social nacional, determinando los requisitos que dan derecho a las prestaciones, y el contenido de las mismas, lo que es aplicable también a los tratamientos médicos y hospitalarios, no pudiendo el Derecho comunitario, en principio, obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas, y siendo indiferente a este respecto, que el tratamiento en cuestión esté cubierto o no por los sistemas de otros Estados⁵². No cabe exigir, por tanto, el tratamiento más eficaz a nivel comunitario, en contra de lo afirmado por el Tribunal en el asunto Pierik⁵³, pero tampoco el nivel de

⁴⁹ Asunto C-117/1977

⁵⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de 20 de julio de 1999, Sala de lo Social, AS 1999\4702.

⁵¹ En aplicación del criterio manifestado por el Tribunal de Justicia en la sentencia del asunto C-157/99 (Smits y Peerboons). Apartado 99 y fallo de la sentencia.

⁵² Apartado 87.

⁵³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de marzo de 1978. Asunto C-117/77 (Pierik); el Tribunal entendió que debe concederse la autorización en aquellos supuestos en que el tratamiento prestado en otro Estado miembro, sea mas efectivo que el que se presta en el Estado de afiliación o residencia.

la asistencia privada no concertada nacional. El límite viene impuesto en el art. 5.2 del Real Decreto 63/1995: la asistencia a que se tiene derecho es aquella que se pueda prestar con los medios propios o concertados. Y que la línea que hasta ese momento mantuvo la jurisprudencia española, iría en contra del Derecho Comunitario, sobre libre prestación de servicios. Hay algo que deja claro la jurisprudencia del Tribunal de justicia: que establecer diferencias que puedan favorecer a los centros privados no concertados de ese Estado miembro, es discriminatorio. Lo entiende así cuando puntualiza que el parámetro de comparación para saber si un tratamiento es experimental, no puede ser la doctrina científica de ese país, sino la comunidad internacional, y de igual modo cuando afirma que debe concederse la autorización si consta que la asistencia no puede ser prestada por un establecimiento concertado, aunque pueda ser prestada en un establecimiento privado de ese mismo país. Es decir, el nivel exigible a las prestaciones, o es el mejor que pueda darse en los países comunitarios, o es el mejor que pueda proporcionarse en el sistema sanitario público. En nuestro caso, este último es el que contempla el Real Decreto 63/1995.

5.2.2. Que dicha asistencia no pueda ser dispensada en el plazo necesario. El problema de las listas de espera.

El segundo de los requisitos que, a tenor de lo dispuesto en el apartado 2 del art. 22 justificaría la denegación de la autorización prevista en el apartado 1.c), es que dicha asistencia pueda serle dispensada al interesado en el plazo normalmente necesario para obtener el tratamiento de que se trata en el Estado miembro en que reside, habida cuenta de su estado de salud actual y de la evolución probable de la enfermedad. Por el contrario, dejaría de estar justificada la denegación, si la asistencia no puede ser prestada en el plazo necesario, pero ¿cuál es éste?. Lo adecuado sería establecer un plazo en el que la Administración se compromete a prestar la asistencia, confiriéndose al usuario un derecho que pueda ser resarcido en caso de incumplimiento⁵⁴.

En esta línea, determinadas Comunidades Autónomas han generado normas estableciendo tiempos máxi-

mos de espera⁵⁵. Pues bien, entendemos que en aquellos supuestos no urgentes, en que la norma establezca un tiempo máximo para dispensar la asistencia, transcurrido este sin que la prestación se haya hecho efectiva en centro de la red pública o concertado, si el interesado presenta solicitud en los términos del art. 22 del reglamento 1408/71, ésta deberá ser concedida, sin que pueda darse prioridad a centros españoles no concertados en perjuicio de los de otros países comunitarios. El Tribunal es rotundo al afirmar que *“cuando conste que la asistencia cubierta por el seguro de enfermedad nacional no puede ser dispensada por un establecimiento concertado, no cabe admitir que se de prioridad a los establecimientos hospitalarios nacionales con los que la caja de enfermedad del asegurado no ha celebrado ningún concierto, en perjuicio de los establecimientos hospitalarios situados en otros Estados miembros.”*⁵⁶ (el subrayado es nuestro), pues entiende que desde el momento en que un tratamiento se dispense fuera del marco de planificación del sistema (que en el caso de España vendría dado por los centros de la red pública y los concertados), dicha prioridad excedería de lo necesario para garantizar el mantenimiento en el territorio nacional de una oferta suficiente, equilibrada y permanente de asistencia hospitalaria de calidad,⁵⁷ así como garantizar la estabilidad financiera del sistema⁵⁸.

En cualquier caso, puede haber supuestos en que, aún no habiendo transcurrido el plazo establecido por la norma, proceda conceder la autorización, pues las autoridades nacionales tienen la obligación de tomar en consideración todas las circunstancias que caracterizan cada caso concreto, teniendo en cuenta no solo la situación médica del paciente, si no también sus antecedentes⁵⁸. Y lo mismo será aplicable cuando no se han establecido tiempos máximos de espera.

Observemos que, si bien en una primera aproximación, el Real Decreto 63/1995, prohíbe reintegrar los gastos ocasionados con motivo de la utilización de recursos privados no concertados, salvo en supuestos de urgencia vital, el anterior Reglamento de asistencia sanita-

⁵⁴ No podemos dejar de hacer referencia al Acuerdo Parlamentario para la consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud, de 18 de diciembre de 1997, en el que la Subcomisión recomienda indicar para aquellos procedimientos que se consideren prioritarios, unos tiempos máximos, superados los cuales, el paciente tendrá derecho a ser inmediatamente asistido en el centro que se determine. Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretaría General Técnica, Centro de publicaciones, Madrid, 1998, págs. 21 y 22.

⁵⁵ La Comunidad Valenciana estableció en 1996, la posibilidad de que los usuarios que lleven tres meses en lista de espera, soliciten autorización del Servicio Valenciano de Salud para ser intervenidos en centros privados. (Decreto nº 97/1996, de 21 de mayo, desarrollado por Orden de 4 de junio de 1996). Posteriormente, Navarra también estableció un plazo máximo de 180 días. (Orden foral de 29 de septiembre de 1998), Ley Foral 12/1999, de 6 de abril.

⁵⁶ Apartado 107 de la sentencia dictada en el asunto C-157/99, citado.

⁵⁷ Apartado 107 en relación con el 105, de dicha sentencia.

⁵⁸ Apartado 104 de dicha sentencia.

ria, el Decreto 2766/1967, de 16 de noviembre, por él derogado, contemplaba un supuesto de denegación injustificada de asistencia (art. 18.3), en el que podría perfectamente encajar la imposibilidad de prestar la asistencia en el plazo que deba ser prestada, valorando las circunstancias de cada paciente. Ante el silencio que al respecto guarda el Real Decreto 63/1995, ¿debe entenderse que tal posibilidad ya no está prevista en el derecho español?

No es nuestra intención profundizar aquí en la posibilidad de autorizar la utilización de dichos servicios, ni en el carácter de dicha autorización, sino únicamente mostrar nuestro acuerdo con que, en cualquier caso, nada ha cambiado en cuanto a la posibilidad de que el interesado recupere el importe de los gastos ocasionados con motivo de dicha asistencia, con la única diferencia de que en la actualidad ha de reconducirse a la figura de la responsabilidad patrimonial.⁵⁹ Entendemos, pues, que si la falta de prestación en plazo de la asistencia, da lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración, tendente, como mínimo a compensar el desembolso efectuado, con mayor motivo, y a fin de evitar el daño, la Administración debe proporcionar al usuario la atención sanitaria requerida, y si no puede hacerlo con los medios propios o concertados, deberá instrumentar otras posibilidades, con independencia de que la prestación se efectúe dentro de España o fuera de ella.

En lo que aquí interesa, podemos concluir, que tratándose de una prestación incluida en el Sistema Nacional de Salud, nuestra legislación no es más favorable para el interesado que el artículo 22 del Reglamento 1408/71, pues no se hace ninguna referencia específica a que la asistencia se pueda proveer fuera de España. En este sentido, la Circular del INSALUD nº 8/1989, sobre aplicación de los Reglamentos Comunitarios 1408/71 y 574/72, da las instrucciones precisas para la concesión de la autorización que nos ocupa, limitándose a poner de manifiesto que el criterio de concesión ha de ser siempre médico, teniendo en cuenta que la concesión es graciable para aquellas prestaciones que la Seguridad Social española no tiene establecidas,⁶⁰ y que no podrá ser denegada cuando concurren los supuestos del art. 22.2 del Reglamento 1408/71. Ha de estarse, por tanto, a lo expuesto anteriormente.

⁵⁹ Ampliamente sobre el tema: J.M. Amezcua Zunzarren: "La asistencia sanitaria atípica: última jurisprudencia del Tribunal Supremo...", *ob. cit.*

⁶⁰ Muy cuestionable esta forma de actuar, bastante frecuente por cierto, de la Administración sanitaria, que entendemos puede ser atentatoria contra principios como el de equidad e igualdad de acceso a los servicios sanitarios, y de la que no conocemos su fundamentación jurídica.

6. CONCLUSIONES.

a) El derecho español (R.D. 63/1995) pone un techo a las prestaciones incluidas en el Sistema Nacional de Salud: el nivel de eficacia exigible será el equiparable al mejor que se preste en los centros públicos o concertados del sistema sanitario español. Y este límite es perfectamente válido a la luz del derecho comunitario, puesto que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo viene entendiendo que corresponde a la legislación de cada Estado miembro organizar el sistema de seguridad social nacional, determinando los requisitos que dan derecho a las prestaciones, y el contenido de las mismas, lo que es aplicable también a los tratamientos médicos y hospitalarios. No puede el Derecho comunitario obligar a un Estado miembro a ampliar la lista de prestaciones médicas, siendo indiferente a este respecto, que el tratamiento en cuestión esté cubierto o no por los sistemas de otros Estados. Este límite, en el caso de España, viene impuesto por el art. 5.2 de aquella norma, sin que quepa exigir, por tanto, el tratamiento más eficaz a nivel comunitario.

b) Una vez se ha determinado que la asistencia requerida es una prestación prevista por la legislación española, solo podrá denegarse la autorización, si dicha asistencia puede prestarse en el plazo necesario con los medios propios o concertados. Es irrelevante a estos efectos que pueda prestarse en plazo recurriendo a centros privados no concertados, pues se estaría dando prioridad a los establecimientos españoles frente los de otros Estados miembros, lo que atentaría contra el principio comunitario de libre prestación de servicios.

Entendemos que si el usuario puede elegir el establecimiento sanitario al que quiere acudir en otro Estado miembro, con mayor razón podrá elegir también, de entre los privados no concertados ubicados en España.

Esto suscita cuestiones que la jurisprudencia estudiada no resuelve: ¿estaría justificada la libre elección del usuario aunque ello supusiera un elevado incremento en los costes de la prestación? No puede olvidarse la vinculación de la Administración a los principios de eficacia y economía, en que se basa la obligación de la Administración de seleccionar a sus contratistas ajustándose para ello a los principios de publicidad y concurrencia, límites que se estarían vulnerando si en el sistema actual se permitiese la libre elección.

c) La Administración sanitaria debe establecer los criterios objetivos para la concesión de dichas autoriza-

ciones, con el fin de evitar actuaciones arbitrarias⁶¹. A juicio del Tribunal, para que el sistema de autorización administrativa previa esté justificado, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, para evitar precisamente eso.

Dichos criterios deben establecerse no solo cuando se trata de autorizar la prestación en un establecimiento de alguno de los Estados miembros, sino incluso, de centros privados no concertados en España o de prestadores establecidos en cualquier otro país no comunitario.

d) En cuanto a los gastos que debe cubrir la autorización concedida, o el reintegro en caso de denegación improcedente, el usuario no debe soportar costes adicionales sobre lo que le supondría la prestación de la asistencia en España. En este sentido, junto a los gastos que ocasione la asistencia sanitaria, el organismo autorizante debe hacerse cargo de todos los necesarios para que el usuario reciba la prestación cuyo derecho le ha sido reconocido. Si la Administración no dicta normas regulando la asunción de dichos gastos, estará obligada a hacerse cargo de todos aquellos que el usuario justifique como necesarios, sin que puedan ser limitados alegando la aplicación de circulares o instrucciones no publicadas.⁶²

e) En otro orden de ideas, la realidad de la libre prestación de servicios en este ámbito, quizá obligue a las autoridades comunitarias a cuestionarse si no sería más práctico una armonización en las prestaciones sanitarias, lo que les permitiría asumir, por la vía de la seguridad social, competencias en una materia en la que hoy por hoy no las tienen: la asistencia sanitaria.

⁶¹ Si bien es de todos conocidos, sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Social, de 21 de enero de 1998, AS 1998\5382. En ella se declaran como hechos probados que con fecha 27 de julio de 1995 se desestimó la solicitud de autorización presentada por el demandante para que se le realizase determinado tratamiento en un centro privado no concertado de S. Sebastián, por considerarse que eran necesarios más estudios que avalasen los buenos resultados de dicha técnica para esa enfermedad. Sin embargo, se considera también probado que por el Servei Català de la Salut se procedió en fecha 19 de julio de 1994 a autorizar la práctica de dicho tratamiento en Atlanta (Estados Unidos) con cargo al Servei Català de la Salut, a otro usuario que lo había solicitado.

⁶² En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, Sala de lo social, de 27 de septiembre de 1994. AS 1994\3693.

BREVE EXEGESIS DEL LLAMADO 'TESTAMENTO VITAL'

Por Armando S. Andruet (h)

*Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (Rep. Argentina),
Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Católica de Córdoba.*

La enfermedad es el lado nocturno de la vida, una ciudadanía más cara. A todos, al nacer, nos otorgan una doble ciudadanía, la del reino de los sanos y la del reino de los enfermos. Y aunque preferimos usar el pasaporte bueno, tarde o temprano cada uno de nosotros se ve obligado a identificarse, al menos por un tiempo, como ciudadano de aquél otro lugar.

Susan Sontag, La enfermedad y sus metáforas *

I.- INTRODUCCIÓN

Seguramente que los tiempos que corren, en donde los hombres además de estar sometidos a infatigables realizaciones más vinculadas con lo productivo que con lo especulativo; más impuestos de tener que atender un 'estar en el mundo haciendo cosas' que 'reflexionando acerca de las que acontecen en el mundo', no generen la oportunidad de interrogarse acerca de las cuestiones auténticamente trascendentales.

Ante la ausencia de la tan preciada pregunta, se subvierte su mismo rol de ser verdadero protagonista y organizador de la sociedad; para ser sin más en muchas ocasiones, y sin otro aditamento, un agente inconsultadamente organizado por la propia realidad totalizante que ha ido conformando y generando explosivamente como segunda naturaleza. Frente a ello, ha caído en la cuenta recién a finales del siglo pasado, de una auténtica y verdadera cuestión como es la de que ser hombre, importa no sólo vivir como tal, sino que también en morir como uno así.

A poco que transitemos esta idea, aparece incontestable la no menor cuestión que como problema no sólo trascendental sino claramente existencial y biográfico en cada uno de nosotros muestra el 'vivir'. Pues el vivir de cada hombre, lo es más o menos acorde a un paradigma que resulta ser esbozado como una represen-

tación ideal de una construcción si bien imaginaria lo más real posible, según cual sea el poder económico del que se disponga, y que se da en nombrar bajo un rótulo suficientemente amplio de 'calidad de vida'¹.

Al hombre de hoy, en la reflexión antropológica no le resulta extraña la conjugación que el vivir se nutre, potencia y desgraciadamente desde nuestra perspectiva algunos también exacerban, de la misma realización de ¿conqué calidad de vida?. Entre los capítulos obvios que del vivir con cierta calidad, está presente el relacionado con el de la salud misma y si es ella, también tiene que existir alguna referencia a su infatigable compañera de ruta, como es la enfermedad² y el dolor físico que a ella como tal siempre entifica³; puesto que sólo la inventiva literaria pudo elaborar una tesis de un mundo sin enfermedad.

¹ Vide en particular al punto Brock, D.; Medidas de calidad de vida en el cuidado de la salud y la ética médica en La Calidad de Vida, México, F.C.E., 1996, pág. 135.

² Desde una perspectiva no médica, sino propiamente cultural-existencial se pueden revisar diferentes obras que trabajan de alguna manera la idea que venimos destacando; y todos ellos utilizan como núcleo la trama del dolor físico. Vide Jünger, E.; Sobre el dolor: seguimiento de la moralización y fuego en movimiento, Barcelona, Tusquest, 1995; Sánchez Ferlosio, R.; Ensayos y artículos, Barcelona, Destino, 1992; Morris, D.; La cultura del dolor, Barcelona, Andres Bello, 1994; Ocaña, E.; Sobre el dolor, Valencia, Pre-Textos, 1997.

³ Samuel Butler en 1872 fabula un lugar llamado 'Erhewon' (anagrama inglés de no where), el país de ninguna parte donde la enfermedad se castiga como un crimen y el menor resfriado puede llevarle a uno a la cárcel, mientras que el asesinato se considera una enfermedad que merece solicitud y cuidados. Pues por caso se anota que el juez explica la sentencia a un hombre acusado de tisis pulmonar en estos términos:

* La enfermedad y sus metáforas y el sida y sus metáforas, Madrid, Taurus, 1996, pág. 11.

No existe el hombre sano, sino homo infermus⁴. Tanto deviene puesto en el mundo, resulta inversamente proporcional a su crecimiento psico-físico su igual deterioro⁵; y si bien ello se mostrará con mayor entidad y fortaleza cuando la decrepitud de la naturaleza humana comience a ser percibida externamente y por lo tanto a nosotros mismos, no se puede ocultar que el reflejo exterior es en la mayoría de los casos, sólo un eco tardío⁶ de la verdadera conmoción ad intra del propio hombre⁷. Sin duda que dicha externación, es la del lento y permanente proceso del morir desde sus dimensiones físico-corporales, como también de aquellas otras psíquicas.

Destacamos, aunque no sería para escribir ahora la tesis, que sólo queda al margen de dicho proceso de deterioro, la dimensión espiritual e intelectual de la naturaleza humana; la que es en realidad una acerca de la cual, de ordinario no resulta ser utilizada para medir los patrones de salud-enfermedad que existen en los hombres. Por el contrario, en muchas ocasiones los hombres han sido y lo seguirán siendo⁷, juzgados enfermos, solamente por pensar diferente.

En este orden reflexivo propedéutico, consideramos que el binomio salud-enfermedad; que en verdad habría que decir también que no es otra cosa que la continuidad empírica y abreviada del verdadero problema que el hombre como tal debiera asumir como el único auténticamente importante, como es el de vida-muerte; es a partir del cual el hombre avanzará progresiva e inagotablemente en la búsqueda por las respuestas definitivas que le expliquen, al menos: ¿quién es?, ¿en quién cree?,

¿con quiénes más cree? y ¿qué acontecerá luego de haber vivido?.

Quien no se haya formulado alguna vez dichas interrogaciones, seguro que ha vivido en una pura banalidad, lo cual no importa decir que es bueno o malo dicho existir. Descriptivamente al menos está claro, que no ha tenido ni intentado saber: ¿porqué se vive?; lo cual sin duda que es bastante degradante y menosprecia a la misma naturaleza humana que deviene por ello, rigurosamente ultrajada.

Mas suponiendo que el hombre se interroga por ello, y que lo hace en un tiempo en donde todavía su cuestionamiento resulta fecundo; pues no puede dejar de encontrar que en la bisagra –si se nos permite lo metafórico– que entre el vivir y morir existe: se encuentran una serie de tópicos de notable aproximación fenoménica aunque de ineludible diversidad formal y que son ciertamente los que lo involucran en los temas en general de la bioética, en los que ningún hombre –atrevernos a afirmar– podría estar alejado, y en particular los que se refieren a la eutanasia, ortotanasia y distanasia. En esta última temática, se abre un capítulo especial y que es en definitiva a la que nos queremos referir ahora, como es la de los llamados testamentos vitales.

II.- BREVE REFERENCIA HISTÓRICA

En realidad que la aproximación conceptual a los nombrados testamentos vitales, sólo puede ser cabalmente comprendida, cuando se ubica una situación de contexto que como tal pueda explicar su misma génesis en la historia.

Quizás también a la luz de ella, sea posible recuperar un sentido originario que con el tiempo ha recibido una serie de notables aportaciones, que si bien es cierto han profesado sobre el mayor conocimiento externo del mencionado instituto bioético, también es cierto que han traído nuevas connotaciones a su sentido primitivo, deformándolo de alguna manera y dejando librada la utilización de ellos a ciertas prácticas médicas que en realidad no son las que el primigenio testamento vital quería impedir o promover, tal como luego indicaremos.

Hemos señalado más arriba, que la noción más emparentada con la de los testamentos vitales es la de distanasia, porque tal como se conoce, ello no es otra cosa que el conocido y nombrado encarnizamiento terapéutico que en verdad a veces se le endilga con cierta cuota de ligereza ser rigurosamente indigno; mas olvidando en dicha atribución denostadora, que en alguna manera es ello

"Puede que Usted me diga que no es responsable ni de su nacimiento ni de su educación. Pero yo le digo que su tisis, ya sea o no culpa suya, es un delito, y mi deber es velar para proteger a la República contra delitos de esta naturaleza. Usted podría decirme que se ha convertido en criminal por desgracia; yo le digo que su crimen es ser un desgraciado" (Vide Bruckner, P.; La euforia perpetua- Sobre el deber de ser feliz, Barcelona, Tusquets, 2001, pág. 173).

⁴ Vide Mainetti, J.; *Homo infermus*, Bs.As., Quirón, 1983.

⁵ Se puede considerar la reflexión que propone a partir de una tesis semejante Paul Virilio, en orden a la razón de las prótesis, sean ellas técnicas, estéticas, incluso más personales; vide *Estética de la desaparición*, Barcelona, Anagrama, 1998, pág. 12 y ss.

⁶ Apunta en este orden E. Morin que "La vanguardia de la muerte es el envejecimiento, por lo que conocer el envejecimiento es conocer la muerte" (*El hombre y la muerte*, Barcelona, Kairos, 1999, pág. 334).

⁷ En este sentido se podría recordar la compleja afirmación de Foucault cuando dice que "Cada cultura define de una forma propia y particular el ámbito de los sufrimientos, de las anomalías, de las desviaciones, de las perturbaciones funcionales, de los trastornos de conducta que corresponden a la medicina, suscitan su intervención y le exigen una práctica específicamente adaptada" (*Médicos, jueces y brujos en el siglo XVII* en La Vida de los Hombres Infames, La Plata, Altamira, 1996, pág. 21).

fruto y resultado de un signo también de nuestro tiempo y al que de una u otra manera, médicos y no médicos han contribuido a conformar.

En esta línea de reflexión nos ha resultado sugestiva la conceptualización de contexto que se transcribe, pues “es —el encarnizamiento terapéutico— el resultado de un fenómeno cultural muy complejo y multifactorial derivado de la aplicación de la tecnociencia al ámbito médico, de las desmesuradas expectativas de curación que la medicina ha inculcado en la sociedad, del requerimiento de preservar siempre la vida biológica como un valor sagrado, de la desprotección jurídica del médico y de la falta de coraje para asumir la existencia de límites en las acciones médicas”⁸.

A los fines entonces de evitarse el hombre dicho tortuoso padecimiento, aunque paradójicamente hay que decir, se lo estén infringiendo al sólo efecto de curarlo; es que algunos indican que habrían advenido a la existencia jurídica, los conocidos testamentos vitales⁹. Lo cual también como sabemos, intenta colocar en un segundo plano, las ambiciones y sueños fáusticos que detrás de una mencionada actuación profesional pueda existir.

De allí, que la manera de colocar límites a dicha gestión profesional es mediante la realización de tales instrumentos jurídicos, nombrados como testamentos vitales en algunos casos y en otras legislaciones, donde ello no está propiamente reconocido, mediante la realización de directivas potestativas de una voluntad declarada y certificada en tal sentido, aunque también hay que decirlo, a veces de opinable obligatoriedad jurídica para terceros.

Corresponde indicar que aunque parezca obvio, que el polo generativo del instrumento testamento vital y que tal como se acaba de indicar, no sería otro sino el que resulta del propio enfermo que frente a una hipótesis de aguda situación sanitaria, en principio de carácter terminal, limita la actuación de los médicos sobre su propio cuerpo, haciendo primar con ello en grado preferencial una fuerte cuota de autonomía y por lo tanto, restringiendo con tal imposición las actuaciones de los médicos, definitivamente creemos que no es sólo de dicha manera.

En realidad y haciendo honor a la misma historia de los hechos, ello no es así. La génesis de los testamentos

⁸ Gherardi, C.; *La dignidad de la libre decisión de los pacientes terminales* en Cuadernos de Bioética N° 1 (1997), Bs.As., Ad Hoc, pág. 209.

⁹ Ronald Dworkin dice que ellos son “documentos que estipulan que algunos procedimientos médicos especificados no deberían ser usados para mantener al firmante vivo en ciertas circunstancias determinadas” (*El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1994, pág. 234).

vitales, lejos de estar en modo principal colocada en los mismos ‘testadores enfermos’, lo está, en los ‘testados médicos’ quienes mediante dicho instrumento encontraban una manera relativamente segura de evitar de ser perseguidos por acciones civiles¹⁰; y si bien ello puede parecer un tanto desagradable indicar, pues la historia demuestra que gran número de instituciones que hoy reconocemos como del derecho común no fueron sino, privilegios de grupos estamentales en estadios primitivos de la organización social, política y jurídica de los Estados¹¹.

A fuerza de ser honestos en lo intelectual y en la pragmática que de ello se desprende, corresponde indicar que si los testamentos vitales no son otra cosa que instrumentos escritos que describen la voluntad declarada y así certificada, de cuáles tratamientos no podrán ser actuados sobre ese enfermo que técnicamente se describe como ‘terminal’¹²; a la vez también hay que indicar, que son instrumentos que en una situación de conflicto en la praxis médica como afectación a la ontogénica relación médico-paciente¹³, pueden ser de suficiente entidad como para desobligar de responsabilidades civiles y penales a los facultativos, para el supuesto caso, que familiares del enfermo terminal ya terminado, adviertan cierto cumplimiento deficitario o no diligente por parte del equipo de salud.

Haciendo entonces una mirada retrospectiva de la génesis de los mismos, en verdad no se puede afirmar en modo apodíctico, que la causa fin de los testamentos vitales haya sido el privilegio del enfermo frente al encarnizamiento terapéutico de los médicos; sino por el contrario, ha sido el interés de la comunidad médica en tener a su favor un instrumento que en caso de una litis por mala praxis profesional, por no haber obrado con la

¹⁰ No se puede dejar de señalar el caso “*Salgo vs Leland Stanford – University Board of Truste*”, del año 1957 resuelto por el Tribunal Supremo de California, quien responsabiliza a médicos por haberse excedido en los límites del consentimiento que el enfermo había otorgado; como uno de los cuales abrirá la discusión al tema ulterior de los testamentos vitales.

¹¹ Hattenhauer, H.; *Conceptos fundamentales del derecho civil*, Barcelona, Ariel, 1987, *passim*.

¹² Si bien reconocemos que el calificativo de enfermo terminal importa una cuota de cosificación a la persona que padece una determinada enfermedad y por ello deviene de fuerte crítica la denominación, en verdad tampoco podemos desconocer la entidad que en la literatura médica ella posee, y en cuyo contexto requerimos que sea ubicada ahora. Vide en este sentido Sorokin, P.; *Aproximación conceptual a cuestiones humanas: todos somos terminales* en Cuadernos de Bioética N°1 (1997), Bs.As., Ad Hoc, pág. 181 y ss).

¹³ La ya mítica obra de Pedro Laín Entralgo sigue siendo faro suficientemente esclarecedor en los mencionados temas, vide *La relación médico-enfermo*, Madrid, Alianza, 1983.

totalidad de elementos, fármacos y aparatología existente, se puedan de alguna manera exculpar de responsabilidad civil mediante su acreditación¹⁴.

Lo cierto es que sin perjuicio de no poder otorgar una fecha precisa de su origen, se puede señalar que los mismos instrumentos primeramente nombrados desde su conceptualización inglesa de 'living will', o su par castellano de 'testamentos vitales' u otras denominaciones que han sido relativamente incorporadas a la literatura en general, tales como: 'Testamentos biológicos', 'Testamentos de vida', 'Esta es mi voluntad', "Directivas anticipadas", "Voluntades anticipadas", se inaugura formalmente y con trascendencia jurídica en el año 1976 en el estado de California (EE.UU.)¹⁵, con la adopción de lo que se dio en nombrar como 'Acta acerca de la muerte natural' ('natural death act')¹⁶ que como tal, fue preparado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Yale.

A partir de la fecha indicada los "living wills" en Estados Unidos se encuentran reconocidos por Ley federal (Uniforml Rigths of the Terminally Act de 1985, revisada en 1989) que da la facultad de adoptarla o no, con o sin modificaciones por cada Estado de la Federación.

En 1991, se contabilizaban hasta cuarenta y cinco de los Estados federales que contaban con legislación propia en la materia, reconociendo la validez de los testamentos vitales y ello dio lugar a una ley federal propiciatoria de los mismos que creó un registro general de todos ellos, estableció su validez por periodos de cinco años y permitiendo la designación de un representante que pueda decidir en lugar del declarante cuando llegue el caso y permitiendo la variación de su contenido cuantas veces se, desee.

III.- QUÉ SON LOS TESTAMENTOS VITALES

Dicho instrumento consta entonces de directivas que son dadas por una persona mayor y en pleno uso de sus facultades mentales, donde indica que determinados

tratamientos no deben ser iniciados o si lo fueran, deberán ser interrumpidos para el caso de que la misma esté afectada de una enfermedad incurable en fase terminal y que por ello, no está en condiciones de tomar por sí misma dicha decisión. También se han definido ellos como las "declaraciones escritas, en previsión de la eventual incapacidad del declarante -estado de coma irreversible, condición terminal- en el cual se ordena a los familiares y médicos del futuro paciente, si el tratamiento médico extraordinario o desproporcionado debe ser iniciado, continuado o discontinuado"¹⁷.

Corresponde decir, que si bien la situación del 'testador vital' en su origen atendía a su estado terminal, la realidad de los tiempos han ido progresivamente avanzando, intentando y desde ya logrando instalar que se trata de una realización que puede ser requerida por el individuo en cualquier situación que de enfermo se trate. Pues lo que califica e impone la utilización de dicho recurso, no debe ser en verdad la calidad de enfermo terminal que se pueda tener, sino el de los métodos terapéuticos que se puedan infringir al mismo y que devienen ellos desproporcionados.

La nombrada apreciación no puede ser tomada ligeramente, en realidad es ello lo que cualifica y otorga la misma esencia a la necesidad y posibilidad de utilización de los testamentos vitales; iteramos, no por el hecho de estar el enfermo en fase terminal es que puede utilizar de ellos, aunque su elaboración haya sido anterior a dicho estado físico; sino porque los medios que se habrán de utilizar sobre el mencionado enfermo, devienen en dicho contexto desproporcionados. Vale la pena recordar también, que el mencionado carácter de extraordinariedad o desproporcionalidad de los medios, no es en manera alguna objetivo o absoluto, sino que es siempre subjetivo al enfermo y por lo tanto, a sus mismas circunstancias históricas, personales, sociales, económicas y familiares.

En definitiva, el método terapéutico no puede anular el sujeto pasible de la terapéutica, dicho reduccionismo que se cometería para el caso de no mirar el problema así, sólo puede ser sorteado bajo un criterio dinámico de la noción de medios proporcionados o no y que sólo él podrá -mutatis mutandi- si es jurídicamente capaz, calificar la presunta¹⁸ desproporcionalidad del acto médico que se le proponga.

¹⁴ Para algún autor, al menos en EE.UU. es sólo el último carácter el que como tal, tiene valor, cfr. Escobar Triana, J.; *El morir como ejercicio final del derecho a una vida digna*, Bogotá, El Bosque, 1998, pág. 144.

¹⁵ Se atribuye la expresión inglesa de 'living will' a un abogado de Chicago, Louis Kutner para el año 1967; siendo el primer modelo redactado de testamento vital del año 1969 y fue ofrecido por el Euthanasia Educational Council.

¹⁶ Cfr. 'California Natural Death Act', en California Health and Safety Code (1976), art. 7185 s; en Ley del Cuerpo Legislativo 3060, firmada por el Gobernador Edmund G. Brown el 30.VIII.76 y entró en vigor el 1.I.77.

¹⁷ Silva Ruíz, P.; *El Derecho a morir con dignidad y el testamento vital* en Revista General de Derecho N° 592-593 (enero-febrero 1994), Puerto Rico, pág. 435.

¹⁸ Gherardi, C.; *La dignidad de la libre decisión de los pacientes terminales* en Cuadernos de Bioética N° 1 (1997), Bs.As., Ad Hoc, pág. 205.

De pronto cabe señalar, que habrá enfermos que en rigor de verdad no están dispuestos a sobrellevar una vida en un estado que no juzgan digno, u otros que no consienten que para conservar la misma vida, deban someterse a tratamientos, terapéuticos, que aparecen fuertemente contrarias a su misma voluntad, consciencia o creencias; todo lo cual hace cobrar una entidad distinta a un tema obviamente preterido como es el de la dignidad de la muerte, que es también continuidad de la dignidad de la vida¹⁹.

No admitir en nuestro parecer un criterio de este tenor, bien podría arrastrar a generar situaciones claramente discriminatorias entre unos enfermos (terminales) y otros enfermos (no-terminales); y que como tal, vendría a afectar el mismo sustento no sólo ético sino también jurídico en el cual la misma existencia de los llamados testamentos vitales está centrada, como es sin más, en el propio derecho personalísimo que el hombre ejerce y que en función del cual y aun en contra de sus propios intereses vitales, es que puede negarse a recibir una determinada terapéutica.

Porque si bien es cierto, que el médico tiene asignado un deber profesional y también deontológico de ayudar a la recuperación de la salud en general de sus enfermos, pues tampoco pueden avasallar en orden a su cumplimiento con aquél otro que le concierne como derecho al enfermo y como deber de respeto al médico, de someterse a la decisión autónoma y ponderada del enfermo, jurídicamente capaz para tomar ella. En realidad el art. 19 inc. 3º de la ley 17.132 que regula el ejercicio de la medicina en el orden nacional, preceptúa que deberá respetarse la voluntad del paciente “en cuanto sea negativa a tratarse o internarse”.

Con ello se resguarda el arbitrio único e irremplazable de ser cada persona dueña de su cuerpo y que en la medida que las consecuencias negativas que se puedan seguir de dicha actuación, recaigan excluyentemente y por ello sean autorreferentes al mismo enfermo, no podrán ser decididas en contra de su misma voluntad²⁰.

¹⁹ “La dignidad de la muerte se vincula con la libre decisión tomada respecto de la continuación o no de un tratamiento intrusivo o invalidante, con la externación hospitalaria para permitir que la muerte de un hombre acaezca estando éste rodeado de las cosas y los afectos familiares o en un lugar aséptico, con el testamento de vida aceptando la mitigación del dolor o rechazando padecimientos inconducentes y extensos, la opción por los cuidados paliativos. Si no es pensable la vida sin dignidad, la muerte sin dignidad tampoco lo es. Vida y muerte tienen en común, en este planteo, el profundo respeto al hombre” (Mackinson, G.; *Calidad no implica dignidad* en Salud, Derecho y Equidad, Bs.As., Ad Hoc, 2001, pág. 70).

²⁰ Cifuentes, S.; *Derechos personalísimos*, Bs.As., Astrea, 1995, pág. 327. En contra se puede apuntar la afirmación de Carnelutti quien

Bien ha indicado Bidart Campos ya, que “el deber de cuidar y atender la salud propia no es un deber jurídico cuando estamos ante una conducta autorreferente. El deber deviene jurídico y exigible sólo cuando el que no atiende a su salud compromete a otros o, más claramente, cuando daña o pone en riesgo a terceros”²¹.

De cualquier manera se debe señalar con total firmeza, que en modo alguno puede ser equiparada dicha realización con una actuación proscripta por la ley como es la de tener un claro instinto suicida; porque quien se niega a recibir un tratamiento desproporcionado no quiere matarse, sino que reclama un tratamiento que reconoce digno para lo poco de vida que le pueda quedar, aun cuando se pueda afirmar –lo que siempre es dudoso– de que la terapéutica que rechaza le pueda asegurar un establecimiento sanitario de la persona.

Huelga señalar, que deviene inaplicable la aceptación de la decisión autonómica de la persona a no someterse a tratamientos desproporcionados, cuando de ello se sigue un daño a una tercera persona; pues por supuesto, entendemos que aun cuando existiera un testamento vital brindado acorde a las exigencias legales y la persona fuera una mujer embarazada, en tal caso aun siendo desproporcionado el medio habría que utilizarlo y por lo tanto, contraviniendo el mismo instrumento, en razón de que el compromiso de vida ya no es autónomo del testador vital, sino que arrastra a otra persona que no tiene porque ser asimilada en la consecuencia de igual desenlace letal²²; más aun ello hoy, cuando hoy conocemos casos de nacimientos de hijos de madres comatosas²³.

En cuanto a los aspectos formales que deben cumplirse en los testamentos vitales, al menos dentro del

sostuvo que el médico puede intervenir quirúrgicamente –y que hoy se podría extender a métodos terapéuticos distanásicos– aun en contra de la misma voluntad –expresa o presunta– del paciente, siempre que se demuestre que está amenazada la vida misma del enfermo (vide *Probleme giuridiche delle trasfusione della sangue* en Foro Italiano T. IV (1938), col. 91-92).

²¹ Cfr. *La salud propia, las conductas autorreferentes, y el plexo de derechos en el sistema democrático* en El Derecho T. 165-360.

²² Sin duda alguna que ahora no solo que estamos frente a un dilema médico, sino también jurídico; por lo cual la síntesis reflexiva de la filosofía del derecho y la ética médica deviene primariamente esclarecedora, en este sentido la obra dirigida por los Prof. Dominique Folscheid, Brigitte Feuillet-Le Mintier y Jean Francois Mattel, *Philosophie et droit de l'éthique médicale*, Paris, P.U.F., 1997, resulta inspiradora.

²³ Tenemos información que durante el año 2000, se produjo el nacimiento en Nueva York de la niña Alexis Michelle Cooper, en el Hospital de Cincinnati, cuya madre quedó en dicho estado comatoso desde el primer mes de gestación. El caso, se suma a los otros ocho conocidos en EE.UU. para los últimos 25 años. La gestación fue relativamente normal y el alumbramiento fue inducido y vaginal.

ámbito de la legislación estadounidense y europea que es en donde más se ha avanzado en el tema, sin perjuicio que la cantidad de individuos que utilizan del mismo aun no sea realmente significativo; se destaca que para la validez jurídica y oponibilidad a terceros del instrumento; es que debe ser dado el mismo frente a testigos, como también que es revocable en cualquier momento. En algunos casos se le otorga un término desde su redacción, para que comiencen a tener vigencia y también poseen un plazo de caducidad de cinco años. Además de ello, el estado de enfermedad en fase terminal debe ser confirmado por un diagnóstico de dos médicos²⁴.

IV.- MODELOS BÁSICOS

Sin embargo y tal como se indicó al inicio, a lo largo de los años la premisa originaria de cuál era sin más el objetivo al que los testamentos vitales venían a remediar y que en breve síntesis puede ponerse en clave de señalar el evitar ser el enfermo sujeto pasivo de tratamientos desproporcionados o extraordinarios en casos de enfermedades terminales –dejando de lado la cuestión vinculada con el eventual reclamo de mala praxis–; pues subrepticamente fue mezclándose con ello, que no sólo se trataba el mismo de una directiva de interrupción o de no-iniciación de tales tratamientos, sino de autorización e indicación de realización de aquéllos otros actos médicos, que en definitiva tienen el propósito excluyente de acelerar el proceso de muerte evitando el sufrimiento.

Con lo cual, el testamento vital, desde esta conformación que se podría nombrar utilitaria y pragmática, es el postulado más visible de una cultura que profesa activamente la misma eutanasia, entendiendo por ello el dar muerte a un enfermo con la obvia intención de ello, a los fines de evitarle el sufrimiento que como tal padece²⁵. Al respecto deviene evidente y claro, que detrás del mismo concepto jurídico ‘testamento vital’, se ha ido produciendo una suerte de ensanchamiento de su contenido, avanzando de la misma postulación no-distanásica o de la oposición al encarnizamiento terapéutico, a la pretensión eutanásica.

Resulta suficientemente elocuente de lo dicho, las lecturas que se pueden formular de dos modelos hoy

vigentes de testamentos vitales²⁶ y que como tal, reflejan cada uno de ellos una determinada construcción ideológica. Por una parte, se ordenan aquéllos que aparecen claramente ortotanásicos y por el otro, los que reflejan una posición pro-eutanásica. Además debemos indicar, que dichos rótulos resultan también estar reflejados en distintas Organizaciones o Instituciones civiles, públicas, religiosas que los difunden y promueven, pues por caso, nosotros recordamos para el primer caso, el que ha sido promovido por la misma Conferencia Episcopal Española²⁷ en ocasión de haberse aprobado la reciente ley catalana de testamento vital el pasado 22.XII.00; y para el restante, el que ha sido proclamado por la también española Asociación Derecho a Morir Dignamente.

Otros autores prefieren realizar una clasificación tripartita, destacando que además de las dos anteriores habría aquellos testamentos vitales que tienen su origen en determinados grupos profesionales, por caso la importante Asociación Americana de Salud Pública; destacándose en ellos, que suele haber una explicación más detallada desde el punto de vista médico de cuáles cuidados o tratamientos no iniciar o eventualmente suspender²⁸. En ellos también se advierte con alguna mayor evidencia, la cláusula liberadora de responsabilidad civil y penal al médico que cumple con la voluntad del testador vital, lo cual como es obvio, no podía ser descuidado en atención a quien promueve el mismo documento.

En nuestra opinión, la mencionada categoría no es en manera alguna autónoma puesto que, en términos generales las indicaciones y detalles de cuáles terapéuticas sí y cuáles otras no, en verdad se resuelven siempre bajo un criterio finalista como es el de admisión a procedimientos en virtud de los cuales se promociona intencionalmente el fin de la vida, o por el contrario se rechaza

²⁶ Se ha señalado con precisión dicho criterio, afirmándose que: “... me limito a señalar dos grandes tipos de living will: un primer tipo en el cual el interesado expresa la voluntad de ser sometido a eutanasia pasiva, y un segundo en el que se pide sólo no ser sometido a terapias intensivas que constituirían nada más que obstinación terapéutica” (Ciccone, L.; *Eutanasia- ¿Problema católico o problema de todos?*, Bs.As., Ciudad Nueva, 1994, pág. 73).

²⁷ A su vez se puede indicar que los testamentos vitales de corte claramente confesional católico, se encuentran inspirados en la misma Declaración sobre la Eutanasia de la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe del año 1980, como así también la Nota sobre la Eutanasia de la Comisión Episcopal para la Doctrina de la Fe del 15.IV.86.

²⁸ Para Javier Elizari Basterra, existen modelos de inspiración religiosa, otros que tiene su origen en grupos profesionales y finalmente los que se originan en preocupaciones educativas que a su vez, pueden tomar un camino de carácter muy general y en líneas generales de tipo ortotanásico y otros más ubicados en la perspectiva eutanásica sin más (cfr. *Bioética*, Madrid, Paulinas, 1991, pág. 188).

²⁴ Cfr. Baudouin, J. y Blondeau, D.: *La ética ante la muerte y el derecho a morir*, Barcelona, Herder, 1995, pág. 98 y ss.

²⁵ Un repaso por el siempre inagotable análisis de los tipos y formas de ella, puede ser visto en Lecuona, L.; *Eutanasia: algunas distinciones en Dilemas Éticos*, México, F.C.E., 2000, pág. 97.

el encarnizamiento terapéutico y se aspira un digno proceso de muerte.

Lo cierto sin embargo es que desde la década del 70 en EE.UU. los testamentos vitales han tenido un fuerte crecimiento al nivel de reconocimientos jurídicos al punto tal que hoy se puede afirmar que la mayoría de los Estados les han dado un estatuto legal concreto; ello, reiteramos, no sólo por la fuerte impronta del nombrado principio de autonomía de la bioética y que como tal promueve, la toma de decisiones del enfermo como un sujeto racional y libre²⁹; sino por ser ellos también, un fuerte valladar para promociones judiciales vinculadas a la mala praxis médica³⁰.

Y si bien se ha ido extendiendo con firmeza a otros países no sólo de América, como es Canadá, también lo ha sido a otros europeos, por caso: Inglaterra, Francia, Suiza y recientemente España. En América Latina en general no tiene real difusión y mucho menos algún tipo de reconocimiento o atención en la doctrina jurídica; quizás la sola excepción a ello sea el caso de Puerto Rico.

De cualquier manera no se puede dejar de señalar, que en la mayoría de los países de Europa donde es práctica más o menos común la de realizar testamentos vitales, con la sola excepción muy reciente de España en las Comunidades Autónomas de Cataluña³¹ y también Galicia³² donde se ha regulado por ley los efectos de los

mismos; en el resto, no están sancionados jurídicamente y por lo tanto carecen de valor legal en estricto sentido, aunque de hecho tienen algún reconocimiento y como tal orientan una definición en dicho sentido al equipo médico.

Es decir que si el mencionado instrumento goza de las formalidades extrínsecas que al menos le den la suficiente entidad de un instrumento público; no dudamos en considerar que habrá de orientar a una fuerte disminución en el equipo médico a tener actitudes profesionales que puedan ser por acaso consideradas distanásicas, para el caso de que dicho equipo sanitario pueda ser naturalmente considerado predispuestos a dispensar los mencionados tratamientos médicos a enfermos terminales.

De igual manera nos parece valioso ponderar en esta misma construcción, que pensando en una hipótesis de conflicto judicial; sin duda que demostrado el hecho objetivo de la existencia de encarnizamiento terapéutico por parte del equipo de salud y acreditado también, que tomaron conocimiento oportuno del mencionado instrumento y sin embargo en modo alguno modificaron su opus profesional, pues podrá ser un elemento de meritua-ción que agrave su misma situación procesal en concreto ante un conflicto de intereses que se puedan generar con los familiares del enfermo.

V.- CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Cabe señalar que en la República Argentina no existe con implicancia jurídica alguna, el reconocimiento de los nombrados testamentos vitales; sin perjuicio de que ellos puedan ser utilizados en un modo más o menos corriente y que también en definitiva, y por ese carácter de hecho más no de derecho, tengan algún tipo de incidencia subjetiva en el propio médico en el ámbito de su misma moralidad o del ethos profesional en su defecto; antes que por un carácter prescriptivo preciso que reite-ramos no tiene.

Reiteramos la figura no tiene reconocimiento nor-mativo alguno; sin embargo y como se podrá advertir, ello no empece a que no pueda ser recogido su aporte desde las ya existentes instituciones jurídicas, no necesi-tando de una nueva plataforma jurídica ella. Creemos que esto último es lo que acontece.

Resulta también una experiencia novedosa, la que ha tenido el Ayunta-miento de Vitoria (España) que es el primer municipio que ha abierto un registro de testamentos vitales, por el cual pone a disposición de los ciudadanos de la capital alavesa mayores de edad, con capacidad jurídica y de obrar, la custodia del documento que el demandante quiera redactar como deseo en caso de enfermedad (cfr. Diario El País, Madrid, 3.XI.01).

²⁹ En realidad se debería diferenciar para una cabal comprensión del problema, los ámbitos de la autonomía reducida y competencia disminu- nida tal como postulan Beauchamp, T. y McCullough, L.; *Ética médi- ca- Las responsabilidades morales de los médicos*, Labor, Barcelona, 1987, pág. 125.

³⁰ Un repaso por los principales capítulos que han formado parte de los pleitos por mala praxis puede ser consultado en la obra colectiva *La responsabilidad civil por mala praxis profesional*, Bs.As., El Derecho- Depalma, 2000.

³¹ Se trata de la que fuera ley pionera en España sobre el tema, y resultó ser aprobada por el Parlamento de Cataluña el 21.XII.00 después de un arduo proceso de negociaciones y discusiones. La misma entró en vigencia el 12.I.01. La mencionada norma permite a cualquier persona adulta mentalmente capaz, a redactar ante notario o con la presencia de tres testigos, dos de los cuales no tengan parentesco ni relación patrimonial con el firmante, un documento en el que exprese anticipadamente las actuaciones médicas de las que no quiere ser objeto en caso de no poder decidir por sí mismo. La enfermedad que debe padecer tiene que ser incurable, dolorosa y mortal y la voluntad expresa puede ser la de oponerse a ser mantenido en vida por medios artificiales. Cabe señalar que acorde lo que informa la prensa extran- jera las fuerzas políticas han brindado informaciones contrarias res- pecto a la misma ley, para los partidos de izquierda constituye ella una despenalización de la eutanasia pasiva, mientras que para el Partido Popular no implica nada más que una manera de evitar el encarniza- miento terapéutico.

³² En la Ley de la Junta de Galicia sobre Consentimiento informado, la cual en sus artículos 4 bis y 4 ter se ocupa respectivamente de las llamadas 'voluntades anticipadas', como así también del otorgamiento del consentimiento por sustitución.

Sin embargo y a pesar de lo dicho, de lo que no se puede dudar, es que cada vez es mayor el número de personas, sobre todo vinculadas a posiciones económicamente medias o altas; que no dejan de ver, que en determinados estadios la medicina privada se encuentra excesivamente comercializada y a la vez emplazada en una actitud defensiva por la llamada mala praxis profesional; y en función de dicho contexto, es que muchas personas entienden valioso realizar una previsión en concreto, para cuando vayan a ser tomadores de servicios médicos en situaciones terminales, y en cuya ocasión no podrán discutir y/o negociar en igualdad de condiciones el servicio profesional requerido.

Ante ello, utilizan de esta vía, como medio relativamente seguro de que no se verán expuestos a situaciones indiscutidamente distanásicas, y que de tener capacidad de conciencia mostrarían oposición y resistencia a ser sujetos pasivos de ellas.

No importando en esta ocasión describir si la etiología de dicha visión de la medicina contemporánea, como medicina defensiva³³, es debido a que a su vez, se ha generado un crecimiento desmedido de la industria del pleito por mala praxis profesional y por ello los médicos, a manera de escudo protector realizan y solicitan, estudios e intervenciones que devienen claramente excesivos, desproporcionados, extraordinarios y por ello también fútiles en el caso concreto; o porque resulte que la pérdida de un enfermo, en determinado centro de salud y acorde a una mentalidad exitosa y triunfalista que de la medicina el mismo hospital pueda tener, importa un fracaso para el equipo médico y genera una imagen devaluada y de menor interés para los tomadores de servicios médicos.

Mas lo cierto es que aquéllos con mejores recursos económicos y que acceden a una medicina privada, utiliza de dichos mecanismos que se reflejan en los testamentos vitales. El universo de casos de cualquier manera, no es suficiente para declarar fuertemente una tendencia, sino sólo para hacer una afirmación si bien acreditable empíricamente, todavía provisoria.

³³ "La American Medical Association define la medicina defensiva como 'la realización de métodos complementarios de diagnóstico y procedimientos terapéuticos que no se hubieren llevado a cabo si no fuera por la amenaza de un juicio por mala praxis'. Esta estrategia de atención médica que coincidió en el tiempo con la aparición de sofisticados y costosos métodos complementarios de diagnóstico (tomografía computada, resonancia magnética nuclear, videoendoscopías, marcadores serológicos, etc.) han representado en EE.UU. en los últimos años un sobregasto de 15.000.000.000 de dólares en el costo de salud anual" (Medone, A. y Califano, J.; *Mala praxis médica- Efectos y prevención*, Bs.As., La Prensa Médica Argentina, 1995, pág. 94.

De todas formas no se puede dejar de apuntar, que en el año 1996 se propuso ante la Cámara de Diputados de la Nación un proyecto de ley intitulado *Régimen de los derechos de los enfermos terminales*³⁴, que tenía como objeto principal de aplicación el de regular los derechos de los enfermos que padecieran una enfermedad irreversible y se encontraban en estado terminal; y si bien pues en ella no se menciona en oportunidad alguna el tópico de los llamados testamentos vitales, no se puede obviar de su lectura, que los mismos devenían como un supuesto posible y de alguna manera incitado. Apuntamos dicha propuesta legislativa, porque en verdad que consideramos que fue la aproximación más efectiva a ellos que existió entre nosotros.

De tal manera que la realidad en el horizonte jurídico nacional indica que la institución de 'testamentos vitales' no tiene presencia legislativa; pero de cualquier forma y tal como diremos, ello no afecta a que pueda tener andamiaje jurídico un instrumento que en términos generales refleje dicho concepto. En rigor de verdad creemos que la posibilidad jurídica claramente existe, y ello, a partir de las mismas reglas de derecho vigentes como así también, de la misma orientación jurisprudencial que respecto a los llamados derechos personalísimos en términos generales se viene consolidando desde largo tiempo atrás³⁵.

A efectos de intentar hacer una exégesis del problema, y que como conclusión adelantamos que nos acerca a la afirmación de la procedencia jurídica desde nuestro derecho positivo de los mencionados testamentos vitales; presupone en primer lugar otorgar un tratamiento a la institución que resulte ser la más adecuada posible a nuestro mismo sistema jurídico, para lo cual, la nominación con la cual se conoce el instituto de 'testamentos vitales', aparece como un manifiesto despropósito.

Se impone abandonar la conceptualización 'testamento vital', porque en rigor de verdad, el testamento es un instrumento que rige la voluntad de la persona para después de su muerte por lo cual, afirmar que hay cumplimiento de testamento con vida –aunque sea ella en

³⁴ Cfr. Cámara de Diputados de la Nación, Sesiones Ordinarias 1996, Orden del día N° 931 (impreso el día 23.X.96) pág. 3961 y ss.

³⁵ Podemos apuntar, sin perjuicio de no compartirla integralmente, la definición que de ellos ha indicado Santos Cifuentes, como: "derechos subjetivos privados, innatos y vitalicios que tiene por objeto manifestaciones interiores de la persona y que, por ser inherentes, extrapatrimoniales y necesarios, no pueden transmitirse ni disponerse en forma absoluta y radical" (*Derechos personalísimos*, Bs.As., Astrea, 1995, pág. 200). A los efectos de tener una visión histórica integral del mencionado problema, puede leerse con gran interés Díez Díaz, J.; *Los derechos físicos de la personalidad- Derecho somático*, Madrid, Santillana, 1963.

estado vegetativa y/o comatosa-, aparece como un claro contrasentido. Recuerda el art. 3607 del Código Civil: “El testamento es un acto escrito celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte”.

El testamento entonces es una disposición de última voluntad y en función de ello es que los efectos jurídicos que como tal del mismo resultan,³⁶ no son sino, para después de la muerte del otorgante. Como se puede advertir fácilmente, los testamentos vitales en modo alguno se pueden orientar como disposiciones de última voluntad, toda vez que precisamente se indican en los mismos, es más esa es la única finalidad que tienen, de cuáles maneras, de qué modo y cuáles realizaciones habrán de tener que realizarse u abstenerse aquéllos que estén manipulando los confines de la vida, pero vida al fin.

Además de ello habría que agregar y tal como la doctrina lo tiene largamente acreditado, los testamentos importan por regla general un acto de disposición de bienes, sin perjuicio de que puedan encontrarse en el mismo cláusulas de otro orden, tales como las honras póstumas, las relacionadas con el cuerpo del causante o sufragios a favor de su alma, etc. y que son ellas verdaderas disposiciones de última voluntad aunque no estén comprendidas en los términos del artículo ya citado³⁷.

Por todo lo que ha sido indicado entonces, definitivamente que habrá sin duda que buscar otro instituto jurídico que aparezca más adecuado a la propia realidad jurídica a la que se quiere regular. En dicho orden es que consideramos que no hace falta tampoco, intentar generar neologismos jurídicos complicados, pues bastaría en nuestra opinión con señalar que se tratan las disposiciones brindadas en el sentido ya señalado, de *‘Instrucciones o Directivas respecto a Tratamientos Médicos en caso de Enfermedad Terminal’*.

Por lo pronto corresponde advertir, que se trata de una disposición que resulta ser claramente prescriptiva para quien aparezca indicado como sujeto pasivo de ella, y que en el caso no podrá ser otro que el mismo equipo médico que en general se encuentre a cargo de la atención terapéutica en dicho proceso mortal del enfermo.

³⁶ Se anota en el art. 947 del Código Civil “Los actos jurídicos cuya eficacia no depende del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se llaman en este Código actos entre vivos, como son los contratos. Cuando no deben producir efectos sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan disposiciones de última voluntad, como son los testamentos”.

³⁷ Cfr. en él todos, Lafaille, H.; *Curso de derecho civil- Sucesiones*, Bs.As., Biblioteca Jurídica Argentina, 1933, T.II, pág. 188 y ss.

De manera tal, que su no observancia podrá ser eventual fuente de reclamos civiles por el mencionado incumplimiento contractual que dichas directivas presupon³⁸. Adviértase que el mismo en nuestra opinión, sólo podría funcionar dentro del marco de la relación contractual médico-paciente desde ya pública o privada, por lo cual, quedan al margen y claramente eximidos de toda responsabilidad los casos de asistencia médica extracontractual. En rigor habría que decir, que se trata el nombrado instrumento de uno que adviene documentalmente a la relación médico-paciente y que por lo tanto, merece la misma atención y respeto como cualquier otra consideración que en el marco de dicha relación sanitaria, autónomicamente le está reconocido al paciente.

Aparece de alguna forma el mismo, como figura análoga a la misma exigencia puesta en cabeza del médico de requerir el consentimiento informado a su paciente antes de efectuar tratamientos, terapéuticas, estudios, etc.; sólo que aquí, no es del médico al paciente sino de éste último al primero y por ello, bien se podría nombrar también, simplemente como *‘Directivas de Nosometimiento a Tratamientos Desproporcionados’*.

Queda claramente advertido entonces, que el equipo médico tendrá que tener una información fidedigna y temporánea de la mencionada voluntad del paciente en lo que a dicho cuidado se le debe brindar, para el caso de que éste no pueda exteriorizar su propia voluntad. Por lo que, no habiéndolo hecho conocer los familiares al mencionado instrumento o no haberse dejado una indicación precisa con copia certificada del mismo, en la propia historia clínica que el enfermo pueda tener en determinado nosocomio, sin duda alguna que su no observancia no podrá importar ser fuente de obligaciones futuras para nadie.

El documento en cuestión, deberá ser efectuado en un instrumento público a los efectos de hacer plena fe de lo que en él se encuentra descripto en los términos de la ley civil³⁹; donde el notario interviniente al menos deberá: 1) Dejar transcripto el contenido de las mencionadas disposiciones que esa persona requiere que sean cumplidas por el equipo médico y también familiares, y que por el estado avanzado y de terminalidad de su enfermedad

³⁸ “El paciente, al consentir determinada forma de vinculación con la institución médica de que se trate, está facultado, en ejercicio de su capacidad contractual, para prever que se sujete la relación a ciertas condiciones, negándose a recibir prestaciones médicas específicas o a recibirlas bajo determinadas circunstancias” (Cuneo, D.; *Los testamentos de vida o living will y la voluntad de vivir dignamente* en J.A. 1991-IV-686).

³⁹ Cfr. arg. arts. 993 y concordantes del Código Civil.

se encontrará privado de capacidad y lucidez para expresarlas personalmente, y que serán indicadas más abajo; 2) Tendrá que efectuar también, la transcripción de un certificado médico debidamente legalizado por la autoridad colegial respectiva, donde conste que el postulante de las mencionadas directivas, goza de sus facultades mentales en sano juicio; 3) Que tiene habilidad jurídica para tratar sin más.

Algunos autores que hemos consultado a dicho respecto, consideran adecuado el disponer un tiempo de validez para las mencionadas Instrucciones⁴⁰, motivo por el cual, cumplido el mismo, caducan de pleno derecho las disposiciones en ellos contenidas y no puede ser requerida su aplicación⁴¹.

En nuestra opinión, y siguiendo dicha orientación, aparece razonable colocar un plazo de cinco años para la caducidad y decimos ello, porque en un campo donde existe una movilidad tan fuerte como es en general la que corresponde al desarrollo técnico-científico de la medicina, bien puede acontecer que parámetros que han sido tenidos a la vista por el declarante como extraordinarios o desproporcionados en el presente y por ello impuestos de no ser realizados sobre su naturaleza, en el devenir histórico relativamente inmediato, hayan variado al grado tal que se puedan considerar ordinarios, corrientes o proporcionados.

En nuestro parecer resultará suficiente conque el instrumento notarial indique a los médicos, lo que a la vez deviene ser oponible a los terceros y familiares; que en una situación de enfermedad terminal, debidamente constatada por el equipo de salud que en la ocasión interviniera, no se le dispense a dicho enfermo a los fines de mantenerlo en vida, de aquéllos tratamientos desproporcionados o extraordinarios, por lo tanto fútiles, que sólo constituyen un ejercicio abusivo e irracional de los medios tecnológicos y/o farmacológicos, alterando con ellos el proceso natural de muerte.

Se trata entonces de un deber negativo⁴² el que se requiere en cumplimiento por el cuerpo médico y que como tal, ordenan la abstención de las nombradas acciones médicas. A ello se suma también, y con igual caracte-

rística deóntica aunque en inverso sentido, esto es como deber positivo y por lo tanto imponiendo una ejecución concreta, de que se dispensen la totalidad de realizaciones médicas proporcionadas a dicho contexto terminal y propiamente de enfermo moribundo, brindando la asistencia además de médica la complementaria a ella si correspondiera; con lo cual también se impone la ejecución de evitar asimilar la Instrucción, con una indicación que autorice una realización eutanásica⁴³.

Definitivamente lo que debe quedar claro, es que en términos bioéticos, lo que el sujeto mayor de edad, consciente y en pleno uso de sus facultades mentales requiere del cuerpo médico que lo asista en el período final de su vida y trance de muerte, es que se le otorgue la absoluta y personal decisión de optar por una muerte digna y no que sea dispuesta la manera de 'su' morir, por los propios esquemas médicos, técnicos, fáusticos o económicos que puedan existir en el equipo médico en concreto.

Se podría entonces describir el contenido central del instrumento en cuestión, y acorde al modelo al cual como tal adscribimos, en las siguientes directivas: 1) Aplicación de tratamientos adecuados y suficientes para aliviar el dolor aun cuando ellos, impongan el aceleramiento de la muerte; 2) Rechazo a los tratamientos desproporcionales o extraordinarios; 3) Oposición a la eutanasia; 4) Oposición a todo acto distanásico o propiamente de encarnizamiento terapéutico; 5) Solicitud de asistencia psicológica, emocional y cristiana para asumir la muerte; 6) Eximición de responsabilidad civil al equipo médico por actos de omisión.

Reiteramos que sin duda alguna no existe en nuestra legislación, dificultad alguna para que una persona —en las condiciones ya señaladas— pueda hacer la mencionada indicación prescriptiva bajo la forma que hemos nombrado como de '*Instrucciones o Directivas respecto a Tratamientos Médicos en caso de Enfermedad Terminal*'; negárselo sería restringirle el mismo derecho que ya le ha sido reconocido por la jurisprudencia a todo individuo⁴⁴.

⁴⁰ En esta posición de la vigencia temporal se encuentra Casado González, M.; *La eutanasia- Aspectos éticos y jurídicos*, Madrid, Reus, 1994, pág. 44.

⁴¹ A título ilustrativo se puede señalar, que la reciente ley gallega que hemos destacado, nada dice a este respecto.

⁴² Vide respecto al tema de los deberes positivos y negativos el excelente trabajo de Garzón Valdéz, E.; *Los deberes positivos y su fundamentación* en Revista Doxa N° 3 (1986), Madrid, Universidad de Alicante, pág. 17 y ss.

⁴³ Se impone señalar, que aunque en la Instrucción el notario hubiera transcrito la voluntad del deponente de ser sometido a realizaciones eutanásicas y de ellas liberara de toda responsabilidad civil y/o penal al equipo médico, al ser ellas contrarias al mismo ordenamiento jurídico, devienen de irrelevancia jurídica nula. De la misma forma, que para determinados actos médicos, el sólo consentimiento del enfermo no otorga legitimidad para su realización, por caso la realización de un aborto que requiere ciertos supuestos; para las operaciones de cambio de sexo, como también la esterilización de personas donde se impone la indicación terapéutica respectiva.

⁴⁴ Se puede señalar que en las resoluciones paradigmáticas al tema que serán indicadas, en ellas se fueron consolidando la tesis irrefutable del poder autónomo del enfermo y de que en función del mismo, nadie puede ser constreñido a someterse contra su voluntad a tratamiento clínico, quirúrgico o examen médico cuando está en condiciones de

como es el de oponerse a determinados tratamientos médicos, aun cuando de ellos se puede seguir su misma muerte.

De tal guisa que si es posible, que una persona en plena lucidez y aun cuando no se encuentre en estado terminal alguno, pueda efectuar una ponderación axiológica y por ello discernir que no quiere ser sujeto pasivo de una cierta terapéutica, aun cuando esa negación pueda implicar o de hecho necesariamente importe, desencadenar o precipitar su mismo morir; no hay razón jurídica, médica ni natural, que le pueda confutar el mismo derecho a otro individuo, quien ante el supuesto de carecer de lucidez para expresar dicha decisión, la ha dejado a ella suficientemente instrumentada para que así sea respetada.

En realidad que frente al contemporáneo resultado de lo que se ha nombrado como la 'medicalización de la vida'⁴⁵, coartar dicho derecho al enfermo, es lo mismo que dejarlo expuesto a ser un mero sujeto pasivo de la tecnociencia médica, que como tal, ha invadido la totalidad de ámbitos y espacios del propio hombre.

En todo caso seguir un criterio de un tenor diferente, importaría generar un ostensible caso de discriminación, que en realidad el derecho no sólo que no puede propiciar sino mucho menos amparar. Si un enfermo en condiciones de lucidez acreditada puede oponerse a un determinado tratamiento médico, cuando del mismo se siguen en su parecer, criterios disvaliosos, aun cuando resulte evidente que ello importe sin más una misma negación al proceso curativo, terapéutico o sanitario que los médicos como tal están en condiciones de realizar y a los que éste se opone, pues que otro sujeto, en la misma condición de lucidez aunque sin estar propiamente en la situación de enfermo pronto a morir, pero disponiendo para cuando en ella se encuentre; que no pueda hacer una previsión para ese supuesto estado de enfermedad y prescribir el tratamiento que requiere que le sea dispensado por los médicos, resulta una gruesa injusticia.

expresar su voluntad, aun cuando de ello se pueda seguir la misma muerte para el enfermo.

Se deben anotar los autos "Jacobson, Juan", resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 21.II.91 (publicado en La Ley 1991-B-363); caso "Parodi, Angel Fausto" resuelto en autos "Dirección del Hospital Interzonal General de Agudos (HIGA) de Mar del Plata s/ Presentación", resuelto por el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional N°3, Mar del Plata, 18.IX.95 (publicado en El Derecho T.165-360). Finalmente el caso "Bahamondez, M" in re "Bahamondez, Marcelo s/medida cautelar", resuelto por la propia C.S.J.N. con fecha 6.IV.93 (publicado en El Derecho T. 153-254).

⁴⁵ Cfr. Lorenzetti, R.; *Derecho a rechazar tratamientos médicos y derecho a morir en la reforma del Código Civil en Jurisprudencia Argentina T. 1994-II-844.*

Debe advertirse y a los efectos de mostrar ciertos paralelismos de una situación y de otra, que cuando el enfermo se opone a un determinado tratamiento, aun cuando clínicamente se advierta que ello podrá importar de futuro un compromiso de muerte⁴⁶; se está reconociendo 'su' derecho y ello a pesar de quien lo reclama, no se encuentra en modo alguno en una situación que pueda ser tipificada como de enfermo terminal⁴⁷; motivo por el cual, deviene con mayor fortaleza dicho requerimiento cuando quien lo hace, se encuentra en tales condiciones extremas. No admitirlo, reiteramos, es generar una discriminación severa e inaceptable.

En orden a los fundamentos jurídico-positivos en los cuales se asienta el reconocimiento de la misma autonomía del sujeto, con independencia de decir que ello es parte del derecho natural de cualquier persona a oponer su resistencia a no ser sometida a tratamientos que devienen fútiles y/o desproporcionados; en el orden nacional el art. 19 inc. 3° de la ley 17.132 que regula el mismo ejercicio profesional de la medicina así lo impone, pues por ello, es que el médico deberá respetar la voluntad del paciente⁴⁸.

En manera análoga en el ámbito de la Provincia de Córdoba, el mencionado aspecto se encuentra identificado en la ley 6222 del año 1978 que como tal es la rige el ejercicio de la profesión médica, y en ella se indica en el art. 5° inc. 'b' un criterio no sólo análogo al que fuera descripto en la ley nacional, sino en nuestra opinión, con una extensión todavía mayor al citado. Ello resulta de su propio tenor⁴⁹.

⁴⁶ Por ejemplo lo acontecido en los autos Jacobson y Parodi que hemos indicado. En ambos casos el supuesto fáctico es la amputación de un miembro inferior engangrenado, ambos eran pacientes crónicos, diabéticos con complicaciones vasculares y en un supuesto, el último, con clara complicación de muerte frente a la no amputación.

⁴⁷ Se dice que es aquél quien posee una condición patológica diagnosticada con certeza y cuyo pronóstico, sobre la base de la información existente, tiene una muerte próxima (cfr. Lavados, M. y Serani, A.; *Ética clínica. Fundamentos y aplicaciones*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1993, pág. 348).

⁴⁸ Devienen como corolarios de dicha norma los siguientes: "El galeno debe respetar la autonomía o la autodeterminación del paciente; b) Caso contrario, el médico que realizare el acto médico sin el consentimiento del paciente, incurre en una ilicitud civil y penal; c) Que el titular del derecho a prestar o rechazar el consentimiento a que se le efectúe determinado tratamiento es el propio paciente, actuando por sí o a través de su representante legal; d) Una vez dado el consentimiento, el paciente puede ejercer el derecho de revocación o arrepentimiento" (Garay, O.; *Código de derecho médico*, Bs.As., Ad Hoc, 1999, pág. 127).

⁴⁹ Se anota en la mencionada regla de derecho, que los médicos están obligados a "Respetar el derecho del paciente a la vida física y espiritual desde la concepción hasta la muerte, conservándola por medios ordinarios. Para la prolongación de la vida, la aplicación de medios

Además de ello no se puede dejar de señalar, que en la reciente ley provincial 8835 del año 2000 y que formula la llamada 'Carta del Ciudadano', se ocupa en el artículo 6 propiamente de los derechos a la salud, en el inciso 'j' expresamente se indica que "Todas las personas en la Provincia tienen derecho a: (...) Recibir la información necesaria para autorizar, con conocimiento de causa, todo tratamiento que pretenda aplicársele. Tal información deberá contener posibles riesgos y beneficios".

Para concluir con esta idea, no se puede dejar de mostrar que bien se ha puntualizado que si se admite que se debe suministrar información al paciente a los efectos que éste otorgue su consentimiento a la terapéutica que se le propone; por igual sentido común se debe admitir el derecho de que dicho paciente se niegue a la realización que se le solicita que acuerde, y en función de lo cual, no hay otra alternativa que así entenderlo⁵⁰. Huelga destacar, que en nada modifica dicho esquema racional, para el caso, que el consentimiento del enfermo estuviera adelantado negativamente —mediante una Instrucción— al equipo médico, a fines de que éste se abstenga de promover realizaciones distanásicas.

Hasta aquí nos hemos referido, a lo que podríamos denominar como una de las maneras posibles en que los nombrados —equivocamente— testamentos vitales en nuestro derecho positivo puedan ser utilizados; porque en realidad que creemos y junto con otros autores⁵¹, que los mismos también podrían ser instrumentados apoderando a otra persona, para que en el caso concreto en que el poderdante estuviera en una situación que dada su enfermedad no pudiera decidir por sí mismo respecto a la admisión o rechazo de ciertos tratamientos o terapéuticas, sea el apoderado quien decida por él.

En nuestra opinión aparece ello como posible porque precisamente al no ser las mencionadas *Directivas*, propiamente asimilables a disposiciones de última voluntad y que como tal, se encuentran expresamente proscriptas de ser realizadas por la vía del mandato; sino ser actos entre vivos, y no tener objetivamente ningún objeto inmorale o contrario a las mismas leyes, sino por el contrario, consignar la misma autoderterminación y autorización del enfermo a un determinado tratamiento, es que consideramos que no existe dificultad alguna en admitir

extraordinarios quedará reservada al sano juicio del médico y a la voluntad del paciente o de sus familiares en caso de impedimento de éste".

⁵⁰ Cfr. Hooft, P.; *Bioética y derechos humanos- Temas y casos*, Bs.As., Depalma, 1999, pág. 219.

⁵¹ Cfr. Blanco, L.; *Muerte digna- Consideraciones bioético-jurídicas*, Bs.As., Ad Hoc, 1997, pág. 105.

por esta otra modalidad también a las ya citadas *Instrucciones o Directivas respecto a Tratamientos Médicos en caso de Enfermedad Terminal*.

Se trata como se puede colegir, de lo que en el ámbito de la legislación estadounidense se ha nombrado como los 'Poderes para el Cuidado de la Salud'⁵² y que por las características propias de dicho derecho anglosajón, tiene una mayor posibilidad de desarrollo que en el local.

Consideramos de cualquier manera, que la figura del mandato resulta suficientemente amplia⁵³ como para dar acogida favorable al tópico en cuestión, sólo habrá que imponer que el apoderado deba exhibir al equipo médico a quien se le requiere que se abstenga de efectuar los tratamientos que devienen desproporcionados o extraordinarios, del mismo mandato que invoca. Como así también que el nombrado instrumento, deberá tener referencia expresa a cuáles tratamientos deberán ser considerados en dicha categoría, no bastando en nuestra opinión una consideración más o menos laxa o imprecisa, tal como en términos generales para la restante modalidad puede llegar a admitirse.

Además destacamos y a los efectos de no alterar la normativa que rige el instituto del mandato, que tendrá que ser el mismo expreso y resultando ser especial para dicho acto; como también que el poderdante lo pueda revocar libremente. Debe instrumentarse mediante escritura pública.

VI.- JUICIO MORAL

Finalmente cabe señalar, que desde una perspectiva moral confesional, no se advierte ningún tipo de dificultad con la utilización de un instrumento del tenor del propuesto, al grado tal es ello de esta manera, que existen como se ha indicado Conferencias Episcopales (España y también de la Confederación Helvética) que se han mostrado proclives a su utilización.

Ello no podría ser de otra manera, porque rechazar tratamientos extraordinarios o desproporcionados, en manera alguna puede ser asimilado con solicitar por caso una realización eutanásica por el sujeto; sino sólo se trata de requerir el mismo derecho natural y primario a morir

⁵² Se trata de documentos que estipulan que algunos procedimientos médicos específicos no deberían ser usados para mantener al firmante vivo en ciertas circunstancias determinadas (cfr. Dworkin, R.; *El dominio de la vida*, Barcelona, Ariel, 1994, pág. 234).

⁵³ Cfr. artículos 1869, 1872, 1879, 1884, 1889, 1890, 1891, 1907, 3619 y concordantes del Código Civil.

con la dignidad de quien reconoce la finitud de la corporeidad y a la vez solicita, no ser desatendido de los tratamientos paliativos básicos que a todo moribundo corresponde dispensar⁵⁴.

Se trata de dotar de una cuota de sensatez y racionalidad a las decisiones que sobre la vida del otro en su etapa final los médicos a veces se ven impuestos de asumir, muchas veces sin ninguna otra referencia que no sea su propia moralidad y que en el caso concreto, pasan por alejarse de todo vitalismo obsesivo, a partir de la propia definición que el paciente en su más absoluta lucidez ha madurado, ponderado y así decidido.

Bien se ha escrito que atender a los testamentos vitales “significa una aceptación serena de las limitaciones del organismo, de la ciencia y de la técnica, en contra de actitudes prometéicas y fáusticas o de un respeto sacral a la vida no razonable”,⁵⁵.

Sin embargo y a pesar de ello, no se puede dejar de tener una no menor cuota de preocupación, de que en paralelo a los desarrollos socioculturales que existen en no pocas de las comunidades en donde los llamados testamentos vitales tienen una entidad al menos más fuerte que entre nosotros, es que nos cause ello alguna cuota de admiración. Cuando en definitiva es una triste muestra más, la existencia de los mismos testamentos vitales, que ha llegado esta civilización a instalar no sólo la vida sino también la propia dignidad de la muerte, en una etapa de negociación contractual y al grado tal ello así acontece, que tiene que ser documentalmente dispuesta la forma del propio morir.

⁵⁴ Ha escrito Andrew Varga en orden a las leyes que debieran regular dichos instrumentos que “El propósito de tal legislación, afirmar el derecho natural de un paciente terminar a morir en paz, es recomendable y moralmente justa” (*Bioética*, Bogotá, Paulinas, 1988, pág. 279).

⁵⁵ Elizari Basterra, J.; *Bioética*, Madrid, Paulinas, 1991, pág. 191.

LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Isaac Martín Delgado.

Becario de investigación del Área de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha

I.- INTRODUCCIÓN

II.- EL MARCO CONSTITUCIONAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

- A) EL ARTÍCULO 13 CE
- B) DEFINICIÓN DE EXTRANJERO
- C) DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

2. ARTÍCULO 43.1 CE: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

- A) INTRODUCCIÓN
- B) DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL

III.- LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD: LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS

1. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN FAVOR DE LOS EXTRANJEROS CON ANTERIORIDAD A LA LOEx

- A) NORMAS INTERNACIONALES
- B) LA LEY ORGÁNICA 7/85 Y SU REGLAMENTO DE DESARROLLO
- C) OTRAS NORMAS

- i) *La Ley General de Sanidad*
- ii) *La Ley General de la Seguridad Social*

2. LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA

A) CONSIDERACIONES GENERALES

B) EL ARTÍCULO 12 LOEx

- i) *Concesión del derecho a la asistencia sanitaria*
- ii) *Extranjeros empadronados*
- iii) *Menores extranjeros*
- iv) *Mujeres embarazadas*
- v) *Resto de extranjeros*

C) IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

D) ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER

- i) *Derechos de los extranjeros en relación con la asistencia sanitaria*
- ii) *Legitimación*

3. NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

IV.- CONCLUSIONES

V. BIBLIOGRAFÍA

I.- INTRODUCCIÓN

Son muchas las cuestiones que se suscitan en torno al fenómeno de la inmigración y de la extranjería: socio-lógicas, políticas, jurídicas, etc., como muchos son los conflictos que se derivan del mismo.

La realidad social española ha demostrado que España es un país que, aunque no alcanza las cotas de inmigración que poseen países vecinos como Francia o Alemania, recibe una cantidad importante de inmigrantes que, sin duda ninguna, justifica su tratamiento desde todos estos puntos de vista.

Los periódicos y los informativos radio-televisivos nos informan diariamente de problemas suscitados por este fenómeno: interceptación de pateras abarrotadas de personas provenientes del continente africano, conflictos sociales derivados de la convivencia de extranjeros y nacionales en pequeños pueblos de nuestro País, declaraciones de nuestros políticos y representantes de organismos públicos y organizaciones no gubernamentales en torno a qué debe hacerse y qué no para el mejor tratamiento de estas personas y datos estadísticos en relación al número de inmigrantes legales e ilegales que se encuentran en nuestro país, entre otras cuestiones. En definitiva, estamos ante un fenómeno de moda.

El presente trabajo se va a dedicar a la regulación jurídica de la situación del inmigrante extranjero en nuestro país y, más concretamente, al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, entendida como el conjunto de prestaciones de carácter médico y farmacéutico dispensadas por el Estado, sin detenernos en las condiciones sanitarias de los inmigrantes¹. Partiremos para ello

¹ En este sentido, puede consultarse el Documento n° 8650 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, emitido el 9 de Febrero de 2000, sobre "Condiciones sanitarias de los inmigrantes y refugiados en Europa". En él queda claro que los principales problemas de salud que afectan a los inmigrantes se centran en enfermedades contagiosas que ya han sido erradicadas en los países europeos, problemas derivados

de unas breves consideraciones constitucionales para, tras el somero análisis de la situación creada a través de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, y de su reglamento de desarrollo, el Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, y otras normas específicas relacionadas con la asistencia sanitaria, llegar al estudio del sistema introducido por la nueva Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social (LOEx, en adelante), modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de Diciembre.

II.- EL MARCO CONSTITUCIONAL

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Como toda norma que pretende un tratamiento básico de la completa estructura de un Estado, la Constitución Española limita la regulación de la situación de los extranjeros en nuestro país a un solo artículo. Ahora bien, son varios los preceptos constitucionales que pueden aplicarse a los mismos, dando lugar a un sistema en virtud del cual los derechos y libertades concedidos a los extranjeros se equiparan, si bien no totalmente, a los reconocidos a los propios nacionales.

En relación con el tema planteado en este trabajo, el derecho a la asistencia sanitaria, son tres los artículos que deben estudiarse: el artículo 13, que regula con carácter general la concesión de derechos a los extranjeros; el artículo 41, relativo al sistema de la Seguridad Social²; y el artículo 43, que es el que trata específicamente el reconocimiento del derecho a la protección de la salud³.

de carencias alimenticias y malas condiciones de vivienda y deficiencias en la salud profesional y mental, por las condiciones precarias de empleo que suelen padecer y por las presiones psicológicas derivadas del abandono de su país y familia y de los problemas de adaptación con que pueden encontrarse en su país de destino, todo ello agravado por las dificultades en algunos casos para acceder a la atención sanitaria.

² El estudio de este artículo se llevará a cabo al hablar de la Ley General de la Seguridad Social.

³ No obstante, podemos encontrar referencias a acciones protectoras de la salud en otros artículos constitucionales, como el artículo 40.2, relativo a la seguridad e higiene en el trabajo; el 45.2, sobre la calidad de vida y el derecho a un medio ambiente adecuado; el 49, respecto de los disminuidos físicos y psíquicos, el 51.1, en relación con los consumidores y usuarios; el 47, garante del derecho a una vivienda digna; el 39.2, sobre la protección integral de madres e hijos; o el propio artículo 15, que consagra el derecho a la vida y a la integridad física y moral (Pedro Pablo MANSILLA IZQUIERDO, en Reforma sanitaria: Fundamentos para un análisis, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986, págs. 82-87; en el mismo sentido, Luciano PAREJO ALFONSO: "Constitución, Sistema Nacional de Salud y sus formas de organización", en La organización de los servicios públicos sanitarios, Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 17).

A) EL ARTÍCULO 13 CE

En su primer apartado, este artículo reconoce a los extranjeros "*las libertades públicas que garantiza el presente título* (el Título I de la Constitución) *en los términos que establezcan los tratados y la ley*"⁴.

En este sentido, en una interpretación conjunta de los derechos reconocidos a los extranjeros, el Tribunal Constitucional ha distinguido hasta tres categorías, en función del concreto derecho o libertad considerado. Así, en su Sentencia 107/1984, de 23 de Noviembre, afirma que: "*El problema de la titularidad y ejercicio de los derechos y, más en concreto, el problema de la igualdad en el ejercicio de los derechos, que es el tema aquí planteado, depende, pues, del derecho afectado. Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el art. 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contienen); existen otros que pertenecerán o no a los extranjeros según lo que dispongan los tratados y las Leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio*" [Fundamento Jurídico 4º].

En definitiva, en función del concreto derecho o libertad, éste estará reconocido o no a los extranjeros y con un alcance mayor o menor. Derechos relativos a la dignidad de la persona (intimidad, integridad física, libertad ideológica o, incluso, asistencia sanitaria humanitaria⁵) estarían dentro del primer grupo y se concederían en condiciones de igualdad a españoles y extranjeros, como de hecho se hace en los principales tratados internacio-

⁴ Es copiosa la doctrina escrita en torno a dicho precepto, así como las cuestiones surgidas respecto de su aplicación. En lo que interesa al objeto de estas líneas, debe destacarse que, a pesar del tenor literal del mismo, se entiende que la Constitución reconoce en favor de los extranjeros tanto las libertades públicas como los derechos subjetivos contemplados en los artículos 11 a 55 (Título I), en la medida en que les sean de aplicación, y en los términos y con los límites marcados en su legislación de desarrollo, tanto nacional como internacional.

Así lo hizo expresamente la Ley reguladora de los derechos de los extranjeros en España, Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, incluyó, como de hecho contempla su propio título, tanto los derechos como las libertades. Línea seguida igualmente por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, que deroga la anterior, con el título "Sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social".

⁵ Con ello nos referimos al tratamiento mínimo necesario por razones humanitarias: asistencia sanitaria requerida por mujeres embarazadas y menores, básicamente, junto con la asistencia de urgencia en caso de alteración grave de la salud.

nales que regulan esta materia⁶. Los derechos y libertades encuadrados en la segunda categoría se aplicarían, en principio, a los españoles con carácter exclusivo; derechos como el de sufragio (con las excepciones constitucionales), el de igualdad, la libertad de circulación o el derecho de petición están reconocidos expresa y exclusivamente para los españoles. Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional ha extendido el reconocimiento de algunos de ellos a los extranjeros (Sentencia 94/1993, de 22 de Marzo); en lo que aquí interesa, el derecho a la integración en el sistema de Seguridad Social. En la tercera categoría se encontrarían los derechos de configuración legal, especialmente los contemplados en el Capítulo III del Título I de la Constitución (Principios Rectores de la Política Social y Económica), entre los que está el derecho a la protección de la salud⁷.

La principal diferencia entre españoles y extranjeros con respecto al reconocimiento de los derechos y libertades del Título I de la Constitución, radica en el inciso final del artículo 13.1 CE: “*en los términos que establezcan los tratados y la ley*”, lo que hace que todos los derechos atribuidos a los extranjeros deban ser considerados como derechos de configuración legal.

En conclusión, hemos de afirmar, en lo que aquí interesa, que el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros dependerá de lo previsto en los Tratados Internacionales y en las leyes internas reguladoras del mismo.

B) DEFINICIÓN DE EXTRANJERO

La LOEx delimita el concepto de extranjería con el siguiente tenor literal: “*Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*”. Por tanto, definición negativa del término extranjero.

Con la redacción originaria, inmediatamente después de esta definición, el apartado segundo excluía de la aplicación de esta ley “*a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquéllos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario*”, quienes “*se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndo-*

les de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables”.

Sin embargo, con la Ley Orgánica 8/2000 ese segundo apartado ha sido sustituido, disponiendo que “*Lo dispuesto en esta Ley se entenderá, en todo caso, sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales y en los Tratados internacionales en los que España sea parte*”. A pesar de ello, debemos seguir entendiendo que los extranjeros comunitarios están excluidos de la aplicación de esta Ley.

Siguiendo esta interpretación, en el presente estudio se va a excluir el tratamiento del régimen sanitario de que gozan los ciudadanos comunitarios, a los que es de aplicación el Real Decreto 766/1992, de 28 de Junio, modificado por el Real Decreto 737/1995, de 5 de Mayo y el Real Decreto 1710/1997, de 14 de Noviembre y, en la medida en que sean más favorables, las disposiciones de la nueva ley de extranjería. El Real Decreto 864/2001, de 20 de Julio, de ejecución de la LOEx¹⁰, les será de aplicación subsidiaria.

⁹ La desaparición del artículo 1.2 de la Ley 4/2000, siendo sustituido totalmente por otra disposición, tiene su origen en un error parlamentario. Efectivamente, como podemos comprobar en el Informe del Director de las Comisiones de la S.G. del Congreso, emitido el 12 de Febrero de 2001 a instancia del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida y del Diputado, Sr. Laborde Subías, que fueron los que detectaron el mismo, el actual apartado segundo del artículo 1 LOEx, pretendía ser en realidad un nuevo tercer apartado, como había propuesto la Ponencia de la Comisión encargada de la reforma de la LOEx, sin que hubiera ninguna intención de modificar ese segundo apartado. Sin embargo, por error, en el Dictamen de la Comisión se sustituyó el que iba a ser tercer apartado por el segundo, pasando así tanto por el Congreso de los Diputados como por el Senado y llegando a publicarse en el BOE de esa manera. Entre las posibles formas de rectificación del error (corrección de errores, nueva Ley Orgánica o anulación de los trámites efectuados desde la causación del mismo, esto último, lo que solicitaba IU, sin duda, de manera desproporcionada) se ha optado finalmente por mantener la redacción del actualmente vigente apartado segundo del artículo 1, según la modificación operada por la Ley Orgánica 8/2000, entendiendo que lo que se preveía inicialmente en él sigue vigente. Las consecuencias jurídicas de esa supresión son prácticamente irrelevantes.

Debemos destacar, sin embargo, que existe actualmente en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley planteada por el Partido Socialista, de reforma de la LOEx., que, entre otras cosas, dispone la adición al artículo 1 de un nuevo apartado tercero con el mismo tenor literal que tenía el segundo apartado de la redacción originaria de la LOEx. (Proposición 122/000113, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B, nº 127, de 6 de Abril de 2001).

¹⁰ Este Real Decreto deroga el anterior, Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, de desarrollo de la Ley Orgánica 7/1985; a pesar de la derogación de la misma por la LOEx, ha seguido vigente, en todo aquello en que no se opusiera a la nueva ley, hasta la entrada en vigor del reglamento de desarrollo de la LOEx, dado que no se cumplió el plazo previsto en la Disposición Final 6ª de la LOEx, que dispone que “El Gobierno, en el plazo de seis meses aprobará el Reglamento de esta Ley Orgánica”. Por cierto, a diferencia del anterior, el Reglamento de desarrollo de la LOEx no contiene previsiones de carácter más general, relativas al régimen de los extranjeros en España, sino que centra su articulado principalmente en el régimen de visados y permisos. La

⁶ Debe recordarse aquí que estos Tratados, en virtud del artículo 10.2 CE, serán baremos de interpretación de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.

⁷ Esta clasificación de derechos ha sido reiterada por el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 95/2000, de 10 de Abril [Fundamento Jurídico 3º].

⁸ Redacción introducida con la modificación efectuada por la Ley Orgánica 8/2000. La derogada Ley Orgánica 7/1985, de 1 de Julio, empleaba unos términos prácticamente idénticos.

C) DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

Como reconoció el Tribunal Constitucional en la citada Sentencia 107/1984, los extranjeros podrán disfrutar en nuestro país de todos aquéllos derechos y libertades¹² que, por su naturaleza, son inherentes a todo hombre¹³, pues así está reconocido a través de Tratados Internacionales suscritos por España y así lo ha querido nuestra Constitución, al señalar como textos interpretativos todas las normas internacionales reguladoras de los derechos fundamentales y libertades públicas del Título I.

Aun cuando los derechos de los extranjeros en España sean de configuración legal, ello no significa en absoluto que su determinación y alcance se dejen libremente en manos del legislador. Como ha señalado el órgano constitucional en su Sentencia 242/1994, aunque el artículo 13 *“autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España (...), esta posibilidad no es incondicionada”* [Fundamento Jurídico 4º]; de esta manera, la regulación que efectúe el legislador no podrá afectar a los derechos *“que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano o, dicho de otro modo, (...) aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”* [Sentencias 107/1984, de 23 de Noviembre (Fundamento Jurídico 3º) y 99/1985, de 30 de Septiembre (Fundamento Jurídico 2º)].

Junto a estos derechos inherentes a la persona, los extranjeros gozarían de aquéllos otros que, sin ser tan

razón de ello puede estar en el carácter menos exhaustivo de la regulación dada por la Ley Orgánica 7/85, que dejaba muchos aspectos sin tratar (entre ellos, como después se verá, en relativo al derecho a la asistencia sanitaria).

¹¹ El artículo único del Real Decreto, en su tercer apartado, así lo dispone.

¹² Según señala VERDROSS (citado por MIAJA DE LA MUELA, en *Derecho Internacional Privado*, Madrid, 1979, pág. 148), el Derecho Internacional, aunque no impone la equiparación entre los derechos de los nacionales y los de los extranjeros, sí que exige un estándar mínimo a proteger, que estaría integrado el derecho a ser reconocido como sujeto de derechos; derecho a la vida; derecho a no ser arbitrariamente detenido; derecho a no ser torturado ni maltratado; derecho al libre acceso a los Tribunales; y derecho al ejercicio de ciertos derechos civiles básicos (familia, básicamente).

¹³ Este es el sentido de su artículo 10, apartado segundo. Entre otras, debemos señalar la expresamente citada *Declaración Universal de Derechos Humanos*, aprobada por la Asamblea General de la O.N.U. el 10 de Diciembre de 1948; el *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales*, de 4 de Noviembre de 1950; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, de 19 de Diciembre de 1966; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, de la misma fecha; y la reciente *Carta Europea de Derechos Fundamentales*, emanada en el seno de la Unión Europea. La propia LOEx reitera, en el apartado 2 de su artículo 3, esa necesidad de interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales de los extranjeros de conformidad con los textos internacionales.

básicos, están reconocidos en textos internacionales suscritos por España o han sido establecidos por voluntad del legislador nacional. Son los que antes hemos llamado derechos de configuración legal, que, aunque la Constitución no reconoce expresamente en favor de los extranjeros, se entienden concedidos por ésta.

Entre ellos, como después se verá, se encontraría el derecho a la asistencia sanitaria, reconocido en favor de las embarazadas, los menores y para los casos de urgencia.

2 ARTÍCULO 43.1 CE: EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD

A) INTRODUCCIÓN

Como señala BERMEJO VERA¹⁴, *“la protección de la salud es uno de los principios fundamentales reconocidos en cualquier Estado moderno, principio que se plasma en la actualidad como un derecho de todo ciudadano a exigir un mínimo de prestaciones sanitarias conformes a la dignidad humana y al nivel de desarrollo social y económico de cada Estado”*. Y dentro de ese concepto de ciudadano, se encontrarían también los extranjeros, en los términos reconocidos por los Tratados internacionales y las normas internas.

Como se ha dicho, bajo el título *“De los principios rectores de la política social y económica”*, el Capítulo Tercero del Título I de nuestra Constitución recoge una serie de derechos que, sin tratarse de derechos fundamentales en sentido estricto, vinculan a los poderes públicos y, una vez producido su necesario desarrollo legal, deben entenderse como derechos subjetivos en el amplio sentido de la palabra.

Dentro de ellos se encuentra el derecho a la salud, regulado en el artículo 43 CE, cuyo primer apartado dispone que *“Se reconoce el derecho a la protección de la salud”*, términos generales que se concretan en el segundo apartado en la obligación de los poderes públicos de *“organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios”*. Finalmente, el propio apartado segundo, *in fine*, afirma que *“La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”*.

Como afirma BEATO ESPEJO, la Constitución no regula el derecho a la salud en sí mismo, sino el derecho a que los poderes públicos, con el objeto de protegerla, adopten las medidas oportunas para eliminar las deficien-

¹⁴ Derecho Administrativo. Parte Especial (Tercera Edición). Civitas, Madrid, 1998. Pg. 179.

cias en la salud, prevenir enfermedades, curarlas, en su caso, y fomentar la educación en esta materia¹⁵. En este sentido, MUÑOZ MACHADO mantiene que el derecho a la salud comprende un aspecto negativo y otro positivo: “el derecho del individuo a que el Estado se abstenga de cualquier acto que pueda lesionar su salud” y el derecho al “conjunto de medidas que los poderes públicos deben establecer para conseguir la prevención de las enfermedades o la mejora de las condiciones sanitarias generales”, respectivamente.

Y por salud pública, este mismo autor, citando a WISLOW, entiende “la ciencia y el arte de, primero, impedir las enfermedades; segundo, prolongar la vida; y tercero, fomentar la salud y la eficacia mediante el esfuerzo realizado por la comunidad para el saneamiento del medio, el control de las enfermedades transmisibles, la educación de los individuos en higiene personal, la organización de los servicios médicos y de enfermería para el diagnóstico temprano y el tratamiento preventivo de las enfermedades y el desarrollo de un mecanismo social que asegure a cada uno un nivel de vida adecuado para la consecución de la salud, organizando estos beneficios de tal modo que cada ciudadano se encuentre en condiciones de gozar en su derecho natural a la salud y a la longevidad”¹⁶.

B) DERECHO DE CONFIGURACIÓN LEGAL

Como puede apreciarse, la Constitución habla en términos sumamente generales, no limitando el reconocimiento del derecho solamente a los españoles, aunque tampoco se refiere a todos los ciudadanos.

Debemos, por ello, fijarnos en el lugar donde está ubicado el precepto. Como acabamos de señalar, se trata del Capítulo Tercero, cuya única virtualidad jurídica es la reconocida por el artículo 53.3 CE: “El reconocimiento, respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”.

Ello implica, en consecuencia, que sólo habrá derecho subjetivo, cuya lesión sería susceptible de impugnación ante los Tribunales, cuando se produzca su desarro-

llo normativo. Entretanto, como señala FERNÁNDEZ PASTRANA, el artículo 43 estaría reconociendo un “derecho a que se establezcan derechos”¹⁷.

En otras palabras, “del artículo 43 de la Constitución pueden resultar intereses legítimos (...) pero pueden y deben, y éste es el mandato constitucional, resultar igualmente derechos subjetivos, y entre ellos el derecho a recibir asistencia sanitaria y las demás prestaciones positivas pensables, pues ése y no otro es el sentido de que el artículo 43.2 se refiera, junto a las medidas preventivas, <<a las prestaciones y servicios necesarios>>”¹⁸.

Esto sería de aplicación tanto para los nacionales como, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13.1 CE, para los extranjeros. En consecuencia, la asistencia sanitaria de los extranjeros estaría sometida a una doble necesidad de desarrollo legislativo: por una lado, por tratarse de un principio rector de la política social y económica y, por otro, por ser un derecho en favor de los extranjeros. Producido éste, el derecho a la protección de la salud será de titularidad de todos los ciudadanos, ya sean nacionales o extranjeros, que se encuentren en necesidad de atención sanitaria.

Como señala BERMEJO VERA, este derecho “supone fundamentalmente el reconocimiento de un derecho individual –subjetivo– a obtener de los poderes públicos una acción social protectora frente a una necesidad de carácter sanitario, sentida socialmente. A resultas de tal situación, el Estado deberá crear y organizar el oportuno servicio que garantice la satisfacción de este derecho individual”²⁰. Y ello, como mantiene PUERTA SEGUI-DO, de tal manera que “permita extender la asistencia sanitaria pública a todos los ciudadanos y a los extranjeros residentes en España en condiciones de igualdad efectiva”, mientras que “los extranjeros no residentes en España, así como los españoles fuera del territorio na-

¹⁷ El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional. Civitas, Madrid, 1984. Pg. 62

¹⁸ Ibidem, pgs. 63 y 64.

¹⁹ Desarrollo que deberá hacerse por ley ordinaria, y no orgánica, por no tratarse de uno de los supuestos incardinados en el artículo 81 CE. La LOEx, que tiene rango de Ley Orgánica, reconoce expresamente en su artículo 12 el derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria, como después veremos; no obstante, en su Disposición Final 4ª señala que el contenido de varios de sus artículos no posee carácter orgánico. Entre ellos se encuentra el propio artículo 12.

²⁰ Op. cit. Derecho Administrativo... Pg. 181. En el mismo sentido, Garrido Falla, en op. cit. Comentarios a la Constitución... (Comentario al artículo 43). Pg. 789.

¹⁵ “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad”, en Revista de Administración Pública, nº 119, 1989, págs. 379-418 (en pág. 401)

¹⁶ La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos, Alianza Editorial, Madrid, 1995 (págs. 94 y 95).

cional tendrán garantizado tal derecho en la forma que las Leyes y Convenios Internacionales establezcan”²¹.

En definitiva, corresponderá al legislador el reconocimiento de ese derecho a la asistencia sanitaria organizada y pública, así como su alcance, todo ello, con respeto a las exigencias constitucionales y a los principios de universalidad e igualdad (necesarios en todo servicio público)²².

En resumen de todo lo dicho en los epígrafes anteriores pueden citarse las palabras del Tribunal Constitucional recogidas en el Fundamento Jurídico 3º de su Sentencia 95/2000, de 10 de Abril: *“tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE), se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del art. 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes”*.

Por ello, el siguiente capítulo lo dedicaremos al estudio de la configuración legal de este derecho, ausente en la Ley Orgánica 7/1985, otorgada por su reglamento de desarrollo y ampliada por la LOEx, cuyo régimen jurídico viene establecido por la Ley General de Sanidad y por la Ley General de la Seguridad Social.

²¹ *“La Sanidad”*, en Derecho Autonómico de Castilla-La Mancha (Director Luis Ortega). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000. Pg. 427.

²² *Los principios de universalidad e igualdad implican la necesidad de extender el servicio sanitario a todos, con el límite de la capacidad financiera del Estado, y de prestar el mismo a todos por igual, cuando así se establezca por ley, precisamente como consecuencia de su definición como servicio público. Para la consideración de la sanidad como servicio público, véase FERNÁNDEZ PASTRANA, op. cit. El servicio público de la Sanidad. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Octubre de 1984 señala que “La naturaleza de la acción sanitaria deberá concebirse como un servicio público, máxime después de la declaración constitucional –artículo 43.2– de que compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios sanitarios”*.

III.- LA CONFIGURACIÓN LEGAL DEL DERECHO A LA SALUD: LA ASISTENCIA SANITARIA DE LOS EXTRANJEROS

1) EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA EN FAVOR DE LOS EXTRANJEROS CON ANTERIORIDAD A LA LOEx

A) NORMAS INTERNACIONALES

El artículo 10.2 CE, dispone que *“Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*. Similar redacción posee el artículo 3.2 LOEx.

Los dos preceptos más relevantes en esta materia son el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

El primero de ellos establece que *“Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y, en especial, la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios...”*; el segundo, por su parte, señala que *“Los Estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”*, conteniendo en los apartados siguientes una serie de objetivos y medidas en desarrollo de esta norma general, tales como la reducción de la mortalidad, la mejora en la higiene del trabajo o la prevención de enfermedades.

Junto a estos textos, debe incluirse aquí la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, cuyo artículo 24 reconoce para menores el derecho a la salud y los servicios asistenciales básicos y el derecho a la atención sanitaria pre y postnatal para las madres²³.

Por último, debemos citar la recientemente aprobada Carta Europea de Derechos Fundamentales, que aunque, en principio carece de fuerza vinculante por no haber sido plasmada en norma jurídica, sino proclamada solemnemente, sí tiene efectos jurídicos en nuestro ordenamiento (como, de hecho, se están produciendo)²⁴. Este

²³ *Derechos que han sido ratificados posteriormente por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, sobre Protección Jurídica del Menor.*

²⁴ *Recientemente, nuestro Tribunal Constitucional, en el F.J. 8º de su Sentencia 292/2000, de 30 de Noviembre (por tanto, antes de la entrada*

texto, en su artículo 35 dispone que *“Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”*. Como vemos, mera declaración, al remitirse a lo dispuesto en la legislación nacional, pero que puede servir de inspiración en la interpretación de la misma por la vía del artículo 10.2 CE.

En conclusión, como puede apreciarse, reconocimiento general y limitado del derecho a la asistencia sanitaria por parte de las normas internacionales, que afecta básicamente a menores, mujeres embarazadas y extranjeros necesitados de atención sanitaria de urgencia²⁵.

A) LA LEY ORGÁNICA 7/85 Y SU REGLAMENTO DE DESARROLLO

Como señalaba la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 7/85, de 1 de Julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, hasta su promulgación, el ordenamiento jurídico de nuestro país había carecido (desde el Real Decreto de 17 de Noviembre de 1852) de una normativa que recogiera con carácter general y sistemático los principios informadores del Derecho de Extranjería. Fue con ella con la que se consiguió dar un tratamiento uniforme a esta materia, si bien con ciertos defectos y lagunas en las que no podemos detenernos.

En su artículo 4.1, señalaba que *“Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos en la presente Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos”*. Así, reconocía derechos como el de sindicación, reunión, asociación, libre circulación o educación; sin embargo, omitía toda regulación respecto del derecho a la asistencia sanitaria.

Por tanto, para la configuración de este derecho debía acudir a las normas reguladoras del mismo, bási-

en vigor de la Carta, que fue proclamada en el seno de la Conferencia Intergubernamental de Niza y publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 364, de 18 de Diciembre), ha acudido a la Carta para resolver un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de Diciembre, sobre Protección de Datos de Carácter Personal.. En consecuencia, aunque sin valor vinculante, en principio, sí posee efectos jurídicos.

²⁵ En relación con la asistencia sanitaria de urgencia debemos mencionar la Resolución del Consejo de 4 de Marzo de 1996 (DOCE C 80, de 18 de Marzo), relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración en el territorio de los Estados Miembros de la Unión Europea, que recomienda a los Estados comunitarios la prestación de asistencia sanitaria en condiciones de igualdad con los nacionales para situaciones de urgencia (Punto V.2)

camente la Ley 14/1986, de 25 de Abril, General de Sanidad y el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, como después se verá.

Junto con los textos legales, debe destacarse el ya mencionado Real Decreto 155/1996, de 2 de Febrero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, dictado en desarrollo de la Ley Orgánica 7/1985²⁶. Su primer artículo añadía algo más al artículo 4.1 de la Ley para cuya ejecución fue dictado, al disponer que *“Los extranjeros gozarán de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución, en los términos establecidos por las leyes que los desarrollen, los Tratados Internacionales suscritos por España y, en especial,[y aquí está lo importante] por la Ley Orgánica 7/85 y lo dispuesto en el presente Reglamento”*.

Señalamos la importancia de este último inciso por dos razones: en primer lugar, el artículo 2 del Real Decreto, en su primer apartado, afirmaba que *“Los extranjeros tienen plenamente garantizados en el territorio español, en igualdad de condiciones que los españoles, los derechos que son inherentes a las personas”*, dentro de los cuales, como ya se dijo, se encontraría la asistencia sanitaria a menores y mujeres embarazadas y la de urgencia por alteración grave de la salud; por otro lado, el artículo 9 del Real Decreto dispone que *“Los extranjeros podrán acceder a las prestaciones y servicios organizados por los poderes públicos para la protección de la salud, de acuerdo con lo dispuesto por la legislación específica sobre la materia”*. Como puede apreciarse, aunque remitiéndose a la legislación específica sobre la materia, este artículo reconocía expresamente el derecho de los extranjeros a la asistencia sanitaria.

Junto con ambos artículos, debemos citar igualmente el artículo 8 del Reglamento, que disponía que *“Los extranjeros tendrán acceso a la asistencia y prestaciones sociales ante las situaciones de necesidad, especialmente en el caso de desempleo, conforme a lo que se establezca en la normativa reguladora, fundamentalmente la relativa al sistema de la Seguridad Social”*.

Ello es lo que lleva a afirmar a APRAIZ MORENO, con anterioridad a la entrada en vigor de la LOEx, que la asistencia sanitaria en el sistema de la Seguridad Social es un derecho reconocido a todos los ciudadanos, incluidos, por tanto, los extranjeros²⁷.

²⁶ Este Reglamento derogó el anterior, aprobado por el Real Decreto 1119/1986, de 26 de Mayo.

²⁷ Derecho de Extranjería (Tomo I). JB, Barcelona, 1998. Pg. 130.

C) OTRAS NORMAS

i) *La Ley General de Sanidad*

La Ley 14/1986, de 25 de Abril, tiene por finalidad, como señala su artículo 1, “*la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución*”.

Aunque más preocupada por la estructura del sistema y su organización que por el contenido básico de la actividad sanitaria, esta norma universalizó en nuestro país el derecho a la asistencia sanitaria²⁸, reconociéndola en condiciones de igualdad tanto para los españoles como para los extranjeros que residieran legalmente en España.

En lo que a nosotros interesa, según la regulación dada por la Ley (LGS, en adelante), se distinguen dos categorías de extranjeros:

- aquéllos que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, a los que el apartado segundo del artículo 1 les reconoce expresamente el derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria,
- aquellos otros no residentes en España, que tendrán garantizado el derecho en la forma que las leyes y los convenios internacionales establezcan.

Como veremos inmediatamente, la LOEx ha extendido el primero de los supuestos de tal forma que todos los extranjeros, legales o ilegales, van a poder ser titulares del derecho a la asistencia sanitaria y en condiciones de igualdad respecto de los españoles, con inclusión del ejercicio pasivo del derecho.

El Capítulo I del Título I de la Ley recoge los principios generales por los que se debe regir el reconocimiento de estos derechos.

La Ley, sin embargo, restringe el ámbito de aplicación del derecho a la asistencia sanitaria a los españoles al afirmar, en el artículo 3.2, que “*La asistencia sanitaria pública se extiende a toda la población española*”.

En consecuencia, paradójica atribución de derechos: mientras que el artículo 1.2 LGS, en desarrollo del artículo 43 CE, otorga la titularidad del derecho a la protección de la salud a españoles y extranjeros residentes legalmente en España, el artículo 3.2 restringe el acceso a la asistencia sanitaria pública a la población española.

²⁸ Véase el artículo 46.1 a) de la Ley.

Ello ha sido interpretado por APARICIO TOVAR²⁹ en el sentido de entender que existen dos títulos jurídicos distintos para el acceso a las prestaciones sanitarias, rompiéndose aparentemente, como señala RAMOS QUINTANA³⁰, el principio de universalidad de cobertura en la asistencia sanitaria.

Esto se deriva de algo que ya se mencionó al hablar del artículo 43 CE; el derecho a la protección de la salud se desglosa en una doble vertiente: la salud pública, con la finalidad de conservar la salud de la colectividad, y la asistencia sanitaria, referida a la vertiente individualizada. En otras palabras, separación entre el concepto de derecho a la protección de la salud y el de derecho a la asistencia sanitaria, por voluntad del legislador.

De esta manera, el derecho a la protección de la salud sería de titularidad de todos los ciudadanos, españoles o extranjeros, mientras que el derecho a la asistencia sanitaria, en principio, quedaría limitado a los españoles, salvo que se trate de extranjeros afiliados al sistema de la Seguridad Social (por tanto, residentes legales), en cuyo caso sí se beneficiarían de la asistencia sanitaria prestada por la Seguridad Social.

En consecuencia, la inclusión de los extranjeros en el derecho a la asistencia sanitaria pública dependería de su inclusión en el sistema de la Seguridad Social³¹.

ii) *La Ley General de la Seguridad Social*

El art. 41 CE dispone que “*Los poderes públicos mantendrán un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo. La asistencia y prestaciones complementarias serán libres*”.

Con estas palabras, nuestra Constitución da pie a la regulación por parte del Estado del régimen de la Seguridad Social, tendente a cubrir las necesidades sociales de los ciudadanos. Y, dentro del mismo, se encuentra la asistencia sanitaria.

Como es conocido, la asistencia sanitaria pública (también la de los extranjeros), viene prestada por los

²⁹ La Seguridad Social y la protección de la salud. Madrid, Civitas, 1989 (pg. 217 y ss.). En el mismo sentido, RAMOS QUINTANA, en “*Derechos de los trabajadores extranjeros*”, Revista Española de Derecho del Trabajo, n° 86, 1997. Pg. 863 (en pg. 885).

³⁰ Op. cit. “*Derechos de los trabajadores extranjeros...*”. Pg. 885.

³¹ Así lo entiende igualmente RAMOS QUINTANA (Ibidem. Pg. 886). En el mismo sentido, HURTADO GONZÁLEZ, en “*Derecho a la protección de la salud y derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social*”, Tribuna Social, n° 78, 1997, págs. 20-31 (en pág. 28).

servicios sanitarios de la Seguridad Social, por lo que debemos acudir a la normativa que lo regula: básicamente, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y el Decreto 2065/1974, de 30 de Mayo.

El artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/1994 (LGSS, en adelante) señala que el derecho de los españoles a la Seguridad Social contemplado en la Constitución se regulará de conformidad con lo dispuesto en la propia Ley. Aunque no hace mención alguna al derecho de los extranjeros a la Seguridad Social, el artículo 7.1 considera la afiliación de los extranjeros al régimen de la Seguridad Social al disponer que *“Estarán comprendidos en el Sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones de modalidad contributiva, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros³² que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional y estén incluidos en alguno de los apartados siguientes”*: ser trabajador por cuenta ajena en el sentido del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores o ser trabajador por cuenta propia o autónomo³³.

Por su parte, el apartado 5º del artículo 7 regula el reconocimiento a los extranjeros del derecho a las prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, atribuyéndoselo exclusivamente a los hispanoamericanos, portugueses, brasileños, andorranos y filipinos que residan en el territorio español, con exclusión del resto, que sólo gozarán del mismo en la medida en que así se disponga en los Tratados sobre la materia o así se establezca en virtud del principio de reciprocidad.

Esto es lo que hacía que, con anterioridad a la LOEx, solamente los trabajadores extranjeros dados de alta en la Seguridad Social y, por tanto, cotizadores, y los que poseyeran alguna de las nacionalidades antes señaladas, tuvieran derecho a la asistencia sanitaria³⁴, de con-

formidad con lo previsto en el artículo 100 del Decreto 2065/1974.

Esta previsión se ve ahora avalada por la LOEx que, en su artículo 10.1, señala que *“Los extranjeros que reúnan los requisitos previstos en esta Ley Orgánica y en las disposiciones que la desarrollen tendrán derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como al acceso al Sistema de la Seguridad Social, de conformidad con la legislación vigente”*. Además, el artículo 14, en su primer apartado, confirma ese derecho de acceso en las mismas condiciones que los españoles³⁵, con la diferencia de que ya no hay preferencia alguna en favor de determinados colectivos de inmigrantes.

Por tanto, como se verá a continuación, tanto ellos como los inmigrantes empadronados, menores y mujeres embarazadas podrán beneficiarse de las prestaciones sanitarias del Sistema de la Seguridad Social que, como señala el artículo 38.1 a) LGSS, comprenden la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo³⁶.

El Decreto 2065/1974, por su parte, concreta el contenido del derecho a la asistencia sanitaria del Régimen General de la Seguridad Social, afirmando en su artículo 98.1 que *“tiene por objeto la prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar o restablecer la salud de los beneficiarios de dicho régimen, así como su aptitud para el trabajo”*, servicios que pueden ser medidas preventivas y prestaciones sanitarias, abarcando estas últimas la atención primaria y la especializada, las prestaciones farmacéuticas y otras prestaciones complementarias, a parte de los servicios de información y documentación sanitaria.

La protección pasiva del derecho queda garantizada en el artículo 100.3, que otorga legitimación a los trabajadores y pensionistas titulares del derecho a la asistencia sanitaria tanto en vía administrativa como en vía judicial.

En definitiva, uniendo la Ley General de Sanidad y la normativa de la Seguridad Social, llegamos a la conclusión de que el derecho a la asistencia sanitaria es universal, pero solamente en el sentido de acceso de todo ciudadano a los servicios sanitarios, pero no de gratuidad de los mismos para todos, que es diferente. En conse-

³² A los que el artículo 7 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de Marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, otorga capacidad para contratar la prestación de su trabajo.

³³ Esta redacción ha sido introducida por la Ley 13/1996, de 30 de Diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden social (artículo 91). Con anterioridad a la misma sólo se hacía referencia a los trabajadores españoles.

³⁴ El artículo 6.1 b) del Convenio nº 97 de la OIT, de 1 de Julio de 1947, ya obligaba a los Estados contratantes a prestar asistencia sanitaria por accidentes de trabajo, enfermedad común y profesional y maternidad a los nacionales de los Estados parte en el mismo, si bien condicionada a la residencia legal en el territorio.

³⁵ Debe destacarse aquí la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 15 de Noviembre de 1996 [Asunto Gaygusuz contra Austria], que prohíbe que los extranjeros residentes legales sean discriminados con relación a los nacionales de un Estado en materia de prestaciones de la Seguridad Social.

³⁶ En el mismo sentido, artículo 99 del Decreto 2065/1974.

cuencia, en relación con los extranjeros, la asistencia sanitaria les va a venir reconocida para los casos en que estén afiliados a la Seguridad Social o a aquellos otros que se puedan beneficiar de las prestaciones no contributivas de la misma. El resto podrá acceder a las prestaciones sanitarias, pero en concepto de usuario privado.

Esta situación ha sido modificada por la LOEx.

2. LA NUEVA LEY DE EXTRANJERÍA

A) CONSIDERACIONES GENERALES

La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros y su integración social, que deroga la anterior Ley Orgánica 7/1985, ha introducido importantes novedades en materia de extranjería.

Tras delimitar negativamente el concepto de extranjero y excluir a determinadas categorías del mismo, señala, en su artículo 3.1 que *“Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”*. La trascendencia de esta disposición es ciertamente relevante, al consagrar como criterio interpretativo la igualdad en la concesión de derechos y libertades en favor de los extranjeros³⁷. Ello, con los límites y en los términos establecidos en la propia Ley Orgánica y en la legislación de desarrollo, con lo que deberán cumplirse los requisitos normativos exigidos que, en determinadas ocasiones, matizarán esa igualdad.

Con esta regulación, la LOEx modifica, sin duda alguna, lo ya dicho respecto del principio de igualdad. Así, si tal y como estaba la situación antes de la misma, el disfrute de los derechos y libertades del Título I de la Constitución por parte de los extranjeros no tenía por qué darse en condiciones de igualdad, ahora, con la LOEx, y por voluntad expresa del Legislador, esa concesión de derechos se hace bajo las exigencias del principio de igualdad, porque así ha querido configurarse legalmente el régimen de extranjería en España, prescindiendo del elemento de la nacionalidad como condicionante general de la titularidad y el ejercicio de los derechos que atribu-

ye a los extranjeros, entre ellos, el derecho a la asistencia sanitaria³⁸.

B) EL ARTÍCULO 12 LOEx

i) Concesión del derecho a la asistencia sanitaria

En lo que interesa al objeto de este estudio, la LOEx ha extendido el ámbito de extranjeros amparados por el derecho de asistencia sanitaria, no sólo al reconocérselo con mayor amplitud a menores de edad y mujeres embarazadas (algo que, como se ha visto, ya estaba reconocido en nuestro ordenamiento), sino por otorgar a los extranjeros³⁹, incluso ilegales, el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia hasta el alta médica y, a aquellos que estén empadronados, el derecho a la asistencia sanitaria pública en condiciones de igualdad con los españoles⁴⁰.

El alcance y la importancia de esta atribución son fácilmente palpables: prácticamente equipara a españoles y extranjeros en el acceso a las prestaciones sanitarias, a diferencia del sistema anterior, que, con la excepción de los menores y las mujeres embarazadas y los supuestos humanitarios, sólo lo permitía en la medida en que se fuera trabajador residente y afiliado al sistema de la Seguridad Social.

El artículo 12 LOEx dispone que *“1. Los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón*

³⁸ Además, en apoyo a esa garantía de igualdad en el disfrute de los derechos otorgados a los extranjeros, el artículo 23.1 LOEx considera discriminación “todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”. Además, en su segundo apartado, considera como actos de discriminación, entre otros, los efectuados por la autoridad o funcionario público o personal encargados de un servicio público en el ejercicio de sus funciones (y la sanidad lo es), y aquellos otros que impongan condiciones más gravosas que a los españoles en materia de servicios sociales y socioasistenciales o respecto de cualquiera de los derechos reconocidos en la Ley (si bien, en este caso, limitado a los extranjeros que residan legalmente en España).

Por su parte, el artículo 54 c) castiga como infracción muy grave (sancionable, por tanto, con multa de 1.000.001 a 10.000.000 de ptas.) la realización de este tipo de conductas discriminatorias.

³⁹ Es preciso recordar que las prestaciones de asistencia sanitaria no sólo se reconocen a los titulares del derecho, sino también a los familiares o asimilados que estén a su cargo, en concepto de beneficiarios, tal y como se desprende del artículo 100.1 c) del Decreto 2065/1974, de 30 de Mayo.

⁴⁰ La mejor garantía de que el derecho a la asistencia sanitaria se atribuye a los extranjeros en condiciones de igualdad respecto de los españoles y, en consecuencia, de la igualdad ante los servicios sanitarios, viene dada por la tarjeta sanitaria, documento individualizado que da acceso a los mismos con independencia de la nacionalidad, del status social o de la capacidad adquisitiva de su titular.

³⁷ Debe tenerse en cuenta que la Ley garantiza el ejercicio tanto activo como pasivo del derecho, en el sentido de poner a disposición del extranjero titular los medios y vías administrativas y judiciales para hacer valer el mismo.

del municipio en el que residan habitualmente, tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

2. Los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica.

1. Los extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles

2. Las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto.

Como se puede comprobar la amplitud con la que este artículo reconoce el derecho a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros es mucho mayor que cualquiera de los reconocimientos anteriores, no sólo por contener una redacción más detallada y con una mayor diferenciación de supuestos, sino, sobre todo, porque alcanza tanto a los inmigrantes que residen legalmente en nuestro país como a aquéllos otros que se encuentran en él de forma ilegal.

El propio artículo diferencia claramente cuatro supuestos que derivan en cuatro regímenes distintos a la hora de conceder el derecho de asistencia sanitaria: inmigrantes inscritos en el padrón; inmigrantes no inscritos, en relación con la asistencia sanitaria pública de urgencia; menores de edad; y mujeres embarazadas⁴¹. Junto a ellos, se encontrarían otros dos grupos no mencionados en el artículo 12 LOEx: los extranjeros afiliados al sistema de la Seguridad Social, que disfrutarían del derecho a la asistencia sanitaria en la misma forma en que lo hacen los españoles afiliados, y los extranjeros que, aunque inscritos, no acreditan insuficiencia de recursos, que quedarían excluidos de la titularidad del derecho, pudiendo acceder a los servicios sanitarios como usuarios privados.

Lo previsto en este artículo ha sido desarrollado por la Instrucción del INSALUD de 31 de Enero de 2000, cuyas previsiones iremos exponiendo a lo largo de los siguientes epígrafes.

⁴¹ Cualquiera de los inmigrantes incluidos en uno de estos cuatro supuestos gozarán de este derecho en las mismas condiciones que los españoles, siguiendo el criterio interpretativo marcado por el artículo 3.1 y lo dispuesto en el propio artículo 12 LOEx.

ii) Extranjeros empadronados

Como señala el primer apartado del artículo 12, los extranjeros que se encuentren en España y se empadronen en el municipio en que residan habitualmente tienen derecho a la asistencia sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles.

Y esas condiciones implican que, a parte de los extranjeros residentes y con permiso de trabajo, afiliados al sistema de la Seguridad Social, podrán beneficiarse de los servicios sanitarios aquéllos otros que, con independencia de que se encuentren legalmente en España o carezcan de los documentos necesarios para ello, estén empadronados y no posean recursos económicos suficientes⁴². Con ello, la expresión contenida en el artículo 3 LGS, que hace referencia a la “población española” como beneficiaria de la asistencia sanitaria pública, queda superada y debe entenderse reemplazada por la contenida en el artículo 12 LOEx, en el sentido de que la asistencia sanitaria se reconoce no sólo a los españoles, sino también los extranjeros que se encuentren en España inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente.

Dos son, pues, las condiciones para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria: empadronamiento y carencia de recursos económicos suficientes.

Esta última condición viene contemplada en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de Septiembre, que regula el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes. Aunque pensado para aquéllos nacionales⁴³ que, ajenos al sistema de la Seguridad Social, no poseen recursos para sufragar los gastos que pueda generar su falta de salud, se está aplicando, desde la entrada en vigor de la LOEx, a los extranjeros que se encuentran en nuestro país. La forma normal de acreditación de la carencia de recursos económicos es la presentación de la declaración del Impuesto sobre la Renta del último ejercicio, algo que se podrá hacer solamente cuando se venga obligado a ella. En el

⁴² Es precisamente esa exigencia de igualdad de condiciones con respecto a los españoles la que implica la necesidad del requisito de insuficiencia de recursos económicos. El reconocimiento del derecho a asistencia sanitaria gratuita sin estar integrado en el sistema de la Seguridad Social por el simple hecho de ser extranjero empadronado sería discriminatorio para los propios españoles.

⁴³ Como demuestra, de hecho, su primer artículo al reconocer el derecho a la asistencia sanitaria “a los españoles que tengan establecida su residencia en el territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes”.

resto de los casos, la acreditación se podrá hacer verbalmente⁴⁴.

De esta forma, y a diferencia del sistema al que estamos habituados, tanto el cónyuge del solicitante extranjero como sus hijos mayores de edad, podrán presentar solicitudes independientes, siendo reconocidos, en su caso, como titulares (y no simples beneficiarios) del derecho a la asistencia sanitaria.

Por su parte, el requisito del empadronamiento es obligación de los poderes públicos⁴⁵ y de los propios ciudadanos residentes habitualmente en un municipio. Así lo exige el artículo 15 de la Ley 7/1985, de 2 de Abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL, en adelante) al disponer que “Toda persona que viva en España está obligada a inscribirse en el Padrón del municipio en el que resida habitualmente”⁴⁶; el artículo 16.1, que define el Padrón municipal como “el registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio”.

En desarrollo de estas previsiones, la Resolución de 21 de Julio de 1997, por la que se dictan instrucciones técnicas a los Ayuntamientos sobre actualización del Padrón Municipal (su apartado 5 se dedica expresamente al empadronamiento de extranjeros), señala que “deben estar dadas de alta todas las personas que habitan en el municipio, sean nacionales o extranjeras, y, en este último caso, tengan o no regularizada su situación en el Registro del Interior”⁴⁷. En consecuencia, queda clara la independencia de la inscripción en el Padrón respecto de la situación del extranjero en nuestro país y la falta de competencia por parte de los Ayuntamientos para con-

trolar la permanencia de los extranjeros en el territorio español⁴⁸.

El artículo 18 LBRL señala, en su segundo apartado, que “La inscripción de los extranjeros en el Padrón no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España”. Como puede comprobarse, el artículo 12 LOEx recoge el requisito del empadronamiento no como prueba de residencia legal en España⁴⁹, sino como condición imprescindible para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, con independencia de que el solicitante esté residiendo en nuestro país legal o ilegalmente. Ello, en una interpretación *sensu contrario* del artículo anteriormente reproducido, no se opone a lo dispuesto en el mismo: el empadronamiento confiere (al menos, es uno de los requisitos para ello) el derecho a la asistencia sanitaria porque así lo prevé la LOEx⁵⁰.

⁴⁸ Como manifiesta la propia Resolución al afirmar que “El Ayuntamiento ni interviene en la concesión de los permisos de residencia ni es competente para controlarlos. Su obligación es reflejar en un registro, el Padrón, el domicilio y las circunstancias de todas las personas que habitan en su término municipal. Y de la misma manera que no debe controlar a través del Padrón la legalidad o ilegalidad de la ocupación de la vivienda, tampoco debe realizar ningún control sobre la legalidad o ilegalidad de la residencia en territorio español de ninguno de sus vecinos”.

⁴⁹ De hecho, para la concesión del derecho a la asistencia sanitaria no se pide acreditación alguna ni de nacionalidad ni de residencia legal en España, porque lo que precisamente importa al Legislador es el hecho de estar residiendo en España.

⁵⁰ La inscripción en el Padrón municipal se exige igualmente para los españoles que acceden al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria por la vía de la insuficiencia de recursos, dado que deben presentar, entre otros documentos, un certificado del Ayuntamiento acreditando el lugar de residencia. Sin embargo, este mismo requisito plantea un problema de choque con el derecho a la asistencia sanitaria en relación con aquellos extranjeros que se encuentran en nuestro país sin cumplir todos los requisitos legales, por el miedo a ser localizados a través de los datos que constan en el Padrón por parte de los servicios del Ministerio del Interior y posteriormente expulsados (con la redacción originaria de la LOEx., las causas que dan lugar a la expulsión de los extranjeros indocumentados o carentes de alguna de las condiciones legales para residir en nuestro país estaban sumamente limitadas, hasta el punto de que los extranjeros ilegales no podían ser sancionados con la expulsión. Sin embargo, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 8/2000 la estancia irregular en territorio español por no haber obtenido o tener caducado por más de tres meses el permiso de residencia o análogo, encontrarse trabajando sin tener permiso de trabajo ni autorización de residencia válida o, incluso, haber incurrido en ocultación dolosa o falsedad grave del cambio de domicilio, son consideradas infracciones graves, y castigadas con multa de 50.001 a 1.000.000 de ptas. o, en su caso, cuando así lo crea oportuno el órgano encargado de resolver, con la expulsión del territorio nacional).

No se trata tanto de un problema jurídico como de un problema práctico: el Ministerio de Interior, como reiteradamente ha manifestado, no va a emprender una política persecutoria del inmigrante ilegal; sin embargo, el temor, por desinformación, existe, de ahí que el requisito

⁴⁴ En este sentido, artículo 3.1 b) de la Orden de 13 de Noviembre de 1989, que dispone que “La insuficiencia de recursos (...) se acreditarán, cuando proceda, mediante declaración de los interesados sin perjuicio de las comprobaciones que puedan llevarse a cabo”.

⁴⁵ El artículo 6.3 de la propia LOEx señala la obligación de los Ayuntamientos de confeccionar y mantener actualizado el Padrón de extranjeros que residan en el municipio.

⁴⁶ Antes de la modificación efectuada por la Ley 4/1996, de 10 de Enero, sobre Padrón Municipal de Habitantes, la Ley de Bases de Régimen Local se refería a “Todo español o extranjero”.

⁴⁷ Lo dispuesto en esta Resolución junto con lo previsto por el artículo 15 LBRL desvirtúan la petición que se hizo desde la Delegación del Gobierno para la Extranjería a los Ayuntamientos para no empadronar a aquellos inmigrantes que no residieran legalmente en España: por un lado, la obligación de actualizar la información relativa a los extranjeros que impone el artículo 6.3 LOEx y la que establece la Resolución de inscribir en el padrón a todos los residentes en un municipio (en ambos casos, sin distinguir entre extranjeros legales o ilegales) y, por otro, la propia obligación para todos los ciudadanos de empadronarse en el municipio en que residen habitualmente así lo sugieren.

En consecuencia, los extranjeros empadronados y que, tras la oportuna comprobación por parte de la Administración sanitaria, carezcan de recursos suficientes para sufragar los gastos generados por el cuidado de su salud, podrán acceder a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad con respecto a los españoles. Y, para ello, deberán solicitar la denominada tarjeta sanitaria, documento que les acredita como titulares de tal derecho⁵¹, que le otorgará la posibilidad de beneficiarse de los servicios sanitarios del INSALUD⁵².

Desde el punto de vista administrativo, el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria corresponde al Instituto Nacional de la Seguridad Social, concreta-

de la inscripción suponga un elemento en contra de la disponibilidad de los inmigrantes a solicitar el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, como demuestra la práctica diaria.

Con todo, la inscripción de los extranjeros en el Padrón del municipio en el que residen habitualmente y el acceso de la población inmigrante a los ficheros sanitarios ha de ser valorado positivamente desde la perspectiva de los programas de salud, al facilitar la planificación y puesta en marcha de estrategias en el ámbito de la salud pública.

⁵¹ Con esta finalidad deberán rellenar el formulario F 1 del INSALUD, que es exactamente el mismo que se usa para cualquier español solicitante de la emisión de la tarjeta sanitaria. En él se harán constar los datos del solicitante y su N.I.E. (Número de Identificación de Extranjero), asignándosele un médico (que será el elegido en la solicitud). La copia del formulario, una vez adherida al mismo la etiqueta de adscripción de facultativo, sirve como documento provisional acreditativo para el acceso a la asistencia sanitaria.

⁵² En este sentido, véase la Resolución de la Presidencia Ejecutiva del Insalud de 23 de Julio de 1998.

En relación con el periodo de caducidad de la tarjeta sanitaria debemos hacer breve referencia a un problema que se plantea como consecuencia del hecho de no haberse tomado en consideración la normativa reguladora de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social: dado que la afiliación del extranjero a la Seguridad Social se produce en función de la duración de su permiso de trabajo, la tarjeta sanitaria expedida (o, en definitiva, su derecho a la asistencia sanitaria) caduca cuando termina tal permiso, esto es, cuando deja de trabajar y, en consecuencia, de cotizar a la Seguridad Social; sin embargo, en el caso de los extranjeros que acceden al sistema sanitario por la vía del artículo 12.1 (esto es, a través del procedimiento de asistencia sanitaria por carencia de recursos económicos suficientes), ésta se expide por un periodo de mayor. Ello es así porque se aplica el mismo régimen que se venía aplicando a los españoles que accedían a tal derecho por falta de recursos, y que es el regulado en el Real Decreto 1088/1989, de 8 de Septiembre. Sólo expirará el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros cuando los ingresos de su titular superen los mínimos establecidos o se adquiriera el derecho por cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social.

Ello se traduce, como puede fácilmente apreciarse, en que sea más beneficioso para el inmigrante acudir a los servicios administrativos de su Centro de Salud como ilegal o, cuando menos, carente de recursos, antes que hacerlo como trabajador, pues va a obtener con ello un derecho de mayor duración. Si bien esto no sería posible para los trabajadores afiliados a la Seguridad Social, porque el propio Real Decreto 1088/1989 lo prohíbe (su artículo 5 dispone que “No se reconocerá el derecho a la asistencia sanitaria a que se refiere este Real Decreto a quienes ya la tengan por cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social”), sí lo es para su cónyuge e hijos menores a su cargo, a los que resulta más beneficioso acceder al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria directamente por la vía del primer y tercer apartados del artículo 12, como titulares, que en concepto de beneficiarios, dependientes del titular con un permiso de trabajo temporal.

mente, a sus direcciones provinciales, a través del procedimiento marcado en el Real Decreto 1088/1989 y sus normas de desarrollo⁵³. Una vez reconocido el mismo, y tras comunicarse a la Tesorería General de la Seguridad Social el alta del solicitante, se procederá a la expedición de la tarjeta sanitaria⁵⁴.

iii) Menores extranjeros

⁵³ Básicamente, la Orden de 13 de Noviembre de 1989 y la Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria de 29 de Diciembre del mismo año.

⁵⁴ Las solicitudes (documentación y formularios) se presentan ante los Centros Salud de Atención Primaria y en aquellas otras unidades del Instituto Nacional de Salud autorizadas por las direcciones provinciales del mismo. La denegación del derecho a la asistencia sanitaria es recurrible por parte del solicitante.

El procedimiento para la tramitación de los expedientes de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria a las personas sin recursos económicos suficientes se encuentra regulado en la Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria de 29 de Diciembre de 1989.

Para el reconocimiento de este derecho, debe presentarse el Formulario F 6 del INSALUD, en el que se deben incluir tanto los datos del propio solicitante, que será, en caso de respuesta positiva por la Administración, el titular del derecho, como los de todas aquellos menores e incapacitados que estén a su cargo y que carezcan de cualquier tipo de protección sanitaria pública (con exclusión de aquellos que estén incluidos en alguno de los regímenes de la Seguridad Social como titular o beneficiarios con derecho a asistencia sanitaria), en concepto de beneficiarios del mismo. En la solicitud deberán consignarse todos los ingresos y rentas de cualquier naturaleza que posean los miembros de la unidad familiar de la que forme parte el solicitante.

A la solicitud debe acompañarse fotocopia del NIE (Número de Identificación de Extranjero) y copia de las declaraciones del impuesto de la renta del último ejercicio, en el caso de que el solicitante o algún otro miembro de la unidad familiar esté obligado a realizarla o, en caso contrario, declaración sobre insuficiencia de recursos económicos, a parte del certificado del Ayuntamiento acreditativo del empadronamiento. Se entiende que el solicitante carece de recursos económicos suficientes cuando sus rentas, de cualquier naturaleza, son iguales o inferiores al Salario Mínimo Interprofesional o, de ser superiores, cuando el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo es igual o menor a la mitad del Salario Mínimo Interprofesional (para una crítica a esta exigencia, véase PEMÁN GAVÍN, “Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la Ley General de Sanidad: balance y perspectivas”, en Derecho y Salud, nº 2, 1999, págs. 13 y 32).

Además de todo lo dicho, el solicitante deberá presentar el número de la Seguridad Social que le haya sido asignado con carácter previo por parte de la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social (tal número no implica afiliación a la Seguridad Social en sentido estricto, sino que se concede a efectos de identificación administrativo-sanitaria) y que debe solicitar a través del formulario TA. 1 (Solicitud de Afiliación/Número de Seguridad Social).

Una vez presentados todos estos documentos, el solicitante será catalogado como ETR o XTR, según sea “Extranjero Titular sin Recursos” o “Extranjero Titular sin Recursos mayor de 65 años”, con la diferencia de que estos últimos se benefician también del derecho a la prestación farmacéutica gratuita.

Siguiendo datos del Ministerio de Sanidad y Consumo, durante el primer mes de vigencia de la LOEx, han solicitado la tarjeta sanitaria a través de este procedimiento 3.463 bajo el amparo del primer apartado del artículo 12. Estos datos pueden consultarse en la página web del Ministerio (www.msc.es/insalud/notas).

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, sobre Protección Jurídica del Menor, contemplaba ya en su artículo 3 el reconocimiento en favor de los menores “*de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte*”. Ahora, el tercer apartado del artículo 12 reconoce en favor de los extranjeros menores de 18 años⁵⁵ (con independencia de su inscripción o no en el Padrón del municipio en el que residan y de que sean o no residentes legales), el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles.

Aunque nada decía la Ley de Extranjería anterior, su Reglamento de desarrollo, en el artículo 12, disponía que “*Los menores extranjeros que se hallen en territorio español serán tratados conforme a lo previsto en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, ratificada por España en 1990, y tendrán derecho (...) a la asistencia sanitaria y a las demás prestaciones sociales, conforme a lo dispuesto en la mencionada convención y en el artículo 10.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de Enero, de Protección Jurídica del Menor*”.

El artículo 24 de la Convención atribuye a los menores el derecho a la salud y a los servicios asistenciales médicos⁵⁶; por su parte, el artículo 10 de la Ley Orgánica 1/1996 señala que “*Tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo la tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residieran legalmente en España*”, con lo que ha de entenderse tácitamente derogado (en el sentido de superado), debiendo afirmarse que, tras la LOEx, los menores gozan del derecho a la asistencia sanitaria en igualdad de condiciones que los españoles (aunque no se encuentren en situación de riesgo ni bajo tutela de la Administración), concesión ciertamente más amplia que la que hace el artículo reproducido, al otorgar la asistencia sanitaria completa.

⁵⁵ Según el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, “Se entiende por Niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la Ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. En el mismo sentido, el artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1996 limita su ámbito de aplicación a los menores de dieciocho años de edad que se encuentren en territorio español (salvo que, al igual que hace la norma internacional, la Ley que le sea aplicable le otorgue antes la mayoría de edad).

⁵⁶ Concretamente, dispone en su primer apartado que “Los Estados partes reconocen el derecho del Niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún Niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. En el segundo apartado contempla una serie de medidas concretas para asegurar la aplicación de este derecho.

Los extranjeros menores han de solicitar igualmente la tarjeta sanitaria (con la diferencia de que no han de presentar certificado de empadronamiento), siguiéndose los trámites explicados en el apartado anterior. La tarjeta caducará de conformidad con las mismas reglas que se aplican a los españoles, salvo que antes de tal fecha, su titular alcance los dieciocho años de edad, en cuyo caso será el mes en que se cumplen los años la fecha de caducidad.

La cuestión que suscita el régimen de la LOEx en cuanto a la asistencia sanitaria de los menores radica en la doble posibilidad de que éstos gozan a la hora de acceder al derecho: lo harán como titulares por la vía del apartado tercero del artículo 12 y como beneficiarios por la del apartado primero, cuando estén a cargo del solicitante empadronado de asistencia sanitaria⁵⁷. En el primer caso, gozarán del derecho a la asistencia sanitaria como si se tratase de cualquier mayor de edad, hasta que alcancen los dieciocho años (o la edad que especifique su legislación), mientras que en el segundo, serán dependientes del titular del derecho, que es la persona a cuyo cargo se encuentran.

Junto a ambas posibilidades, se encuentra una tercera, más beneficiosa aún: los menores pueden acceder al reconocimiento de este derecho por la vía del primer apartado del artículo 12, cumpliendo el requisito del empadronamiento (que puede ser independiente si son menores emancipados) y el de la ausencia de recursos suficientes, de tal manera que continuarán siendo titulares de la asistencia sanitaria con independencia de que alcancen la mayoría de edad.

Se entiende que el artículo 12.3 LOEx está pensado para aquellos menores que se pudieran encontrar en nuestro país sin ninguna persona que se responsabilice de ellos en concepto de padre o tutor⁵⁸.

iv) Mujeres embarazadas

Como ya se señaló, el artículo 24.2 d) de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 otorga a las mujeres embarazadas el derecho a la atención sanitaria

⁵⁷ Recordemos que a la hora de solicitar la concesión del derecho a la asistencia sanitaria, el solicitante debe especificar los menores e incapacitados que tiene a su cargo, que, en caso de reconocimiento por parte de la Administración, serán beneficiarios del mismo.

⁵⁸ Según datos del Ministerio de Sanidad y Consumo, desde el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en favor de los menores extranjeros por parte de la normativa del INSALUD dictada en aplicación de la Ley del Menor, a fecha de 13 de Abril de 2000, 12.894 menores habían solicitado asistencia sanitaria, incorporándose al Sistema Nacional de Salud hasta su mayoría de edad. De ellos, el 16,5 % son hijos de padres extranjeros en situación irregular.

prenatal y postnatal, derecho ratificado por la Ley Orgánica 1/1996.

Ahora, el artículo 12, en su cuarto apartado, consolida el reconocimiento de este derecho en favor de las mujeres extranjeras que se encuentren en España, sin necesidad de que estén empadronadas y con independencia de su situación en nuestro país, de tal manera que podrán acceder a los servicios sanitarios necesarios para el seguimiento de su embarazo, parto y postparto⁵⁹, derecho que no queda restringido a aquellos problemas de salud relacionados con el embarazo y parto, sino que abarca cualquier deficiencia en la salud de la madre.

Para ello, es preciso en primer lugar la constatación médica del embarazo⁶⁰, tras lo cual debe solicitarse la expedición de un documento que acredita su situación y le da el derecho a la atención sanitaria. En este caso no se precisa la tarjeta sanitaria convencional, siendo suficiente con ese documento⁶¹.

Como resulta obvio, si la embarazada está inscrita en el padrón municipal y carece de recursos económicos suficientes, podrá acceder a las prestaciones sanitarias por la vía contemplada en el apartado primero del artículo 12 (que, claro está, integraría la asistencia a las embarazadas, como ocurre en el caso de las españolas⁶²), con la consecuente mayor permanencia del derecho, en el sentido de que no se restringiría únicamente al tiempo de embarazo, parto y postparto⁶³.

v) Resto de extranjeros

Los extranjeros que, sin ser menores, ni mujeres embarazadas, no estén inscritos en el padrón municipal ni afiliados al sistema de la Seguridad Social podrán acce-

der, nuevamente con independencia de su situación de legalidad o ilegalidad en España, a los servicios sanitarios de urgencia. En este caso no se requiere ni tarjeta sanitaria ni solicitud alguna, sino que basta con padecer enfermedad grave o haber sufrido un accidente, por cualquier causa.

El apartado segundo del artículo 12 LOEx les otorga el derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia, derecho que abarca tanto las prestaciones propias de los servicios de urgencia como el posterior ingreso en los centros sanitarios y la atención que se precise hasta la situación de alta médica⁶⁴, aspecto que supone un *plus* respecto de la situación anterior a la LOEx⁶⁵.

Para el resto de los casos distintos de la asistencia sanitaria pública de urgencia, los extranjeros no empadronados o con recursos suficientes⁶⁶ quedarán enmarcados en el concepto de usuarios o “*pacientes privados*” dado por el artículo 16 LGS⁶⁷, (ello, con la consecuente asunción del gasto generado por la prestación de esos servicios⁶⁸). Frente a ellos procederá la reclamación del

⁶⁴ Como señala IÑIGUEZ HERNÁNDEZ (Comentarios a la nueva Ley de Extranjería, *Comentario al artículo 12. Lex Nova, Valladolid, 2000*, pág. 96), la expresión asistencia sanitaria pública de urgencia se contradice con la extensión de esa asistencia sanitaria hasta la situación de alta médica. Debe entenderse, pues, que los servicios de urgencia cubrirán esas primeras prestaciones sanitarias, quedando para los servicios sanitarios normales las atenciones necesarias hasta el alta médica.

⁶⁵ El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de urgencia para todos los extranjeros, así como la garantía de la misma para menores y mujeres embarazadas está causando verdaderos problemas de asistencia hospitalaria en Ceuta y Melilla, donde se están desplazando diariamente no residentes para recibir atención sanitaria.

⁶⁶ Esto es, que superen el Salario Mínimo Interprofesional.

⁶⁷ En su segundo apartado dispone que “En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los Servicios de Salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados”. Por su parte, el artículo 80 se limita a señalar que el Gobierno regulará el sistema de financiación de la cobertura de la asistencia sanitaria del Sistema de la Seguridad Social para las personas no incluidas en el mismo, previsión desarrollada por el Real Decreto 1088/1989.

Para los precios que se han de pagar por las asistencias prestadas a partir del 1 de Enero de 2001, véase la Resolución de 13 de Junio de 2001, de la Dirección General del INSALUD, sobre revisión de precios a aplicar por los centros sanitarios a las asistencias prestadas, en los supuestos cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago o a los usuarios sin derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (BOE nº 154, de 28 de Junio de 2001).

⁶⁸ La facturación por la atención de este tipo de pacientes (extranjeros sin los requisitos de la LOEx o españoles ajenos al sistema de la Seguridad Social) será efectuada por las administraciones de los centros de salud, sobre la base de los costes efectivos, como señala el mismo artículo 16. Por su parte, el artículo 17 señala que “Las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a éstos los gastos que puedan ocasionarse por la prestación de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esta Ley, en las disposiciones que se dicten para su

⁵⁹ El Decreto 2766/1967, de 16 de Noviembre, sobre prestaciones de asistencia sanitaria y ordenación de los servicios médicos en el régimen general ya equiparaba a nacionales y extranjeros en relación con la asistencia sanitaria por maternidad.

⁶⁰ Por cierto, con la obligación por parte del facultativo de informar en ese momento a la embarazada del derecho que le asiste a la atención sanitaria.

⁶¹ Denominado “Documento identificativo para la Asistencia Sanitaria a Mujeres Embarazadas Extranjeras”

⁶² Así se recoge en el artículo 99 del Decreto 2065/1974, de 30 de Mayo, que aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (aún en vigor en lo referente a la asistencia sanitaria), que señala como modalidad de prestación sanitaria la atención primaria, dentro de la cual se encontraría la atención a la mujer y, en especial, el seguimiento de la mujer embarazada.

⁶³ Siguiendo igualmente los datos suministrados por el Ministerio de Sanidad y Consumo, desde Febrero de 1999, fecha en que entró en vigor la normativa del INSALUD en aplicación de la Ley del Menor, 3.463 mujeres extranjeras embarazadas han solicitado asistencia sanitaria.

importe de los servicios que hayan recibido del INSA-LUD. En esta misma situación estaban los inmigrantes que no poseían la residencia legal antes de la entrada en vigor de la LOEx, de conformidad con la LGS.

C) IMPLICACIONES DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA ASISTENCIA SANITARIA

Bajo este epígrafe queremos hacer referencia otros aspectos del reconocimiento y garantía de la asistencia sanitaria a los extranjeros residentes en España que, si bien no están relacionados con el acceso a las prestaciones sanitarias, sí gozan de cierta relevancia dentro del régimen general de los extranjeros, al suponer requisito imprescindible para acceder a determinados permisos y visados.

Efectivamente, y sin apoyo alguno en los preceptos de la LOEx, el Real Decreto 864/2001, de ejecución de la misma, hace referencia en diversas partes de su articulado a la asistencia sanitaria en relación con la obtención de ciertos permisos. Así, requieren tener garantizada la asistencia sanitaria los siguientes artículos:

-artículo 14.5, para el visado de residencia sin finalidad lucrativa. En este caso debe acreditarse que se dispone de medios de vida suficientes para cubrir la asistencia sanitaria tanto del solicitante como de los familiares a su cargo.

-artículo 36.2 e), para las solicitudes de prórroga de estancia

-artículo 44.4 c), para las solicitudes de reagrupación familiar. Aquí se requiere un informe favorable a la reagrupación por parte de la correspondiente autoridad gubernativa de la provincia en que resida el solicitante; la solicitud del mismo deberá acompañarse de la acreditación de medios suficientes para atender las necesidades de la familia, incluyendo la asistencia sanitaria.

-artículo 46 d), respecto de la solicitud inicial del permiso de residencia temporal y artículo 47 a), en relación con la renovación del mismo.

-por último, el artículo 53.2 prevé que la extinción del permiso de residencia temporal, entre otras razones, para el caso en que se deje de disponer de asistencia sanitaria garantizada, sin que se pueda acceder a ella en un plazo de tres meses contados a

partir de la notificación de tal circunstancia por parte de la autoridad gubernativa competente.

El requisito de acreditación de tener garantizada la asistencia sanitaria puede cumplirse de muy diversas formas: afiliación a la Seguridad Social, medios suficientes que permitan un seguro de asistencia sanitaria, o reconocimiento del derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 12 LOEx. En todo caso, vemos en ello la importancia que tiene el acceso a la asistencia sanitaria por parte de los extranjeros, la mayor parte de los cuales no van a poder suscribir un seguro (por falta de medios), ni afiliarse a la Seguridad Social (por la precariedad en el empleo y la irregularidad de muchos de los contratos de trabajo que firman los inmigrantes), no sólo en cuanto a la protección de su salud, sino también respecto de su situación legal en España y la de sus familiares.

No vamos a entrar en si el reglamento es o no legal por exigir requisitos no contemplados en la LOEx para la obtención o renovación de determinados permisos y visados⁶⁹, pero sí debemos detenernos, si quiera brevemente, en un hecho que demuestra las deficiencias técnicas con que han sido elaborados tanto la Ley como el Reglamento. Este último, como se acaba de ver, exige, por un lado, acreditación de medios de vida suficientes para el periodo de estancia o residencia que se solicita, y, por otro, tener garantizada la asistencia sanitaria pública o privada. Pues bien, cuando el extranjero posea realmente esos ingresos suficientes, no se planteará problema alguno, porque podrá cumplir ambos requisitos (el de la asistencia sanitaria, bien por vía de seguros privados, bien por afiliación a la Seguridad Social, en caso de empleo regular). Pero no puede decirse lo mismo respecto de aquéllos que realmente no tengan esos ingresos, por una sencilla razón: podrán acceder a la asistencia sanitaria por la vía del primer apartado del artículo 12 LOEx, pero no podrán acreditar medios de vida suficientes, precisamente porque, para que se reconozca la asistencia sanitaria gratuita, como sabemos, es necesario acreditar que los ingresos no alcanzan el Salario Mínimo Interprofesional y, si es así, difícilmente se va a poder acreditar que esos ingresos van a ser suficientes para el periodo para el que se solicita la residencia o para mantener a los miembros de la familia que se pretende reagrupar, por

desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias", gastos que, en consecuencia, también deberán ser sufragados por los usuarios.

Para hacernos una idea, el gasto medio de una consulta médica en un centro de atención primaria está alrededor de las 7.000 ptas.

⁶⁹ El artículo 25 LOEx, que regula los requisitos para la entrada en territorio español, remite al reglamento de ejecución la regulación de los requisitos y documentos "que justifiquen el objeto y condiciones de estancia" y dispone que se deberán acreditar "medios de vida suficiente para el tiempo que se pretenda permanecer en España, o estar en condiciones de obtener legalmente dichos medios", sin hacer ninguna referencia a la asistencia sanitaria como requisito que permita negar la entrada en España o facilitar la expulsión.

ejemplo. En consecuencia, en muchos de los casos, el cumplimiento de uno de los requisitos impedirá el cumplimiento del segundo de ellos⁷⁰.

A esta deficiencia debemos sumar una más: el hecho de que un residente legal pueda perder su permiso de residencia por carecer de medios de vida, alojamiento o asistencia sanitaria puede llevar a intentar ocultar su situación de pobreza, absteniéndose, en consecuencia, de solicitar la asistencia sanitaria gratuita.

Por último, debemos mencionar el artículo 25 que, bajo el título de “Requisitos sanitarios”, exige que todas aquellas personas que pretendan entrar en territorio español deberán presentar en los puestos fronterizos un certificado sanitario expedido en el país de procedencia o, en su caso, someterse a reconocimiento médico por parte de los servicios sanitarios españoles para acreditar que no se padece ninguna enfermedad de las determinadas por la normativa europea o los tratados internacionales.

D) ALGUNAS CUESTIONES SIN RESOLVER

En términos generales, la rápida tramitación de la Ley, que se quiso aprobar por intereses políticos antes de cerrar la Legislatura, ha dado lugar a una norma⁷¹ de redacción deficiente y con graves defectos técnicos, como consecuencia de su origen como proposición de Ley (no pasó por las manos de los expertos en la materia).

Dado el corto espacio de tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley, son pocos los problemas prácticos que se han podido plantear en torno a la aplicación de su artículo 12. Aquí se van a señalar someramente dos de ellos, derivados más de la práctica que de la teoría, y que son, de un lado, la necesaria adaptación de los derechos reconocidos a los inmigrantes frente a los servicios sanitarios y, de otro, la legitimación para hacerlos valer.

i) Derechos de los extranjeros en relación con la asistencia sanitaria

El propio artículo 3 LGS, en su primer apartado, afirma que “Los medios y actuaciones del sistema sanita-

rio estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de las enfermedades”, principio que se concreta en el artículo 10⁷² en el reconocimiento de una serie de derechos, entre los cuales cabe destacar el respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad, información sobre los servicios sanitarios a los que se puede acceder, acceso a los medicamentos y productos sanitarios necesarios para conservar o restablecer la salud, libre elección de médico, participación, a través de las instituciones comunitarias, en las actividades sanitarias y⁷³ utilización de las correspondientes vías de reclamación.

El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros que se encuentren en nuestro territorio, en los términos previstos en el artículo 12 LOEx., implica el acceso por parte de los mismos a los servicios sanitarios, la asunción de las obligaciones que de ello derivan y el disfrute de los derechos que se otorgan a los usuarios del Sistema Nacional de Salud. En este sentido, el artículo 10 LGS se aplica igualmente a los inmigrantes que tienen reconocida la asistencia sanitaria.

El problema que se plantea radica en que en la elaboración de este catálogo, la mente del Legislador pensaba más en usuarios nacionales que en usuarios extranjeros (como no podía ser de otra manera en 1986), de ahí que, con el actual incremento de estos últimos la aplicabilidad de tales derechos quede comprometida por una sencilla razón: las dificultades planteadas por la posibilidad de que profesional sanitario y paciente hablen distintos idiomas.

Entre los derechos contemplados en la lista del artículo 10, como decimos, destaca el respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad, sin que haya lugar para discriminación alguna (sin duda, uno de los de mayor aplicabilidad y que mejor protección ofrece a los usuarios extranjeros); junto a él, se atribuyen otra serie de derechos que podríamos calificar de “administrativos”, por estar relacionados con la elección de médico, la información sobre diagnósticos, la elección de tratamiento, o la posibilidad de reclamar.

⁷⁰ Con estos requisitos se persigue claramente expulsar a aquellos inmigrantes que se puedan encontrar en nuestro país carentes de medios de vida: si poseen asistencia sanitaria es porque están afiliados a la Seguridad Social, como consecuencia del desarrollo de un empleo regular, o porque han accedido a ella por la vía de la insuficiencia de recursos. En el primer caso, no se plantea ningún problema; en el segundo, se puede tener asistencia sanitaria, pero la falta de recursos suficientes (que precisamente permite acceder al derecho), hace posible la extinción de los permisos de residencia o la denegación de solicitudes de reagrupación.

⁷¹ Como manifiesta de entrada la ausencia de Exposición de Motivos.

⁷² El artículo 11 contempla las obligaciones de los usuarios del sistema sanitario público, entre las cuales se encuentran el cumplimiento de las prescripciones generales de naturaleza sanitaria comunes para toda la población y el uso adecuado de las prestaciones ofrecidas por el sistema sanitario.

⁷³ Para un estudio de estos derechos, véase BEATO ESPEJO: “Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad”, en *Revista de Administración Pública*, nº 141 1996 (págs. 25-60), *in totum*.

Junto a todos ellos, el segundo apartado del citado artículo otorga el derecho a la información sobre los servicios sanitarios a que puede acceder y sobre los requisitos necesarios para su uso, derecho fundamental en relación con el acceso a la asistencia sanitaria, dado que la tramitación del reconocimiento del mismo se efectúa principalmente en los centros de salud, donde, de conformidad con lo dicho, se deberá informar correcta (y comprensiblemente, debemos añadir) al potencial usuario de los servicios sanitarios españoles.

No pocos son los problemas que pueden derivarse de la falta de conocimiento de idiomas en los centros de salud; por supuesto, sería materialmente imposible que en cada zona básica de salud existieran tantos traductores como lenguas residentes en la misma. Sin embargo, sí que hay que llamar la atención a las Administraciones sanitarias sobre este punto con el fin de intentar resolver este obstáculo, bien en colaboración con el resto de personal de los centros sanitarios (trabajadores sociales) bien con la ayuda de los centros de atención a extranjeros que puedan existir en el municipio.

Tampoco son triviales las consecuencias negativas pasa el acceso de los inmigrantes al sistema sanitario que se pueden derivar de la falta de información (esta vez, con independencia del idioma) o por la información incorrecta que se les puede suministrar⁷⁴, no sólo por tratarse de un derecho expresamente reconocido en la Ley General de Sanidad en favor de todos los usuarios del sistema, sino además, por ser esencial para facilitar (o, mejor dicho, posibilitar) el cumplimiento de lo previsto en el artículo 12 LOEx: sin una información amplia y eficaz por parte de los organismos públicos correspondientes (básicamente, entidades de la Seguridad Social, centros de salud y hospitalarios y entidades municipales), el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria quedará en una mera declaración legal que no cumplirá su objetivo, que no es otro sino prestar los servicios sanita-

rios en las personas en favor de las cuales se reconoce tal derecho.

Actualmente está en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley sobre los Derechos de información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente, y a la documentación clínica⁷⁵, que tiene por objeto determinar el derecho del paciente a la información concerniente a la propia salud y regular la historia clínica de los pacientes de los servicios sanitarios, como señala su primer artículo. Desgraciadamente no se hace mención alguna a la información a extranjeros que se puedan encontrar con la problemática más arriba indicada. Sería recomendable aprovechar esta oportunidad para hacerlo.

Importante es, por último, destacar el artículo 16. Este precepto señala que *“Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos”*, de lo cual se debe deducir el respeto al principio de igualdad en la prestación del servicio público que constituye la sanidad, se sea español o extranjero (siempre que, claro está, se sea titular del derecho a la asistencia sanitaria)⁷⁶.

ii) Legitimación

Un problema planteado por DÍAZ MARTÍN⁷⁷ en relación con la legitimación tanto administrativa como judicial para ejercer el derecho a la asistencia sanitaria se presenta en relación con la contradicción entre la LGS y la LOEx. Efectivamente, la primera, como sabemos, reconocía el derecho a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros que residiesen legalmente en España, de tal manera que sólo ellos podían exigir el mismo y recurrir la denegación de su concesión. Sin embargo, con la entrada en vigor de la LOEx y la extensión de la asistencia sanitaria a todos los extranjeros, con independencia de la regularidad o irregularidad de su situación, la legitimación para hacer valer este derecho ha de otorgarse a todos aquellos que cumplan los requisitos marcados en la

⁷⁴ La desinformación (o, incluso peor, errónea información) en relación con la posibilidad de reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria queda patente en la propia página web del Ministerio de Sanidad y Consumo, donde, en la sección “Preguntas Frecuentes”, podemos encontrar respuestas basadas en la regulación anterior a la LOEx, que no han sido adaptadas. Por ejemplo, a la pregunta “No soy ciudadano comunitario, ¿tengo derecho a asistencia sanitaria?”, se responde lo siguiente: “Los usuarios de países no comunitarios tienen derecho a recibir Asistencia Sanitaria solamente en aplicación de los posibles Convenios Bilaterales suscritos con España en materia de Seguridad Social para Prestaciones Sanitarias”.

Ello a pesar de lo Dispuesto en la Disposición Final 7ª, en virtud de la cual el Gobierno adoptará las medidas necesarias para informar a los diferentes colectivos relacionados con la inmigración, tanto públicos como privados, sobre los cambios que supone la aplicación de la LOEx.

⁷⁵ Proposición 124/000002, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie B, nº 134, de 27 de Abril de 2001. Por cierto, esta proposición de ley es copia de la Ley catalana 21/2000, de 29 de Diciembre, con el mismo título.

⁷⁶ Aunque, como se dijo, la titularidad del derecho a asistencia sanitaria otorgada a los extranjeros por la LGS no se hace en condiciones de igualdad respecto de los españoles, sí que se exige el cumplimiento de este principio en relación con la prestación de la misma, una vez reconocida la titularidad. Tras la LOEx, sin embargo, tanto los extranjeros afiliados a la Seguridad Social como los que, por el artículo 12, poseen derecho a la asistencia sanitaria, accederán al sistema y recibirán las prestaciones sanitarias de igual manera que los propios nacionales.

⁷⁷ Comentarios a la Ley de Extranjería, (Dir. José Asensi Sabater), op. cit. (pág. 90)

ley (esto es, extranjeros empadronados y carentes de recursos suficientes, menores o mujeres embarazadas o, en el caso de la asistencia sanitaria pública de urgencia, a todo extranjero). Así se deriva de los artículos 20, para la vía judicial y 21, para la administrativa. Además, podrán beneficiarse de la asistencia jurídica gratuita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 22.

3. NORMATIVA DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El artículo 149.1 16ª atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos. Por su parte, el artículo 148.1 20ª y 21ª otorga a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir competencias sobre las materias de asistencia social y de sanidad e higiene, respectivamente.

Las Comunidades Autónomas han ido asumiendo competencias en materia de sanidad paulatinamente, primeramente en materia de beneficencia y asistencia social y finalmente en el resto de las materias, hasta llegar a la situación de transferencia completa por parte del Estado. De esta forma, las Comunidades Autónomas disponen de su propia legislación sobre esta materia.

En la mayor parte de los casos, la normativa autonómica se limita a reproducir lo previsto en la LGS en relación con la titularidad del derecho a la asistencia sanitaria, considerando beneficiarios del mismo a los “residentes en el territorio de la Comunidad”, a todos los “ciudadanos”, o a los “españoles y extranjeros residentes”, dependiendo de los casos.

Excedería del objeto de nuestro estudio el análisis de las distintas leyes autonómicas sobre ordenación sanitaria y prestación de los servicios sanitarios. Sin embargo, sí es necesario destacar la iniciativa que han adoptado dos Comunidades Autónomas en relación con el tema que estamos estudiando. Efectivamente, Navarra y la Comunidad Valenciana han promulgado sendas normas con atención específica a los extranjeros y su asistencia sanitaria, cuyos rasgos más importantes exponemos a continuación.

En primer lugar, Navarra, mediante la Ley Foral 2/2000, de 25 de Mayo, de modificación de la Ley Foral 10/1990, de 23 de Noviembre, de Salud, ha procedido expresamente a extender la cobertura de asistencia sanitaria del sistema sanitario público de esa Comunidad a todos los inmigrantes que se encuentren en la misma.

Partiendo del artículo 3 de la Ley que modifica, que atribuye el derecho a la asistencia sanitaria pública dentro

del territorio foral a todos los ciudadanos residentes en cualquiera de sus municipios, y siendo consciente de que la asistencia sanitaria no es plenamente universal en la comunidad, por encontrarse fuera del sistema los inmigrantes ilegales⁷⁸, la Comunidad Autónoma ha procedido a modificar el mencionado artículo 3, dándole el siguiente tenor literal: “*La asistencia sanitaria dentro del territorio de la Comunidad Foral se extenderá a todos los ciudadanos y ciudadanas residentes en cualquiera de los municipios de Navarra con independencia de su situación legal o administrativa*”. Además, con el fin de no dejar ese nuevo tenor literal en una mera declaración de intenciones, señala que el Gobierno de Navarra incluirá en los Presupuestos de la Comunidad una financiación complementaria y específica para los beneficiarios del programa de asistencia sanitaria a extranjeros que existe en la misma.

Aunque no añade nada nuevo a la LOEx, esta iniciativa contribuye a aclarar la situación legal reguladora del derecho a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros.

Por su parte, la Comunidad Valenciana ha emanado el Decreto 26/2000, de 22 de Febrero, por el que se establece el derecho a la asistencia sanitaria a ciudadanos extranjeros en la Comunidad Valenciana y se crea la tarjeta solidaria. Al igual que la Comunidad Navarra, con la finalidad de equiparar a los inmigrantes irregulares con los que tienen legalizada su situación, dispone en su primer artículo que la asistencia sanitaria se reconocerá en la Comunidad en la forma que se expresa en la LOEx. Sin embargo, el segundo apartado de su artículo Segundo va más allá al reconocer transitoriamente el derecho a la asistencia sanitaria a aquellos extranjeros que, aunque no estén empadronados, carezcan de recursos económicos suficientes, mientras normalizan su situación administrativa⁷⁹.

Con la finalidad de prestar los servicios sanitarios a los extranjeros que se encuentran irregularmente en el territorio de la Comunidad se crea la Tarjeta Solidaria

⁷⁸ Unos 2000 de los 8.000 residentes en Navarra, según su Exposición de Motivos. Hasta el momento, se les venía atendiendo en virtud de un Acuerdo del Gobierno de Navarra de 23 de Junio de 1997 para casos de urgencia solamente.

⁷⁹ Concretamente, contiene el siguiente tenor literal: “Los extranjeros no empadronados que se encuentren en la Comunidad Valenciana tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contracción de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica. No obstante lo anterior, la Conselleria de Sanidad ampliará la cobertura sanitaria para este colectivo, cuando carezca de recursos económicos, a las condiciones señaladas en el apartado 2.1, mientras normalizan su situación administrativa” (énfasis añadido).

(especie de tarjeta sanitaria), que se solicita a través de los trabajadores sociales de los centros sanitarios y de los Ayuntamientos y se expide por un periodo de un año, ampliable en los casos en que no se haya podido normalizar su situación administrativa por causas objetivas.

Para extranjeros empadronados, menores y mujeres embarazadas se siguen las mismas reglas que establece la LOEx⁸⁰.

IV.- CONCLUSIÓN

En las presentes líneas se ha intentado destacar la importancia de la nueva regulación introducida por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, en relación al reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros, al establecer (y extender), por primera vez en nuestro ordenamiento, de forma clara, expresa y uniforme, la posibilidad de disfrute del mismo por parte de éstos en condiciones de igualdad con los españoles, disociándose del derecho a la Seguridad Social y, lo más importante, con independencia de su situación de legalidad o ilegalidad en nuestro país, algo que, sin duda, es un paso relevante de cara a su integración social.

Efectivamente, el acceso de los inmigrantes a la atención sanitaria no puede sino ser valorado positivamente; en principio, como vienen reiterando incansablemente los expertos en sanidad, la población inmigrante no trae enfermedades por sí sola, porque “no emigra el que quiere, sino el que puede”; ahora bien, su situación precaria al llegar al país de destino (hacinamiento en las viviendas, pobreza, marginación) y la ruptura con los vínculos familiares y sociales (trastornos psicosomáticos y de salud mental) sí puede provocar la aparición de las mismas, de ahí que una adecuada atención sanitaria (permitida por el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria) pueda contribuir a evitar o, en su caso, curar, esas deficiencias de salud.

Dice en su inicio la Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad que “*Es, en efecto, un dato histórico fácilmente verificable que las respuestas públicas al reto que en cada momento ha supuesto la atención a los problemas de salud de la colectividad han ido siempre a la zaga de la evolución de las necesidades sin conseguir nunca alcanzarlas, de manera que se ha convertido en una constante entre nosotros la inadaptación de las estructuras sanitarias a las necesidades de cada época*”; aunque dichas en otro contexto, estas palabras son igualmente aplicables al reconocimiento del derecho

a la asistencia sanitaria en favor de los extranjeros que residen legal o ilegalmente en España. El principio de universalidad, que rige en nuestro sistema sanitario, sin distinguir entre nacionales o extranjeros, comunitarios o no comunitarios, legales o ilegales, hace siempre referencia al concepto de ciudadano como beneficiario del mismo; está claro que aún no se ha cumplido en su totalidad, y que son muchos los extranjeros que quedan fuera del sistema, pero se ha dado un paso importante en ese sentido.

En un país como España, en el que la mano de obra extranjera va a ser absolutamente necesaria a la vuelta de unos años y en el que los extranjeros aportan al Estado mucho más de lo que éste gasta en ellos⁸¹, el Gobierno, el Parlamento y la sociedad en general no ha de escatimar esfuerzos para conseguir la integración social de los extranjeros y la apertura de los nacionales⁸². En este sentido, damos la bienvenida al artículo 12 de la nueva Ley de Extranjería.

⁸¹ Según datos publicados en El País, de 31 de Julio de 2000, en 1998, el Estado español gastó 148.000 millones de ptas. en los inmigrantes, mientras que estos aportaron a las arcas de nuestro país, mediante impuestos y cuotas de Seguridad Social, 335.000 millones.

La misma conclusión se desprende de un informe encargado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, a través del Observatorio Permanente de la Inmigración, con el título de Estudio sobre el coste adicional de la cobertura de asistencia sanitaria de la seguridad social a los extranjeros, de 28 de Diciembre de 1999.

⁸² En Octubre del 2000 se creó en el seno de la Comisión de Justicia e Interior del Congreso de los Diputados una Subcomisión para el estudio y elaboración de un programa global en materia de extranjería, a desarrollar por el Gobierno. El mencionado programa, ha sido finalmente promulgado por la Resolución de 17 de Abril de 2001 de la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración (BOE de 27 de Abril), bajo el nombre de Programa GRECO, y con una vigencia de cuatro años (2001-2004). De las 72 medidas en él previstas, a desarrollar por los diferentes Ministerios implicados en la materia, tres son relativas a la asistencia sanitaria de la población inmigrante, que, como señala el propio programa, ha pasado de estar formada por 198.042 extranjeros residentes en 1981 a 801.329 en 1999 (a los que habría que sumar los que se encuentran ilegalmente en territorio español), si bien la mayor parte de ellos proceden países de la Unión Europea. Partiendo de la afirmación de que “El catálogo de derechos y obligaciones que los españoles nos hemos concedido en la Constitución y en nuestras Leyes es el que ha de beneficiar a todas las personas y a sus familias cuando vienen a convivir entre nosotros como residentes y constituir así su mejor marco de integración”, establece entre sus acciones la integración de los residentes extranjeros y sus familias que contribuyen activamente al crecimiento de España, con el objetivo de alcanzar el pleno ejercicio de los derechos de que son titulares, entre ellos, la asistencia sanitaria.

Junto con la elaboración de ese programa, la Subcomisión está encargada del seguimiento del fenómeno de la inmigración. En este sentido, en relación con la asistencia sanitaria, ha comparecido en la Subcomisión un experto en Medicina Tropical aceptado por todos los grupos, que ha pedido una mayor coordinación y la elaboración de unos protocolos comunes para mejorar el seguimiento médico de los inmigrantes ilegales, si bien dejando claro que éstos no poseen problemas graves de salud.

⁸⁰ Véase Resolución de 8 de Febrero de 1999, para los menores.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO TOVAR, J.: *La Seguridad Social y la protección de la salud*. Madrid, Civitas, 1989.
- APRAIZ MORENO, F.: *Derecho de Extranjería*. JB, Barcelona, 1998.
- BALLESTER PASTOR, M.A.: *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*. Tirant lo blanch, Valencia, 1997.
- BEATO ESPEJO, M.: “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad”(I), en *Revista de Administración Pública*, nº 119, 1989, (págs. 379-418)
- “El sistema sanitario español: su configuración en la Ley General de Sanidad” (II), en *Revista de Administración Pública*, nº 120, 1989 (págs. 381-400)
- “Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad”, en *Revista de Administración Pública*, nº 141, 1996 (págs. 25-60).
- BERMEJO VERA, J.: *Derecho Administrativo. Parte Especial* (Tercera Edición). Civitas, Madrid, 1998.
- DEFENSOR DEL PUEBLO: *Situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España*, Madrid, 1994.
- FERNÁNDEZ PASTRANA, J.M.: *El servicio público de la Sanidad: el marco constitucional*. Civitas, Madrid, 1984.
- FREIXES, T.; REMOTTI CARBONELL, J.C.: “Los derechos de los extranjeros en la Constitución Española y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Derecho Político*. nº 44, 1998. Pgs. 103-141.
- GARRIDO FALLA, F.: *Comentarios a la Constitución* [Comentario al artículo 43]. Civitas, Madrid, 1985.
- HURTADO GONZÁLEZ, en “Derecho a la protección de la salud y derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social”, *Tribuna Social*, nº 78, 1997 (págs. 20-31)
- MANSILLA IZQUIERDO, P. P.: *Reforma sanitaria: Fundamentos para un análisis*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1986
- MIAJA DE LA MUELA: *Derecho Internacional Privado*. Madrid, 1979
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, Madrid, 1995
- “La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 57, 2000 (págs. 49-65)
- PAREJO ALFONSO, L.: “Constitución, Sistema Nacional de Salud y sus formas de organización”, en *La organización de los servicios públicos sanitarios*, Marcial Pons, Madrid, 2001 (págs. 11-44).
- PEMÁN GAVÍN, J.: “Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 97, 1998
- “Sobre el proceso de desarrollo y aplicación de la ley general de sanidad : balance y perspectivas”, en *Derecho y salud*, nº 2, 1999, (págs. 1-34)
- PUERTA SEGUIDO, F.: “La Sanidad”, en *Derecho Autonómico de Castilla-La Mancha* (Director Luis Ortega). Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2000.
- RAMOS QUINTANA, M.I.: “Derechos de los trabajadores extranjeros”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 86, 1997. Pg. 863-903.
- RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J.: “La nacionalidad como vía de integración de los inmigrantes extranjeros”, en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*. nº 103, 1999. Pgs. 171-185.
- SERRANO ALBERCA, J.M.: *Comentarios a la Constitución* [Comentario al artículo 13]. Civitas, Madrid, 1985.
- TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: “La igualdad de trato entre nacionales y extranjeros en materia de Seguridad Social tras la Ley 13/1996 sobre medidas fiscales, administrativas y de orden social”, en *Actualidad Laboral*. nº 39, 1998. Pg. 727-737.
- TOLOSA TRIBIÑO, C.: “El principio de igualdad ante la ley y los extranjeros en España”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*. nº 430, 2000. Pgs. 1-4.
- VV.AA.: *Comentarios a la nueva Ley de Extranjería*, (coord. Pablo Santolaya Machetti), Lex Nova, Valladolid, 2000
- VV.AA. :*Comentarios a la Ley de Extranjería*, (Dir. José Asensi Sabater), Edijus, Zaragoza, 2000
- VV.AA.: *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidade da Coruña, Servicio de Publicacions, A Coruña, 1999
- VV.AA.: *El futuro de la Sanidad española. Un proyecto de reforma*, Exlibris Ediciones, Madrid, 1999.

LA EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA PROTECCIÓN DEL MENOR, LA DEFENSA DE SUS DERECHOS Y LA ATENCIÓN A SU SALUD

María del Carmen Vidal Casero

Dra. en Farmacia. Dra. en Biología. Dra. en Geografía y Historia. Profesora titular de Historia de la Farmacia y Legislación Farmacéutica. Facultad de Farmacia. Valencia.

RESUMEN:

1.-INTRODUCCIÓN.

2. PRECEDENTES INTERNACIONALES.

3.-LEGISLACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL.

3.1.-Reglamentación en general de la protección del menor.

3.2. Reglamentación de la atención de la salud del menor.

4.-LEGISLACIONES AUTONÓMICAS SOBRE PROTECCIÓN AL MENOR..

4.1.-El concepto de protección del menor.

4.2.-Regulación autonómica de la protección de los menores en materia de salud.

5.- CONCLUSIONES.

1.-INTRODUCCIÓN.

La consideración social sobre el menor en nuestros días dista mucho de la existente no hace aún demasiado tiempo en que no pasaba más allá de ser, el menor, un incapaz y en el mejor de los casos una futura persona (1).

El niño tiene hoy una entidad social, e incluso un protagonismo, como nunca antes había tenido en la historia de la humanidad. La infancia es uno de los colectivos más vulnerables de la sociedad. Su defensa y protección se ha convertido en un objetivo esencial de las políticas del bienestar, con el fin de favorecer el desarrollo integral del niño y garantizar un nivel de vida adecuado a sus necesidades. Para ello, las Administraciones Públicas, en representación

de toda la sociedad deben adoptar y arbitrar todas las medidas y mecanismos protectores necesarios para prevenir aquellos riesgos que, cristalizados en determinados fenómenos sociales como el abandono, la mendicidad, el absentismo escolar, la explotación sexual, el uso indebido de drogas y la utilización de la imagen del niño, afecta a toda la población infantil (2). Ello ha sido, lógicamente, reflejado en el orden jurídico. El protagonismo del niño repercute en el caso español, particularmente tanto a partir del art. 39 de la Constitución (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875), como en las diferentes reformas legislativas que han afectado al tratamiento de la minoría de edad en distintas normas, pero especialmente en el Código Civil. También se patentiza en los textos internacionales de lo que ha sido paradigmas distintos precedentes internacionales.

Le corresponde actualmente en España al Ministerio de Asuntos Sociales la protección y promoción del menor y la familia, de acuerdo con lo previsto en los RRDD 727/1988, de 11 de junio (RCL 1988, 1517), 791/1988, de 20 de julio (RD 791/1988, de 20 julio (RCL 1988, 1605), 2120/1993, de 3 de diciembre (RCL 1993, 3291) y en el art. 2º del RD 2309/1994, de 2 de diciembre (RCL 1994, 3353), así como a las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus respectivos Estatutos de Autonomía. Lógicamente los aspectos más específicamente sanitario le corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo.

En este artículo tomando como base los precedentes internacionales se analizan las legislaciones que específicamente en España han ido dictándose protegiendo al menor tanto a nivel estatal como a nivel autonómico. Y asimismo se investiga la repercusión en las medidas adoptadas sobre la atención y protección a la salud, que se han ido complementando con diferentes disposiciones que más

o menos directamente inciden sobre la salud y bienestar del menor (4).

2.-PRECEDENTES INTERNACIONALES.

Las sociedades antiguas no reconocían a la infancia derecho alguno. Los menores eran contemplados desde una perspectiva de sometimiento a sus mayores (5).

El primer paso de la protección del menor en el siglo XX se dio con la Declaración de Ginebra, de 24 de septiembre de 1924, que pretendió establecer una síntesis de los derechos de los menores. En cinco puntos contiene los principios básicos de protección de la infancia. Concretamente, en su punto I hace referencia al desarrollo integral de la personalidad del menor (6).

La Carta Internacional de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948 establece que "La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social" (7); asimismo se señala el derecho a la educación (8).

La Declaración de los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1959, amplía a diez puntos los derechos del menor e insiste en la protección de la personalidad de éste, encuadrándola en la importancia del hogar y de la familia. Se recogen los derechos y libertades fundamentales de la infancia, como la igualdad, la protección especial, la calidad de vida y la educación. Por primera vez aparece literalmente los "derechos" del niño, y en este decálogo de derechos lleva también el enunciado de una serie de libertades fundamentales para la actuación del menor.

La Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989 (RCL 1990, 2712) (9), no trata de reemplazar la anterior Declaración de Derechos, sino que lo que hace es completarla, con el fin de armonizar más claramente las normas de derechos de la infancia. Se dan dos aportaciones muy importantes: se considera a los niños no sólo como objetos de protección sino también como sujetos de derechos y se establece el principio de que todas las medidas respecto a la infancia, deben basarse en el interés superior del menor.

En general, la Convención otorga derechos civiles y políticos al menor. Considera éste como un sujeto social, fuera del ámbito exclusivamente familiar, y a la vez como titular de verdaderos derechos subjetivos, superando arcaicos sistemas tuitivos anclados en la caridad o en la beneficencia institucional (10). Pasa más allá en la protección del menor al reconocerle una capacidad progresiva para ser verdadero sujeto de derechos.

El Convenio relativo a la protección del Niño y la co-operación en materia de adopción internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993 (13 RCL 1995, 2270), pone especialmente énfasis en el desarrollo integral del niño (11) (12).

Además de lo dicho con anterioridad, distintos núcleos doctrinales y profesionales han señalado la importancia de buscar y articular garantías para el real y efectivo ejercicio de tales derechos.

3.-LEGISLACIÓN DE ÁMBITO ESTATAL.

3.1.-Reglamentación en general de la protección del menor.

3.1.1.-La Constitución Española.

La figura del menor de edad y su protección, no es aludida expresa y directamente en la Constitución Española que, sin embargo, la menciona reiteradamente bajo otras denominaciones e incluso en ocasiones implícitamente. Tal es el caso del art. 20.4 de la CE (RCL 1978, 2836 y ApNDL 2875) que establece como límite a la libertad de creación, expresión, información y cátedra "la protección de la juventud y de la infancia". O el art. 27.3 de la CE al configurar el derecho de los padres "a que sus hijos reciban formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". O la exigencia a los poderes públicos de que promuevan "las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud" en el desarrollo político, social, económico y cultural, recogido en el art. 48 de la CE.

Especialmente importante, es, por lo que aquí interesa, el triple enfoque contenido en el art. 39 de la CE. En primer lugar, el apartado 2 del art. 39 establece como principio rector de la política social y económica, el que "los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos". Esta configuración constitucional general de la protección de los menores (hijos) como un principio rector de la política social y económica, tiene como corolario, art. 53.3 de la CE, que su reconocimiento, respeto y protección, informará la "legislación positiva, la práctica judicial y la actividad de los poderes públicos".

A continuación, el art. 39.3 de la CE manifiesta que "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos (...) durante su minoría de edad" y en los demás casos en que legalmente proceda. Lo que significa que uno de los contenidos de la patria potestad (guarda) se eleva a deber de rango constitucional, e incluso se independiza de la propia institución (patria potestad) quedando indisolublemente unido a la condición de progenitor, ya sea

titular, o no, de la patria potestad. Además, el art. 39.4 determina que "los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos".

La Constitución Española considera a la familia como: célula social básica (art. 39); como grupo idóneo para la realización personal de cada uno de sus miembros (art. 10); bajo la igualdad de trato (arts. 19 y 39).

3.1.2.-El Código Civil.

Con relación al acogimiento propiamente dicho, en nuestro siglo fue regulado por las Órdenes de 30 de diciembre de 1936 (BOE 1 enero 1937) y de 1 de abril de 1937 (BOE, 6 de abril), que crearon las Juntas locales de colaboración familiar.

El acogimiento familiar aparece recogido también en el art. 17 de la Ley de Tribunales Tutelares de menores, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948 (BOE, 24 de julio), y en la Ley de Protección de Menores cuyo Texto Refundido fue aprobado por Decreto de 2 de julio de 1948 (BOE, 30 de septiembre).

Por su parte, la Ley de 24 de octubre de 1983 (BOE, 26 de octubre) introdujo en el Código Civil la guarda de hecho, que cierto sector de la doctrina califica como acogimiento de hecho. El acogimiento como institución de Derecho civil ha sido incorporado al Código Civil por la Ley de 11 de noviembre de 1987 (BOE, 17 de noviembre), muy vinculado al régimen de la adopción, como paso previo, aunque no imprescindible, a la misma (13).

El Código Civil hace referencia al menor (14) en numerosos artículos además de la guarda y acogimiento de menores (arts. 172 y 173) y así reglamenta otros aspectos sobre: el nacimiento (arts. 17 a 19); nacionalidad española (art. 21 y 23); edad de matrimonio (arts. 46.1 y 48); nulidad de matrimonio (art. 73.1 y 75); filiación (arts. 121, 124 y 125); acciones de filiación (art. 129); alimentación (art. 142); patria potestad del menor emancipado (art. 157); patria potestad e intervención judicial (art. 158) (15); del defensor del menor (art. 163); enajenación de bienes inmuebles por los padres (art. 166); adopción (art. 175); incapacitación (arts. 201, 205); de la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores (arts. 215 a 286, 288, 290); del defensor judicial (arts. 299 a 301); de la guarda de hecho (arts. 303, 304, 306); la emancipación y mayoría de edad (arts. 319, 321, 323); de la adquisición de la posesión (art. 443); de la capacidad para disponer por testamento (arts. 663 y 681.1); sustitución pupilar (arts. 775 y 776); de los albaceas testamentarios (art. 893); de la aceptación y repudiación de la herencia (art. 992); de la venta de bienes he-

reditarios del menor (art. 903); de la partición (arts. 1052 par. 2, 1057 y 1060); de la prueba de testigos (art. 1246.3); del consentimiento (arts. 1263.1 y 1264); de la nulidad de contratos (art. 1301); de las capitulaciones matrimoniales (art. 1329); de las donaciones por razón de matrimonio (art. 1338); del arrendamiento (art. 1548); del mandato (art. 1716); del juego y la apuesta (arts. 1798 y 1799); de la transacción (art. 1810); de la prescripción (art. 1932 par. 2). La minoría de edad se reglamenta en los arts. 19 y 69; disposición transitorias 12 y disposición final 7.

3.1.3.-La Ley 1/1996 de protección del menor.

El punto culminante de esta creciente intensidad legislativa en la que paulatinamente, aún de forma sectorial, se han ido desarrollando los derechos del menor lo constituye la Ley 1/1996, de 15 de enero (BOE, de 17 de enero), de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Esta Ley tiene dos partes diferenciadas. Una de carácter constituyente, que comprende el Título I y el Título II, Capítulo I, en la que se definen los derechos básicos del menor, estableciendo al par los principios rectores que deben presidir todas las actuaciones relativas al menor, especialmente, las practicadas por la Administración Pública. En la segunda parte, se produce, la adecuada adaptación de nuestros textos legales básicos, Código Civil y Enjuiciamiento Civil, a la nueva realidad jurídica-social, esencialmente en todo lo tocante a las instituciones protectoras de menores (16).

3.1.3.1.-DERECHOS DEL MENOR.

El Diccionario de la Lengua Española, en su acepción 15 recoge la posibilidad de considerar Derecho como las consecuencias naturales del estado de una persona o sus relaciones respecto a otras (17). VILLALÁIN BLANCO considera que los derechos de la persona se podría definir, como aquellas "capacidades o prerrogativas, propias de las personas, derivadas de su condición de hombre, que son exigibles a los demás para una normal convivencia" (18).

3.1.3.1.1.-Principios Rectores.

En la aplicación de la Ley 1/1996 debe primar el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Este principio se encuentra ya recogido en la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principios 2º y 7º) y en la Convención de los Derechos del Niño de 1989 (arts. 3.1 y otros).

El punto quizás de mayor trascendencia para el Derecho Civil en materia de menores es la declaración solemne del segundo párrafo del art. 2 de la Ley en el sentido de establecer que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se tienen que interpretar de forma restrictiva.

Este breve texto podría alterar profundamente el tratamiento que hasta ahora había deparado el Derecho civil a los menores de edad, en lo relativo a su capacidad jurídica y de obrar.

A partir de ahora se zanján las vacilaciones sobre el grado de ineficacia, o la eficacia, de los actos jurídicos realizados por los menores sin el consentimiento de sus representantes legales. Evidentemente, el legislador se propone asegurar la protección del menor. La Ley persigue garantizar la posibilidad de ejercicio de los derechos del menor en forma directa, favoreciendo su derecho a ser oído si tuviere suficiente juicio en todos aquellos asuntos que le conciernan (19).

Con relación a la manera de otorgar el consentimiento, CASA VALLÉS (20) sostiene que lo deberán de hacer por escrito en el caso de que se trate de menores e incapaces carentes de madurez para consentir por sí mismos, evidenciándose también del principio espiritualista que informa nuestro derecho en materia de contratación (arts. 1278 y ss. del Código Civil).

3.1.3.2.-Derechos específicos.

Se ha reglamentado concretamente: los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; el derecho a la información; el derecho a la libertad ideológica; el derecho de participación, asociación y reunión; el derecho a la libertad de expresión; y el derecho a ser oído.

3.1.3.2.1.-Derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Los derechos a la personalidad en la esfera espiritual o moral en general ha sido un tema abordado por MONTÓN GARCÍA (21) y ROMERO COLOMA (22), debido sin duda alguna a su transcendencia jurídica.

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se encuentra ya reconocido en la Constitución y desarrollado en la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo (RCL 1982, 1197 y ApNDL 3639). Esta Ley ha sido analizada por PANTALEÓN (23), RODRÍGUEZ BEREJO (24) y O'CALLAGHAN MUÑOZ (25)(26), constatando éste último que la Ley no define el honor, pero que doctrinalmente se hace como "la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y el sentimiento de la propia persona". En cuanto a la intimidad, GIL HERNÁNDEZ (27) resalta que ésta como manifestación del supremo valor jurídico de la dignidad personal (art. 10 CE) no es un bien jurídico de fácil definición; ni siquiera ésta ha puesto de acuerdo a la doctrina científica, de modo que algunos autores, como GÓMEZ PAVÓN (28) identi-

can intimidad con privacidad, mientras que otros como ROMERO CASABONA (29) consideran a la privacidad como un concepto más amplio que el de la simple intimidad.

La Ley 1/1996 no modifica expresamente la Ley Orgánica 1/1982 en lo concerniente al derecho al honor, a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar, si bien viene a reforzar sus mecanismos de garantía estableciendo una regulación específica de estos derechos de la personalidad cuando su portador es un menor de edad.

Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En consecuencia se considera ilegítima "la revelación de datos privados de una persona o de una familia conocidos a través de la actividad profesional de quien lo revela, salvo que estuviere expresamente autorizado por ley o hubiere consentimiento expreso del interesado" (30).

La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

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 menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Los padres o tutores y los poderes públicos deben respetar estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques de terceros.

3.1.3.2.2.-Derecho a la información.

Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. GISBERT CALABUIG (31) dice que la menor edad es un período de la vida humana en el que falta aún la madurez mental y moral, como falta la madurez física. Como pone de manifiesto SÁNCHEZ CARO (32), los problemas surgen cuando se quiere delimitar a veces la carga y el alcance de la información. ¿Se deberá informar plenamente a un niño pequeño, que tiene cáncer y que está en fase terminal?, ¿se tiene que informar totalmente a un niño que la intervención quirúrgica que se le va a hacer, es de riesgo elevado?, ¿se deberá informar a un niño que va a formar parte de un ensayo clínico en el que se va a experimentar un nuevo

medicamento?. Razonablemente, todo dependerá de la edad del niño y de su grado de competencia. La información indudablemente puede generar problemas éticos que en ciertos casos son de difícil solución, como puede suceder cuando necesite una transfusión sanguínea un menor Testigo de Jehová, y que en muchos casos hay que acudir por vía judicial.

En general los padres o tutores y los poderes públicos deben velar para que la información que reciban los menores sea veraz, plural y respetuosa con los principios constitucionales.

Las Administraciones Públicas tienen que incentivar la producción y difusión de materiales informativos y otros destinados a los menores, que respeten los criterios enunciados, al mismo tiempo que facilitar el acceso de los menores a los servicios de información, documentación, bibliotecas y demás servicios culturales. En particular, deben velar porque los medios de comunicación en sus mensajes dirigidos a menores promuevan los valores de igualdad, solidaridad y respeto a los demás, eviten imágenes de violencia, explotación en las relaciones interpersonales o que reflejen un tratado degradante o sexista.

3.1.3.2.3.-Derecho a ser oído.

El menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial en que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social.

Se debe garantizar que el menor pueda ejercitar este derecho por sí mismo o a través de la persona que designe para que le represente, cuando tenga suficiente juicio. No obstante, cuando ello no sea posible o no convenga al interés del menor, podrá conocerse su opinión por medio de sus representantes legales, siempre que no sean parte interesada ni tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con él puedan transmitirla objetivamente.

3.1.3.3.-Actuaciones en situación de desprotección social del menor.

El Título II (33), arts. 12 a 22 de la Ley 1/1996 se dedican a las "Actuaciones en situaciones de desprotección social del menor", asumiendo los poderes públicos la tarea de remediar lo que genéricamente puede denominarse "situaciones de desprotección social". El denominador común de este articulado es un riesgo de perjuicio al desarrollo personal o social del menor, o un desamparo del mismo por falta de cuidados (34). La contrapartida de esta

obligación es la potestad que poseen de inmiscuirse en el desarrollo de la patria potestad y de la sociedad. Es competencia de las autoridades públicas competentes el verificar la situación denunciada y adoptar las medidas necesarias para resolverla en función del resultado de aquella actuación.

3.1.4.-Código Penal y otras disposiciones.

Se penaliza en el Código Penal (35) la inducción al menor de edad al abandono familiar, la mendicidad con menores de edad, así como el no auxiliar a un menor abandonado. El Código Penal consagra a la protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen los Títulos X y XI, dedicando los arts. 205 a 216 a los delitos contra el honor (injuria y calumnia), ocupándose el Título X a los delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad de domicilio, regulándose en los arts. 197 a 201 el descubrimiento y revelación de secretos, como el que puede realizar un profesional, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgando los secretos de otra persona (art. 199.2) (36).

La ratificación por España en los últimos años de diversos Tratados Internacionales relativos a la protección jurídica del menor, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (BOE 31 diciembre de 1990) y del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 (BOE 1 de agosto de 1995) ha constituido el elemento impulsor y regenerador de nuestro ordenamiento jurídico en esta materia, dictándose una nueva legislación basada en un mayor reconocimiento del papel que el menor desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para los mismos. Según esta filosofía, el menor pasa a constituirse como auténtico sujeto de derechos al tiempo que ve notablemente incrementada su capacidad para el ejercicio directo de los mismos (37).

3.2.-Reglamentación de la atención de la salud del menor.

La Ley de 19 de julio 1984 (BOE, de 24 de julio), de Consumidores y Usuarios fija los derechos básicos de los consumidores, entre los que se encuentran la protección de la salud, matizándose en el art. 5.2.k) que "las especialidades farmacéuticas se deberán presentar adecuadamente envasadas y cerradas con sistemas apropiados, aportando en sus envases o prospectos información sobre composición, indicaciones (...) de suerte que los profesionales sanitarios sean convenientemente informados y se garantice la seguridad, especialmente de la infancia"; y el art. 2.1 de esta misma Ley establece que "la información correcta sobre los diferentes productos o servicios y la educación y divulgación para facilitar el conocimiento de su adecuado

uso, consumo o disfrute es un derecho básico de consumidores y usuarios".

La Ley de 25 de abril 1986, General de Sanidad (BOE, de 29 de abril), en su art. 1.1, reconoce que tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud, y en su art.1.2 fija que son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles (38). El art. 9 de la Ley General de Sanidad recoge que los poderes públicos deberán informar a los usuarios de los servicios del sistema sanitario público o vinculados a él, de sus derechos y deberes (39). En consecuencia tanto la Ley como las disposiciones que desarrollan ésta, deberán de proteger a los menores.

La Ley de 20 de diciembre de 1990, del Medicamento (BOE, de 22 de diciembre) da garantías de prevención de accidentes, indicando en su art. 20.1 que "los medicamentos se elaborarán y presentarán de forma que se garantice la prevención razonable de accidentes, especialmente en relación con la infancia (...)".

La reglamentación de registro de medicamentos, aprobada por RD 767/1993 (BOE, de 2 de julio) encuentra un complemento fundamental en la regulación de los ensayos clínicos de medicamentos efectuada a través del RD 561/1993 (BOE, de 13 de mayo) (40), el cual reglamenta los supuestos en que se puede experimentar en niños. Los ensayos clínicos en niños son completamente necesarios para demostrar la relación beneficio y riesgo en la práctica pediátrica, principalmente en situaciones en las que el medicamento sea la única alternativa en el cuadro patológico infantil. Es un criterio generalizado considerar que, aunque el niño no puede entender la naturaleza de la investigación, debe comprender que tiene el derecho de rechazarla o rehusar en cualquier momento. Así se entiende tácitamente que el niño que no se encuentra en condiciones legales de prestar su consentimiento otorgará su asentimiento, pues sí es capaz de entender al menos el propósito, riesgos y beneficios del estudio (41).

Se protege a los menores en el art. 6.1. e) del RD 1416/1994, de 25 de junio, de Publicidad de los medicamentos de uso humano (BOE, de 29 de julio) y en el anexo I.2.2 del RD 63/1995 (BOE, de 10 de febrero 1995), de ordenación y sistematización de la prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud.

4.-LEGISLACIONES AUTONÓMICAS SOBRE PROTECCIÓN AL MENOR.

El marco anterior queda complementado con distintas disposiciones elaboradas por las Comunidades Autónomas- de acuerdo con sus respectivos estatutos de autonomía (42)- en las que contienen normas de protección de menores y de extranjeros, residentes en sus territorios respectivos (43).

Existen una serie de aspectos generales en los que coinciden las legislaciones autonómicas sobre protección al menor. Son los siguientes: El niño y la niña son personas y como tales deben ser tratados, es decir, como una persona singular, única, libre, sujeto a derechos propios de su condición humana, con la particularidad de su condición infantil. Por tanto, no pueden ser considerados como propiedad de sus padres, de su familia o de la Administración, no pueden ser discriminados ni por sexo, edad, condición, idioma, religión, etnia (44), características socio-económicas de sus padres o familia, ni por cualquier otra consideración.

El menor debe de gozar de los derechos individuales y colectivos reconocidos por la Constitución, el resto del ordenamiento jurídico y los acuerdos y tratados internacionales. El interés del menor es prioritario cuando se trate de aplicar medidas que le afecten.

Tanto lo padres o tutores como los poderes públicos son responsables del cumplimiento efectivo de estos principios, que deben presidir la interpretación y la aplicación de la normativa referida al menor (45).

La regulación de la institución del Defensor del Menor (46) ha sido una aspiración de todos los sectores de nuestra sociedad preocupados por dar una mayor seguridad jurídica al desarrollo de los intereses y participación social de las personas menores de edad.

Específicamente la protección del menor ha sido reglamentada en las Comunidades Autónomas, ya que éstas como entidades públicas competentes en materia de protección de menores, están legitimadas y deben de establecer un marco jurídico de medidas administrativas en esa dirección. Nacen una serie de disposiciones que tienen en cuenta la modificación importante del marco normativo de la protección de menores derivada de la Ley del Estado 21/1987, de 11 de noviembre (R. 2439), por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así se van dictando: leyes de protección de menores en Andalucía (Ley 20 abril 1998. BOE 24 junio 1998); Aragón (Ley 14 de diciembre 1989. (BOA 20 diciembre) (47); Cataluña (Ley 30 de diciembre de 1991. BOE 21 febrero 1992) (48); Extremadura (Ley 10 de

noviembre 1994. LEXT 1994, 221); CA Valencia (Ley 5 de diciembre 1994. DOGV, 16 de diciembre); Pr. Asturias (Ley 27 de enero 1995. LPAS 1995, 24); Islas Baleares (Ley 21 de marzo 1995. LIB, 101); Madrid (Ley 28 de marzo 1995. BOM 7 abril 1995, rect. BO 28 junio) (49); Región Murcia (Ley de 21 de marzo 1995. BORM, de 12 abril); La Rioja (Ley 4/1998. BOE 2 abril 1998); Castilla-La Mancha (Ley 31 marzo 1999. DOCM, de 16 de abril); Cantabria (Ley 28 de abril de 1999. BOC, de 6 de mayo). Y en los Decretos siguientes en: Navarra (Decreto Foral 25 de marzo 1986. BON, de 7 abril); Castilla y León (Decreto 7 de abril 1988. BOCyL, de 25 de abril); Galicia (Decreto 14 mayo 1999. DOG 8 junio, rect. DO 3 agosto) (50).

4.1.-El concepto de protección del menor.

En las legislaciones autonómicas se entiende por protección del menor, el conjunto de actuaciones, integradas en el marco del sistema público de servicios sociales que la Administración de la Comunidad Autónoma, en su condición de entidad pública, realice con la finalidad de promover el desarrollo integral del menor, así como prevenir y remediar cuantas situaciones de indefensión detecte, atendiendo en todo momento al interés primordial del menor y procurando su integración familiar y social (50).

4.1.1.-Principios rectores de la legislaciones autonómicas.

Las legislaciones autonómicas- concretamente de Andalucía, Aragón, Asturias, Extremadura, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, La Rioja, Navarra, Madrid, Región de Murcia- recogen diversos Principios Rectores. Toman como pilar la prevalencia del interés del menor sobre cualquier otro concurrente. Además tienen en consideración otros principios básicos como la defensa de los derechos constitucionales del menor y de los reconocidos por acuerdos internacionales.

4.1.2.-Derechos específicos de los menores.

Se reconocen derechos específicos de los menores en distintas Comunidades Autónomas. En el Principado de Asturias los menores tienen los siguientes derechos: a ser informado acerca de la actuación protectora; a ser oído y a expresar su opinión; de conciencia y religión; al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; y a la garantía y defensa de los derechos. En la Región de Murcia tienen los derechos siguientes: de la infancia ; a la identidad; a la intimidad y a la propia imagen; en materia de atención integral de salud. En la CA de Madrid se reconocen particularmente los derechos a la protección de la salud y a la educación. En la CA de La Rioja se reconocen los derechos: a la protección y a la promoción de la salud y a la atención sanitaria.

En la CA Castilla-La Mancha se conceden los derechos: a la identidad; a la prevención y atención ante los malos tratos y explotación; al honor, intimidad y a la propia imagen; a la información; a la libertad ideológica; a la participación y asociación; a ser oído; a la educación; a la protección de la salud; a la cultura y el ocio; al medio ambiente; a la integración social. En la CA de Cantabria tienen derecho: al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a la información; a la libertad ideológica, a la participación, asociación y reunión; a la libertad de expresión; a ser oído; a la educación; al juego y al desarrollo de actividades culturales y deportivas; a una estancia saludable; a la protección de la explotación económica, laboral y social; a la salud.

4.2.-Regulación autonómica de la protección de los menores en materia de salud.

4.2.1.-Reglamentación directa de la atención a la salud del menor recogida en las leyes de protección al menor.

Se reglamenta específicamente en algunas Comunidades Autónomas.

En la Región de Murcia, todo menor tiene derecho al mejor nivel de salud posible y a la prevención del riesgo sociosanitario.

Tiene derecho el menor a la asistencia médica y a la atención sanitaria que precise. Debe ser tratado con afecto, tacto, educación y comprensión y a que se respete su intimidad.

Los padres o personas que los sustituyan tienen derecho a recibir todas las informaciones relativas a la enfermedad y al bienestar del menor, siempre y cuando el derecho fundamental de éste, en función de su edad, estado afectivo, desarrollo mental, y respeto a su intimidad, no se vean afectados por ello.

Los Equipos de Atención Primaria existentes en la Región de Murcia tienen que poner en marcha el programa de Atención al Niño, tal como viene establecido en los objetivos del Plan Regional de Salud (51).

El menor drogodependiente tiene derecho a tratamientos gratuitos de deshabituación en centros y unidades asistenciales de drogodependencias que cumplan los requisitos mínimos reglamentariamente establecidos en la Región de Murcia (52).

La Ley 6/1995, de garantías de los derechos de la infancia y la adolescencia de la CA de Madrid introduce los derechos a la protección de la salud del menor.

Todos los niños, niñas y adolescentes de la CA de Madrid tienen derecho a ser correctamente identificados en

el momento de su nacimiento, de acuerdo con los métodos más avanzados y precisos, mediante un Documento de Identificación Infantil que se entregará inmediatamente tras el alumbramiento, al padre o a la persona designada por la madre.

Los menores tienen derecho a la detección y tratamiento precoz de enfermedades congénitas, así como de las deficiencias psíquicas y físicas, únicamente con los límites que la ética, la tecnología y los recursos existentes impongan en el sistema sanitario.

Tienen derecho los menores a ser inmunizados contra las enfermedades infectocontagiosas contempladas en el calendario vacunal oficial vigente en la Comunidad de Madrid. Este aspecto se ha desarrollado por Resolución 19 julio 1996 (BOMadrid, de 2 de agosto) creándose el Comité de Expertos sobre Calendario Vacunal con la finalidad de modificar el calendario de vacunaciones existentes en Madrid, y mediante O. 16 octubre 1996 (BOMadrid, de 21 octubre) se fija el calendario vacunal.

Los niños tienen derecho a no ser sometidos a experimentos (53). Cuando pudiera ser necesario someter a un menor a pruebas para detección o tratamiento de enfermedades, éstas no podrán ser realizadas sin previo consentimiento de sus padres (54) o personas de quien dependan, salvo prescripción facultativa debidamente justificada y así apreciada por la autoridad judicial. En todo caso, primará el derecho a la vida del menor.

Por la Administración autonómica se debe proporcionar y fomentar que los menores reciban la educación adecuada en relación a su edad para que sus hábitos y comportamiento personal no perjudique su salud ni la de su entorno social y ambiental y fomente su mejora.

Desde el momento del nacimiento se proveerá a todos los niños y niñas nacidos en la Comunidad de Madrid, del correspondiente Documento de Salud Infantil, en el que se contemplarán las principales acciones de salud que les sean necesarias. Dicho documento debe recoger los aspectos que reglamentariamente se determinen. Las Administraciones Públicas de la Comunidad de Madrid tienen que velar por que se efectúen los seguimientos de los niños y niñas sanos, establecidos protocolariamente para la defensa y desarrollo de su salud.

En la CA de Andalucía se fomentará que los menores reciban una adecuada educación para la salud. La Administración debe garantizar una especial atención a los menores estableciendo instalaciones sanitarias adaptadas progresivamente a la atención pediátrica. Los menores cuando sean atendidos además de los derechos generales

tienen derecho a recibir una información adaptada a su edad, desarrollo mental, estado afectivo y psicológico, con relación al tratamiento médico al que se les someta.

Los menores tienen derecho a estar acompañados de sus padres, tutores, guardadores durante su atención en los servicios de salud. Los menores de poblaciones de riesgo socio-sanitarios deben recibir una atención preferente de acuerdo con sus necesidades. Tienen derecho los menores a proseguir su formación escolar durante su hospitalización, así como a recibir los cuidados que necesiten con el máximo respeto a las creencias éticas, religiosas y culturales del menor y de sus progenitores.

4.2.2.-Reglamentación indirecta de la atención a la salud del menor recogida en otras disposiciones.

Asimismo las CCAA han ido reglamentado de acuerdo con su marco competencial la protección del menor en materia de salud habiéndose regulado en las diferentes leyes autonómicas de defensa de los consumidores y usuarios (55); la utilización del documento de salud infantil (56); la de salud escolar (57), la salud mental (58) las referentes a la organización de Salud (59). No se ha olvidado la protección de los menores frente a los daños que pueden producir el alcohol en menores (60), así como en los Planes regionales (61) y autonómicos sobre drogas (62), en los planes de barriadas de actuación preferente (63), en los programas de educación para la salud (64) o de vacunación (65), en los planes autonómicos sobre drogas (66), en las leyes autonómicas de prevención y tratamiento del toxicómano (67), en las normativas referentes al voluntariado social (68), en el tratamiento automatizado de ficheros con datos de carácter personal (69), así como en los programas para el desarrollo de servicios de atención a la primera infancia (cero-tres años) suscrito entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales y distintas CCAA (70).

5.- CONCLUSIONES.

1.-La protección del menor ha evolucionado desde las sociedades antiguas en las que no se reconocían a la infancia derecho alguno, dándose el primer paso a la protección del menor en el siglo XX con la Declaración de Ginebra de 1924, desarrollándose con la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y 1979 y el Convenio de protección del Niño de La Haya de 1993.

2.-La defensa y protección del niño se ha convertido en un objetivo esencial de las políticas de bienestar. Ha quedado reflejado en el orden jurídico, y en España en los últimos años disposiciones que tomando como pilar la Constitución Española han ido afectando al tratamiento de

la minoría de edad. Se producen modificaciones en el Código Civil, al par que se da un tratamiento diferente de la protección del menor en el nuevo Código Penal, culminando todo ello al promulgarse la Ley 1/1996 que tienen en cuenta los convenios y tratados internacionales firmados por el Estado Español en esta materia. La nueva legislación da un mayor reconocimiento al papel que el menor desempeña en la sociedad, primando en esta legislación el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera ocurrir. Se define los derechos básicos del menor y establece al par los principios rectores que deben presidir todas las actuaciones relativas al menor, especialmente las practicadas por las Administraciones Públicas.

3.-Las Comunidades Autónomas, de acuerdo con los Estatutos de Autonomía de cada una de ellas, dictan legislaciones autonómicas sobre protección de menores, ya que como entidades públicas competentes en esta materia, están legitimadas y deben de establecer un marco jurídico en esta dirección. De manera similar a la legislación estatal, en la mayoría de las legislaciones autonómicas toman como principio rector el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera ocurrir. Comunidades Autónomas (Principado de Asturias y Región de Murcia) reglamentan específicamente los derechos del menor y en otras (CA de Andalucía, CA de Madrid y Región de Murcia) se reglamenta la protección del menor en materia de salud, haciendo hincapié en la información y educación sobre la salud (Andalucía), en la drogadicción (Madrid) y en la experimentación (Región de Murcia) (70).

4.-La atención y protección del menor en materia de salud se perfila someramente en estas disposiciones, lo cual no significa que el menor se encuentre desprotegido ya que la infancia ha sido objeto de especial preocupación a través de disposiciones sectoriales, habiéndose regulado los aspectos relacionados con la salud del niño en disposiciones básicamente sanitarias (v.gr. Ley General de Sanidad, Ley del Medicamento, RD sobre ensayos clínicos etc o sus reglamentos) o bien relativas a consumidores y usuarios.

BIBLIOGRAFÍA Y NOTAS ACLARATORIAS.

1 Ley 21 marzo 1995. BORM 12 abril 1995.

2 Ley 28 marzo 1995. BOCM 7 abril 1995.

3 RD 2309/1994, de 2 de diciembre (RCL 1994, 3353).

4 Este tema ha sido analizado en: Vidal Casero M^a C. La salud como derecho social e individual. *Offarm.* 1997; (febrero): 74-81.

5 Escudero Lucas JL. La protección del menor por la Entidad Pública. *Revista General de Derecho.* 1997; (octubre-diciembre): 12099-16.

6 El texto de esta Declaración fue revisado en 1948 (Manciaux M. La Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant: que changera-t-elle?. *Recueil International de Législation Sanitaire.* 1991. 42 (1): 175-80).

7 Así se establece en el art. 25.2 de la Carta Internacional de los Derechos del Hombre, de 10 de diciembre de 1948 (Carrillo Salcedo, JA. *Textos Básicos de Naciones Unidas.* Tecnos. 2^a ed. 1982; Madrid: p. 96).

8 Del Moral García A. Derechos humanos, menores y Ministerio Fiscal. *La Ley.* 1998; D-316: 2216-20.

9 Entró en vigor en España de forma general el día 5 de enero de 1991 (Miralles Sangro PP. La ratificación por España de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño. *Actualidad Civil.* 1991-3; XXXIX, Marginal 525-38).

10 Ley 27 enero 1995 (LPAS 1995, 24).

11 Existen otras disposiciones sobre el menor de carácter internacional como son: Convenio Europeo relativo al Reconocimiento y la Ejecución de Decisiones en Materia de Custodia de Menores, así como el Restablecimiento de dicha Custodia. Luxemburgo, 20 mayo 1980 (BOE 1 septiembre 1984); Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. La Haya, 25 octubre 1980 (BOE 24 agosto 1987); Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional. La Haya 29 mayo 1993 (BOE 1 agosto 1995).

12 Con independencia de las disposiciones citadas existen otras, también de carácter internacional, que contemplan aunque de una manera incidental, relaciones de derechos referidos a todas las personas, y por tanto también a los menores, entre las que podemos citar: los Convenios de la OIT 90 (RCL 1972, 938 y NDL 29172), 123 (RCL 1968, 2102 y NDL 19815) y 138 (RCL 1978, 1011 y NDL 13347), sobre materia de trabajo nocturno y la edad mínima para trabajar y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (RCL 1977, 893 y ApNDL 3630).

13 Rodríguez Sol L. La protección y acogimiento de menores en el derecho español. *La Ley.* 1993-1, 1097-116.

14 La Ley de 13 de mayo de 1981 (BOE, 19 mayo) de modificación del Código Civil, se constituye en otro principio rector fundamental (Bo Jane M, Caballero Ribera M. El nuevo derecho del menor a ser oído: ¿sujeto activo en la determinación de su interés?. La Ley. 1996; (4166): 1-10).

15 "Código Civil". 23ª ed. Civitas. Madrid; 2000: 682 pp.

16 Rivera Fernández M. Anotaciones a la Ley 1/1997, de 15 de enero, de protección jurídica al menor. Revista General de Derecho. 1996; (621): 6501-31.

17 "Real Academia de la Lengua". Diccionario de la Lengua Española. Madrid, 1984. Cit. en: Villalain Blanco JD. Los derechos del enfermo. Cuadernos de Bioética. 1995; 24 (4): 460-72.

18 Villalain Blanco JD. Los derechos del enfermo. Cuadernos de Bioética. 1995; 24 (4): 460-72.

19 Sabate Boyle E. La nueva Ley de Protección Jurídica del Menor. Actualidad Jurídica Aranzadi. 1996; (241): 1-3.

20 Casa Vallés R. Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación. Poder Judicial, núm. 14, p. 133. Citado en: Concepción Rodríguez JL. El consentimiento en la Ley 1/1982 de 5 de mayo, con especial referencia al prestado por menores e incapaces. La Ley. 1997; (4208): 1-5.

21 Montón García Mª L. Derecho al honor, intimidad y propia imagen: Protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión. La Ley. 1995-1, 874-86.

22 Romero Coloma A. El honor y la libertad de expresión en la Constitución Española de 1978 y en la doctrina del Tribunal Constitucional. La Ley. 1994-2, 951-9.

23 Pantaleón F. La Constitución, el honor y unos abrigos. La Ley. 1996; (4033): 1-6.

24 Rodríguez Bereijo A. Los derechos fundamentales: Derechos subjetivos y derecho objetivo. La Ley. 1996; (4000): 1-2.

25 O'Callaghan Muñoz X. Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor según la Ley de Protección del menor. La Ley. 1996; (4077): 1-4.

26 O'Callaghan Muñoz analiza el concepto de honor a través del Código Civil, Constitución Española y Jurisprudencia (O'Callaghan Muñoz X. Derecho al honor. Actualidad Civil. 1990-1; I, Marginal 1-12).

27 Gil Hernández A. Protección de la intimidad corporal: Aspectos penales y procesales. Revista General de Derecho. 1996; 7949-8025.

28 Lo hace en su monografía La intimidad como objeto de protección penal. Akal, Madrid, 1989. Cit en: Gil Hernández A. Protección de la intimidad corporal: Aspectos penales y procesales. Revista General de Derecho. 1996; 7949-8025.

29 Citado en: Poza Cisneros M. Agresiones penales al honor y a la intimidad. Cuadernos de Derecho Judicial, "Intereses difusos y Derecho Penal. CGPJ, 1994, p. 174. Cit en: Gil Hernández A: Protección de la intimidad corporal: Aspectos penales y procesales. Revista General de Derecho. 1996; 7949-8025.

30 Palou Bretones A. Responsabilidad del personal sanitario. La Ley. 1999; D-313, 1934-57.

31 Gisbert Calabuig JA. Medicina legal y Toxicología. 4ª ed. Barcelona. Ediciones científicas y técnicas S.A. 1991, reimpr. 1992, p. 817. Cit. en: Martín Cruz A. Minoría de edad penal. Revista General de derecho. 1997; (septiembre): 10475-82.

32 Sánchez Caro J. El derecho a la información en la relación sanitaria: Aspectos civiles. La Ley. (1993-1): 941-61.

33 El contenido del Título II de la Ley 1/1996, no presenta gran novedad, ya que remite a la Ley de 11 de noviembre de 1987 (BOE, 17 noviembre), que reformó la adopción en el Código Civil.

34 Gullón Ballesteros, A: Sobre la Ley 1/1996, de protección jurídica del menor. La Ley. 1996; (3970): 1-4.

35 Se hace referencia al menor en el Código Penal-arts. disposición adicional 2 y 12, 148.3, 224, 226 a 230 y 232 y 618. "Código Penal". 4ª ed. Colex ed. Madrid; 1999: 1114 pp.

36 Escobar de la Serna L. Manual de Derecho de la información. Dykinson. Madrid; 1997: pp. 441-2.

37 Leal Pérez-Olagüe Mª L. Comentarios a la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Ley. 1996; (1 marzo): 14.

38 Los arts. 6.2 y 18.1 de la Ley General de Sanidad obligan a las Administraciones Públicas, a través de los Servicios de Salud y órganos competentes en cada caso, a desarrollar sistemáticamente acciones para la educación

sanitaria, como elemento primordial para la mejora de la salud individual y comunitaria.

39 El contenido de la información deberá ser diferente según sea una información sobre educación sanitaria, una información al usuario o una información terapéutica. Existen excepciones a la información, la cual suele estar relacionada con la información epidemiológica que plantea a veces problemas de colisión con determinados derechos e intereses de carácter económico o social (Beltrán Aguirre JL. La información en la Ley General de Sanidad y en la Jurisprudencia. *Derecho y Salud*. 1995; 3 (2): 157-74).

40 Arrebola Nacla P, López Andujar G. Nueva reglamentación sobre ensayos clínicos: Garantías sanitarias en la experimentación del medicamento. *Cuadernos de Bioética*. 1994; 19 (3): 200-6.

41 "El menor maduro tiene capacidad suficiente para prestar consentimiento informado". *Cuadernos de Bioética*. 1996; 26 (2): 241-2.

42 Así Aragón tiene función ejecutiva en esta materia (Art. 1.7 de la LO 7 enero 1999. BOR 9).

43 Valentín-Gamazo y Alcalá I. Régimen jurídico de la protección del menor en el Derecho Internacional Privado. *Actualidad Civil*. 2000-4; XLVIII, Marginal 1167-77.

44 De esta manera, mediante Resolución de 19 noviembre 1996 (BOE, de 9 de diciembre) se da publicidad al Protocolo destinado a financiar proyectos de intervención social integral para atención, prevención de la marginación e inserción del pueblo gitano).

45 Ley 37/1991, de 30 de diciembre. BOE 21 febrero 1992.

46 En el ámbito estatal, existe ya el antecedente del Adjunto al Síndic de Greuges de Cataluña, para la defensa de los derechos de los menores, creado por Ley 12/1989, de 14 de diciembre (LCAT 1989, 509), del Parlamento de Cataluña. En la CA de Madrid se dan normas reguladoras del Defensor del menor en la Ley 8 julio 1996 (BOCM, de 17 julio).

47 Distintas disposiciones se han dado regulando aspectos diferentes del menor entre ellas la O. 13 noviembre 1996 se regulan las compensaciones económicas que se otorgarán, a los acogimientos familiares que lo requieran y así sean acordados en su día (RLAragón 1996, 272); y la O. 28 noviembre 1996 (RL Aragón 1996, 294) se aprueba el convenio de colaboración con Ministerio de Asuntos Sociales para la realización de programas para el desarrollo de servicios de atención a la primera infancia (cero a tres años).

48 Complementariamente, por O. 16 septiembre 1996 (DOCataluña 30 septiembre 1996), se designa los órganos competentes del Departamento de Justicia para instruir y resolver las solicitudes de inscripción en la sección de servicios y establecimientos del registro de entidades, servicios y establecimientos sociales.

49 Complementariamente se han dado diferentes disposiciones. Así por Ley 24 junio 1996 (BOCM, de 2 julio) se crea el Instituto Madrileño del menor y la familia, con personalidad jurídica. Es un organismo autónomo de carácter administrativo adscrito a la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales.

50 El art. 35 del D. 112/1995 establece la exigencia de que todos los centros de atención a menores posean un proyecto educativo y un Reglamento de régimen interior. Por O. 1 agosto 1996 (RG 1996, 280) se establece los contenidos mínimos del Reglamento de régimen interior y el proyecto educativo de los centros de atención a menores.

50 Ley 27 enero 1995 (LPAS 1995, 24).

51 Aprobado por Ley 2/1990, de 5 de abril, de creación del Servicio de Salud de la Región de Murcia. BORM, de 27 de abril.

52 La Comisión de acreditación se regula por O. 2 abril 1990 (BORM, de 20 de abril). Surge como consecuencia del RD 75/1990 (BOE, de 9 de noviembre) que reglamenta los tratamientos por opiáceos de personas dependientes de los mismos.

53 El RD 561/1993, de 19 de abril (BOE, de 13 de mayo), que regulan los requisitos para la realización de ensayos clínicos, salvaguarda los derechos del sujeto de experimentación mediante el consentimiento informado (art. 12), concretando que el sujeto expresará su consentimiento preferiblemente por escrito, y en aquellos casos sin interés terapéutico para el sujeto, su consentimiento constará necesariamente por escrito.

54 El consentimiento informado ha sido causa de innumerables problemas tanto legales como éticos. Sobre este tema existe una profusa bibliografía. Merece destacar: Simón Lorda P et al. Legibilidad de los formularios escritos de consentimiento informado. *Med. Clin*. 1996; (107): 524-9.

55 Así se hace en : Aragón (art. 41 Ley 8/1997. BOE 19 noviembre 1997); Cataluña (arts. 21 y 23 de la Ley 3/1993. BOE, de 5 de abril); y Castilla y León (art. 19 Ley 5 diciembre 1998. BOCyL 10, rect. BO 16 marzo 1999); Madrid (art. 4 Ley 11/1998. BOE 28 agosto).

56 Se ha reglamentado la utilización del documento de salud infantil en Navarra (D. Foral 20 marzo 1987. BON, de 1 abril); País Vasco (D. 23 febrero 1986. BOPV, de 8 de enero); Aragón (O. 13 enero 1987 (BOA, de 23 de enero) y su modelo (O. 12 junio 1998. BOA, de 29 junio); Galicia (D. 18 julio 1985. R. 2602; modif. O. 27 junio 1990. DOG, de 7 de agosto); Valencia (O. 22 marzo 1988. DOGV, de 6 de abril).

57 Se dan normas sobre Salud Escolar: en el País Vasco (Ley 7/1982 de 30 de junio. BOPV, de 30 de junio); Galicia (Ley 5/1983, de 30 de junio. DOG, de 18 de julio); Asturias (Ley 11/1984, de 15 de octubre. BOPA, de 22 de octubre); Aragón (Ley 5/1986, de 17 de noviembre. BOA, de 1 de diciembre); La Rioja (Ley 2/1987, de 9 de febrero. BOR, de 24 de febrero); Extremadura (Ley 2/1990, de 26 de abril. DOE, de 31 de mayo); Cataluña (D. 155/1993, de 1 de junio (DOGC, de 16 de junio).

58 D. 27 julio 1999. DOGC, de 3 de agosto.

59 Como por ejemplo el art.4.1.3 del D. 60/1985, de 20 de junio de Castilla y León (BOCyL, de 2 de julio); art. 15. 1.3 del D. 195/1985, de 28 de agosto de Andalucía (BOJA, de 14 de septiembre).

60 Como en la Ley Foral 10/1991, de 16 de marzo de Navarra. BOE, de 20 de septiembre; o en el D. 30 abril 1996 de Castilla-La Mancha de prohibición de venta y publicidad a menores de bebidas alcohólicas (DOCM 3 mayo 1996); o mediante la elevación de la edad mínima de acceso a las bebidas alcohólicas (Ley 8 mayo 2000. BOCM 11 mayo).

61 Como es en el Plan Regional de Castilla y León. El D. 6 abril 1995 (BOCyL 25 mayo 1995) aprueba planes regionales de actuación, entre ellos un plan cuatrimestral de protección al menor.

62 Tal es el de Cantabria que se regula mediante D. 16 mayo 1991 (BOE, de 1 de julio) que recoge orientaciones preventivas en la comunidad escolar en el cap. VIII.4.

63 Así se hace referencia en el art. 4.10.c del D. 3 octubre 1989 de la CA Andalucía (BOJA, de 7 de octubre).

64 Como es el D. 13 febrero 1990 (BOE, de 21 de febrero) de creación del plan de apoyo a los programas de educación para la salud; o los programas de educación para la salud de las comunidades autónomas, como es el D. 14 octubre 1993 de Castilla y León (BOCyL, de 19 de octubre) que regula el plan sectorial de educación para la salud, y en el Cap. III se reglamenta el programa de educación para la salud en la población en edad escolar.

65 Resolución 13 enero 2000 (BOR, 22 de enero); Resolución 2 noviembre 2000. BOPA, 22 noviembre 2000.

66 Por ejemplo se concretan medidas en el art. 5.1.c) de la Ley 10 mayo 1991 de Cataluña (DOGC, de 22 de mayo) que modifica la Ley 25 julio 1985 (R. 1985, 2218) de prevención y tratamiento del toxicómano; y en los arts. 9. b), 15.4.a), 16.2.d), 19.1 de la Ley 11 noviembre 1988 de prevención, asistencia y reinserción del drogadicto del País Vasco (BOPV, del 12 de diciembre).

67 Se perfila en el art. 4.3.b) de la Ley 7 octubre 1992 (BOA, de 19 de octubre) del voluntariado social, concretando los programas en la infancia.

68 D. 13 julio 1999, LCAT 1999, 446; Acuerdo 9 febrero 1999. BOCM 18 junio.

69 Así se suscribe entre el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales convenios destinados a programas de desarrollo de los servicios de atención de la primera infancia. y (Resolución 19 enero 1998. BOE 19 febrero 1998).

70 En la Ley 6/1995 de la CA de Madrid, en contraste con la Ley 37/1995 de la Región de Murcia, no se regula aspectos en conexión con el menor drogodependiente. Sin embargo, las comisiones de acreditación de centros y servicios de tratamiento de Opiáceos, se ha hecho por O. de 7 mayo 1990 (BOM 9 nº 109).

¿A QUIÉN PERTENECE LA HISTORIA CLÍNICA?

Una propuesta armonizadora desde el lenguaje de los derechos^{*}

José Antonio Seoane Rodríguez

Doctor en Derecho y Experto en Bioética sanitaria. Profesor Titular (interino) de Filosofía del Derecho
Universidade da Coruña

Sumario: 1. El marco iusfundamental de protección de los datos de salud. 1.1. La evolución jurisprudencial. 1.2. La evolución legislativa. 1.3. Los mecanismos iusfundamental de tutela de los datos de salud. 1.3.1. De la *privacy* a la moderna noción de intimidad. 1.3.2. La intimidad *postinformática*: la libertad informática. 1.3.3. Un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales. 1.4. Recapitulación. 2. Un ejemplo de la perspectiva dominical de la historia clínica: la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo. 2.1. Preámbulo. 2.2. El Título III. *De la historia clínica*. 2.2.1. Concepto de historia clínica. 2.2.2. ¿A quién pertenece la historia clínica? 3. Una propuesta armonizadora de análisis de la historia clínica: el lenguaje de los derechos. 3.1. La definición de la historia clínica -y consecuentemente de los derechos respecto de ella- a partir de la finalidad. 3.2. El significado del lenguaje de los derechos y sus repercusiones en el tratamiento jurídico y bioético de la historia clínica. 3.2.1. El punto de vista del paciente o usuario. 3.2.2. El punto de vista del profesional sanitario. 3.2.3. El punto de vista de la Administración sanitaria. 4. Conclusiones, o argumentos a favor de una cultura de la confidencialidad en el ámbito sanitario.

^{*} Versiones preliminares de este trabajo fueron presentadas como comunicación a las I Jornadas gallegas de Bioética, organizadas por la Escola Galega de Administración Sanitaria (FEGAS) y celebradas en Santiago de Compostela los días 8 y 9 de noviembre de 2001, y al V Congreso Nacional de Bioética, organizado por la Asociación de Bioética Fundamental y Clínica y celebrado en Madrid los días 6, 7 y 8 de junio de 2002. Con antelación pude debatir como ponente el tema con los asistentes al curso Bioética: confidencialidad, intimidad e historias clínicas, organizado por el Servicio Vasco de Salud (Osakidetza) en el marco del Programa de Formación continuada del personal sanitario (2001) y celebrado en Bilbao los días 9, 10 y 11 de julio de 2001. Agradezco las diversas sugerencias recibidas en sendos foros. Un agradecimiento especial merecen Natalia Álvarez, Alejandro Arretxe y Azucena Couceiro, por sus ponderados y estimulantes comentarios.

La reciente aparición de diversas leyes autonómicas¹ sobre algunos aspectos relacionados con los derechos de los pacientes: consentimiento informado, información y documentación clínica, historia clínica, voluntades anticipadas, etc. merece ser bienvenida. Estas leyes confieren rango jurídico, bajo forma de derechos, a un conjunto de aspiraciones y valores éticos que han ido penetrando y consolidándose en el ámbito sanitario en las últimas décadas. Junto a ellas cabe señalar también, en el ámbito estatal, la Proposición de Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (anteriormente Proposición de Ley sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica²), aprobada por el Pleno del Congreso en sesión de 20 de junio de 2002³,

¹ Cfr. Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud, a la autonomía del paciente y a la documentación clínica (D. O. G. C. n.º 3303, de 11 de enero de 2001; B. O. E. n.º 29, de 2 de febrero de 2001); Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (D. O. G. n.º 111, de 8 de junio de 2001; B. O. E. n.º 158, de 3 de julio de 2001); Ley de la Comunidad de Madrid 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria (B. O. C. M. n.º 306, de 26 de diciembre de 2001; rectificación de errores en B. O. C. M. n.º 17, de 21 de enero de 2002; B. O. E. n.º 55, de 5 de marzo de 2002); Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud de Aragón (B. O. A. n.º 46, de 19 de abril de 2002; B. O. E. n.º 121, de 21 de mayo de 2002); Ley 2/2002, de 17 de abril, de salud de La Rioja (B. O. L. R. n.º 49, de 23 de abril de 2002; B. O. E. n.º 106, de 3 de mayo de 2002); Ley foral navarra 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica (B. O. N. n.º 58, de 13 de mayo de 2002; B. O. E. n.º 129, de 30 de mayo de 2002).

² Cfr. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, Serie B, n.º 134-1, de 27 de abril de 2001. Cfr. asimismo las numerosas enmiendas (126) presentadas en el Congreso de los Diputados relación con la Proposición de Ley (B. O. C. G., Congreso de los Diputados, Serie B, n.º 134-14, 27 de septiembre de 2001).

³ Cfr. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, Serie B, n.º 134-19, de 24 de junio de 2002. El texto de la Proposición de Ley aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados y remitido al Senado puede ser consultado en el B. O. C. G., Senado, Serie III A, n.º 11 (d), de 27 de junio de 2002. Puede también consultarse en el B. O. C. G., Congreso

que pretende servir de marco general para las distintas normas autonómicas.

La normativa indicada se enmarca en una tendencia renovadora y actualizadora de la regulación jurídico-sanitaria española, encabezada por una norma capital: el 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), ratificado por España el 23 de julio de 1999 y vigente en nuestro país desde el 1 de enero de 2000⁴. El Convenio representa una suerte de Constitución bioética, un conjunto de principios que configuran el marco común europeo para la protección de los derechos humanos y la dignidad de la persona en el contexto de la Medicina y la Biología.

Son diversas las cuestiones de interés que presentan las leyes referidas, entre las que ha merecido especial atención la regulación positiva del testamento vital, o con mayor precisión, las voluntades anticipadas o instrucciones previas –ambas denominaciones han sido empleadas en los textos legislativos-, tanto por su novedad en el plano legislativo como por su trascendencia en la relación clínica. Mi reflexión se centrará, sin embargo, en otra cuestión, que constituye un aspecto nuclear de la información y documentación clínicas y de la praxis sanitaria: la historia clínica, en particular lo referido a su titularidad o, en terminología más extendida –aunque a mi entender menos precisa y preferible-, su propiedad. Pudiera pensarse que en el funcionamiento cotidiano es posible, con mayor o menor éxito, sortear esta cuestión, rechazándola como meramente teórica. Esgrimiendo argumentos prácticos cabría aducir que lo importante no es el estatuto jurídico-dominical de la historia clínica sino la solución a los múltiples problemas clínicos o sanitarios en relación con ella: quién puede acceder a la historia clínica; en qué condiciones; a qué partes de la misma; si debe o no conservarse; quién debe hacerlo; cuánto tiempo; etc. Sin embargo, quien se haya planteado alguna de estas cuestiones o cualesquiera otras semejantes sabe que sus respuestas remiten a nuestra pregunta inicial: ¿de quién es o a quién pertenece la historia clínica?

Mi propósito no es, en rigor, examinar quién es el propietario de la historia clínica y decantarme por alguna

de las alternativas existentes: el médico, la institución sanitaria, el paciente, etc. Sí lo es, en cambio, poner de relieve el paradójico desenfoque al que conduce el debate en torno a la propiedad y sugerir una propuesta de interpretación distinta, centrada en la titularidad de los derechos fundamentales y en la nueva configuración iusfundamental de la intimidad y los datos de carácter personal. Esto es, a la interpretación basada en la propiedad de la historia clínica (perspectiva dominical) opondré una interpretación basada en la titularidad de los derechos –⁵ distintos del de propiedad- (perspectiva iusfundamental).

Para ello presentaré en primer lugar (1) el contexto jurídico-constitucional y axiológico en el que ha de debatirse el problema de la titularidad de los derechos en relación con la historia clínica y, en general, todas las cuestiones referidas a la información y la documentación sanitarias, articulado en torno a un recentísimo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales. A continuación analizaré (2) el marco normativo de la historia clínica en la Ley gallega (Ley 3/2001, de 28 de mayo), en su condición de modelo de regulación patrimonialista o dominical de la historia clínica. En este aspecto La Ley gallega difiere notablemente de las res-

⁵ No abordaré, en consecuencia, el análisis detallado de la regulación vigente de la historia clínica ni otras cuestiones referidas a ella, si bien es posible deducir una respuesta a la mayor parte de éstas a partir de la tesis aquí defendida. Para un tratamiento más exhaustivo de estos aspectos cfr. María Teresa CRIADO DEL RÍO, Javier SEOANE PRADO, Aspectos médico-legales de la historia clínica, Madrid, Colex, 1999, passim (para un análisis comparativo de las distintas tesis defendidas hasta el momento en relación con la propiedad de la historia clínica cfr. pp. 80-90 y bibliografía allí citada) o José Manuel FERNÁNDEZ HIERRO (coord.), La historia clínica, Granada, Comares, 2002, passim (acerca de diversas tesis en torno a la propiedad de la historia clínica cfr. José Manuel FERNÁNDEZ HIERRO, “Régimen jurídico general de la historia clínica”, en José Manuel FERNÁNDEZ HIERRO (coord.), La historia clínica, cit., pp. 97-178, pp. 112-119). Resultan también de interés Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, “Problemas legales de la historia clínica en el marco hospitalario”, La Ley 1 (1987), pp. 1011-1024; Roberto CANTERO RIVAS, “Cuestiones relativas a la historia clínica”, La Ley 5 (1996), pp. 1421-1428; Tomás GARCÍA HERNÁNDEZ y Blanca MARZO MARTÍNEZ, “La propiedad de la historia clínica”, La Ley 5 (1996), pp. 1629-1631 (defendiendo que el paciente ha de ser el propietario y poseedor de la historia clínica con argumentos iusprivatistas, en particular contractuales); Javier JÚDEZ, ET AL., “La confidencialidad en la práctica clínica: historia clínica y gestión de la información”, Medicina Clínica 118/1 (2002), pp. 18-37; Josep Lluís LAFARGA I TRAYER, “Problemas legales asociados al tratamiento informático de la historia clínica: la responsabilidad médica en el tratamiento de datos”, Derecho y Salud 7/2 (1999), pp. 43-48 (quien sostiene que la titularidad compartida de la historia clínica no es exclusiva sino compartida por el centro o institución sanitaria, a quien “le corresponde su conservación y custodia, y aun la responsabilidad en relación con su mantenimiento actualizado”, y el paciente, a quien le corresponden “los derechos de acceso, rectificación e indemnización, en su caso, en los términos que establece el título III de la LORTAD” (hoy sustituida por la LOPD): p. 46); y Carlos María ROMEO CASABONA y María CASTELLANO ARROYO, “La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica”, Derecho y Salud 1/1 (1993), pp. 5-17.

de los Diputados, Serie B, n.º 134-17, de 17 de junio de 2002, donde se recoge el Dictamen de la Comisión de Sanidad y Consumo sobre la Proposición de Ley básica mencionada, destacando las modificaciones respecto de los borradores de trabajo previos.

⁴ Cfr. B. O. E. n.º 251, de 20 de octubre de 1999 (Instrumento de ratificación de 23 de julio de 1999). Corrección de erratas en B. O. E. n.º 270, de 11 de noviembre de 1999.

tantes normas autonómicas aludidas, y de la Proposición de Ley estatal⁶. Realizaré para ello un examen crítico de dicha regulación, deteniéndome en dos cuestiones: la comprensión dominical y formalista de la historia clínica, presente sobre todo en el artículo 18 de la Ley gallega; y algunos aspectos que afectan a la dimensión iusfundamental de la historia clínica (sobre todo arts. 14 y 19 Ley gallega).

Seguidamente intentaré argumentar (3) por qué la perspectiva dominical (“Las historias clínicas son documentos confidenciales propiedad de...”: art. 18 Ley gallega) no me parece satisfactoria. En su lugar intentaré mostrar cómo desde la perspectiva que denomino el lenguaje de los derechos la propiedad pierde importancia en beneficio de la titularidad de los derechos fundamentales: no importa quién es el dueño o propietario de la historia clínica sino qué derechos son los que están en juego y cómo es posible armonizar el ejercicio de todos ellos. Desde tal perspectiva es posible abandonar las visiones unilaterales y exclusivistas (“...del centro sanitario”; “...del médico”; “...del paciente”) y sostener, en particular en determinadas áreas como la Psiquiatría, la cotitularidad de la historia clínica por parte del paciente y del (de los) profesional(es) sanitario(s).

Si los argumentos precedentes son correctos concluiré con (4) una serie de tesis plausibles en relación con el tratamiento jurídico -y bioético- de la historia clínica, formuladas mediante el nuevo lenguaje y desde la nueva perspectiva iusfundamental. Podré, asimismo, brindar razones a favor de la rehabilitación y la nueva interpretación de un concepto presuntamente decrépito en el ámbito sanitario, la confidencialidad.

1. EL MARCO IUSFUNDAMENTAL DE PROTECCIÓN DE LOS DATOS DE SALUD

A partir de la promulgación de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), y de su sustituta, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), y sobre todo desde las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, que acuñan un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos

⁶ A semejanza de la Ley gallega, una Enmienda del Grupo Parlamentario Socialista (Enmienda n.º 53) proponía incluir en el texto definitivo de la Ley estatal la regulación de la propiedad de las historias clínicas, con un tenor literal casi idéntico al de los dos primeros párrafos del artículo 18 de la Ley gallega. (Cfr. B. O. C. G., Congreso de los Diputados, Serie B, n.º 134-14, 27 de septiembre de 2001, p. 48). El texto finalmente aprobado por el Congreso, que difiere notablemente del propuesto inicialmente, no ha acogido la enmienda mencionada.

personales, no tiene sentido escindir la protección jurídica de la intimidad y de los datos de carácter personal. Más aún, no es posible entender adecuadamente la tutela jurídica de los datos de salud y de la información clínica, ni el régimen específico de la historia clínica, sin referencia al giro “autonomista” originado por el derecho a la protección de datos personales. Puede argüirse, con razón, que el ámbito de protección —o el contenido o la función— del derecho a la intimidad es distinto del abarcado por el derecho a la protección de datos personales. Pero es también cierto que ambos mecanismos iusfundamentales se orientan en el contexto sanitario a un mismo objetivo, a la tutela de bienes semejantes, y que su mejor logro exige una actuación complementaria de ambos derechos.

1.1. La evolución jurisprudencial

Desde los albores de la jurisprudencia constitucional el derecho a la intimidad ha sido el mecanismo iusfundamental encargado de la protección de las esferas íntima y privada. No obstante, factores de diversa índole han mostrado algunas de sus insuficiencias para garantizar en la actualidad la tutela de dichas esferas y de los datos de carácter personal frente a las diversas modalidades de agresiones o lesiones, y han propiciado la incorporación al acervo iusfundamental de dos nuevos instrumentos de protección: la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales. Éstos operan en coexistencia con el anterior; esto es, la aparición de la nueva libertad y el nuevo derecho no implica la eliminación y sustitución del anterior o anteriores, cuya necesidad y eficacia perviven.

Los factores determinantes de la evolución del tratamiento jurídico-constitucional⁸ de las esferas íntima y privada y de los datos de carácter personal han sido, a mi juicio, de dos clases:

1. Externos o *ad extra*, referidos a las modificaciones sociales, culturales, etc., que inciden en la configuración de los derechos fundamentales y, en concreto, del derecho a la intimidad y de las vías adicionales de garan-

⁷ Con carácter general, sobre la protección de la intimidad y de los datos de carácter personal en el ámbito sanitario cfr. Manuel HEREDERO HIGUERAS, “La protección de datos de salud informatizados en la ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre”, *Derecho y Salud* 2/1 (1994), pp. 17-28; Carmen SÁNCHEZ CARAZO, *La intimidad y el secreto médico*, Madrid, Díaz de Santos, 2000; Jesús SÁNCHEZ-CARO, Javier SÁNCHEZ-CARO, *El médico y la intimidad*, Madrid, Díaz de Santos, 2001. (Las dos últimas monografías destinan breves apartados a la historia clínica).

⁸ Por todas SSTC 143/1994, de 9 mayo, FJ 6; 134/1999, de 15 julio, FJ 5; 144/1999, de 22 julio, FJ 8; 202/1999, de 8 noviembre, FJ 2; 115/2000, de 5 mayo, FJ 4.

tía iusfundamental de las esferas íntima y privada: la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales. El factor decisivo para la nueva orientación hermenéutico-constitucional ha sido la irrupción de las nuevas tecnologías, que ha aumentado la vulnerabilidad de dichas esferas y las posibilidades de lesionar los derechos.⁹ La respuesta jurídica a la realidad expuesta ha tenido lugar, en buena medida, a través de dos nuevos mecanismos de protección jurídica, complementarios del derecho a la intimidad.

En primer lugar, a través de la denominada *libertad informática*, cuya sede constitucional es el artículo 18.4 CE. A partir de su STC 254/1993, de 20 de julio¹⁰, el Tribunal Constitucional ha puesto de relieve dos aspectos. De una parte, la incidencia de las nuevas tecnologías informáticas en la vida social y el potencial aumento de los riesgos para la vida privada e íntima. La informática ha multiplicado ciertos riesgos ya existentes y generado algunos nuevos. La conexión en red de los datos, y el consiguiente aumento de las posibilidades de conocimiento, difusión y manejo de los datos sin consentimiento o autorización de su titular son buena muestra de ello. De otra, la necesidad de ampliar la facultad tradicional de defensa del derecho a la intimidad con una facultad positiva o poder de control sobre tal esfera. Mediante la primera el titular impide la injerencia de terceros, que tienen el deber de abstenerse; mediante la segunda el titular ejerce un poder activo de control de sus datos.

En segundo lugar, a través del *derecho a la protección de datos personales*, acuñado por el Tribunal Constitucional en sus SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 noviembre. En esta última el Tribunal Constitucional compara ese nuevo derecho con el derecho a la intimidad. Ambos comparten un mismo objetivo: “ofrecer una eficaz protección constitucional de la vida privada personal y familiar”¹¹. Difieren, en cambio, en tres aspectos. En primer lugar, en cuanto a la función: defensiva o de protección en el derecho a la intimidad, mientras que el derecho a la protección de datos personales desempeña una función activa o de disposición¹². En segundo lugar, en cuanto al objeto: el derecho a la protección de datos

personales extiende su garantía no sólo a la intimidad sino a la “esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada”; además, su objeto de protección no se reduce a los datos íntimos, sino a todo tipo de dato personal, íntimo, privado o público¹³. Finalmente, en cuanto al contenido: el derecho a la intimidad personal y familiar confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima de la persona y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, en tanto que el derecho a la protección de datos personales comprende un conjunto de facultades más amplio, que pueden reconducirse a dos: el derecho del afectado a consentir y el derecho a saber, que requieren para ser efectivos, respectivamente, el reconocimiento del derecho a ser informado y el derecho de oposición¹⁴.

2. Internos o *ad intra*, relativos al contenido del derecho a la intimidad y de los restantes mecanismos iusfundamentales de tutela de la esfera privada *per se*. Desde una perspectiva negativa de rechazo de injerencias se ha llegado hasta la actual facultad de control sobre los propios datos, en la que el consentimiento del titular, esto es, su activa y decisiva participación, amplía el contenido del derecho. El desarrollo del derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) es paradigmático en este punto: predomina inicialmente la dimensión negativa o de defensa frente a las injerencias externas¹⁵; mas la dimensión negativa o de defensa no agota la protección dispensada por el derecho a la intimidad, que incorpora paulatinamente una dimensión positiva o de acción al ponerse en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). De acuerdo con la primera el titular está facultado para impedir las injerencias y los terceros han de abstenerse de cualquier intromisión. De acuerdo con la segunda el titular dispone de un poder de control, decisivo para el gobierno de su esfera íntima y privada, sin el cual no es posible perfilar adecuadamente la propia persona; es decir, no es posible el libre desarrollo de la personalidad en unas condiciones dignas.

En la evolución interna de los derechos que garantizan la protección jurídica del ámbito íntimo y privado, y de los datos de carácter personal también en el ámbito público, ha de subrayarse la importancia que ha ido cobrando la facultad de autodeterminación informativa, esto es, el poder de disposición y control. Desde la STC 254/1993, de 20 de julio, aun limitada al terreno infor-

⁹ Cfr. singularmente SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 4 y 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 4. Cfr. asimismo el apartado 1 de la Exposición de Motivos de la LORTAD.

¹⁰ Con posterioridad cfr. SSTC 143/1994, de 9 mayo, FJ 7; 11/1998, de 13 de enero, FJ 4; 94/1998, de 4 mayo, FJ 4; 202/1999, de 8 noviembre, FJ 2; 233/1999, de 13 diciembre, FJ 7; 292/2000, de 30 noviembre, FJ 4.

¹¹ STC 292/2000, de 30 noviembre, FJ 5, párr. 3.º

¹² Cfr. ibid., FJ 6, párr. 1.º

¹³ Cfr. ibid., FJ 6, párrs. 2.º y 3.º

¹⁴ Cfr. ibid., FJ 6, párr. 4.º

¹⁵ Cfr. STC 73/1982, de 2 diciembre, FJ 5.

mático, hasta las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, donde dicha facultad o poder de disposición se extiende a todo tipo de tratamientos, informatizados o no, y a todo tipo de datos personales, atravesando los ámbitos íntimo, privado y -he aquí la novedad- público, el análisis diacrónico de la jurisprudencia constitucional en la última década revela el paulatino protagonismo de dicha facultad: el derecho a ser informado y a saber; el derecho a consentir y a oponerse¹⁶.

1.2. La evolución legislativa

El desarrollo legislativo ha discurrido en paralelo a la evolución jurisprudencial. Adoptando como punto de partida el texto constitucional, singularmente el artículo 18.4 CE, la evolución legislativa de la protección iusfundamental de los datos de carácter personal, y en particular de los datos de salud, en España ocupa las dos últimas décadas. A lo largo de este período es posible distinguir dos etapas. En la primera, durante la década de los ochenta y la primera mitad de los noventa, predomina la atención a la incidencia de las nuevas tecnologías de la información en la protección de los datos, que justifica la atención preponderante, y aun exclusiva, al tratamiento automatizado de los datos; el eje iusfundamental de esta etapa es el derecho a la intimidad (1 y 2). En la segunda, a partir de 1995, se cobra conciencia de la necesidad de no olvidar los demás tipos de tratamiento de datos, los no automatizados, y se amplía la tutela a todo tipo de tratamiento; además, en cuanto a los derechos fundamentales, pese a la posición especial del derecho a la intimidad, la tutela jurídica se hace extensiva al conjunto de libertades y derechos de los individuos (3 y 4).

1. En 1981 se adopta el Convenio (108) del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, hecho en Estrasburgo el 28 de enero. Además de indicar los principios y derechos que rigen en la materia, en él se delimita una esfera de datos especialmente protegidos, referidos a aquellos ámbitos más sensibles y potencialmente más peligrosos para los derechos del individuo, en particular para su intimidad¹⁷, entre los que se incluyen los datos relativos a la salud¹⁸. España ha firmado y ratificado el Convenio¹⁸. Con todo, al ir dirigido a los Estados signatarios, no tiene aplicabilidad directa para

los ciudadanos, y precisa de un desarrollo legislativo posterior a nivel interno (art. 4.1)¹⁹.

En cuanto a los datos de salud, también en 1981 se adopta la Recomendación nº R (81) 1, de 23 de enero, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre la reglamentación aplicable a los bancos de datos médicos automatizados, donde se regulan, entre otros aspectos, el registro, el acceso, la conservación y la protección de la información contenida en dichos bancos de datos automatizados.

Con carácter más general, la intimidad y la confidencialidad de la información referida a nuestros datos de salud se garantizan en la norma jurídico-sanitaria estatal de referencia, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (cfr. art. 8.1; art. 10.1, 3, 11 y 15; art. 23. Cfr. también art. 10.5 y 6. Asimismo, referido específicamente a la historia clínica, art. 61).

2. El desarrollo legislativo del Convenio (108) del Consejo de Europa, con base en el artículo 18.4 CE, tiene lugar por medio de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal (LORTAD), primera ley española específica en la materia.

Esta Ley ha sido completada por vía reglamentaria en los años posteriores, en particular mediante el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, que regula el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos -reformado posteriormente por el Real Decreto 156/1996, de 2 de febrero-; el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la LORTAD; y el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal²⁰.

3. En 1995 se aprueba la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la

¹⁶ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 6 y 7.

¹⁷ En lo que concierne al derecho a la intimidad, en general, habría que destacar en esta etapa la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

¹⁸ Cfr. B. O. E. n.º 274, de 15 de noviembre de 1985 (Instrumento de ratificación de 27 de enero de 1984).

¹⁹ Cfr. al respecto STS Sala 3.ª, Sección 8.ª, de 30 de abril de 1990 (Ar. 3360). Cfr. asimismo el voto particular que formula D. Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer a la STC 254/1993, de 20 de julio.

²⁰ Ha de ser mencionado también el Real Decreto 195/2000, de 11 de febrero, por el que se establece el plazo para implementar las medidas de seguridad de los ficheros automatizados previstas por el Reglamento aprobado por el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio. En cuanto al desarrollo de la LORTAD, junto a los Reales Decretos indicados, resulta de interés la consulta de las Instrucciones de la Agencia de Protección de Datos. De todas ellas cfr. Instrucción 1/1998, de 19 de enero, relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación (B. O. E. n.º 25, de 29 de enero de 1998).

libre circulación de estos datos²¹. Con posterioridad se aprueba la Directiva 97/66/CE, del Parlamento Europeo y el Consejo, de 15 de diciembre, relativa al tratamiento de los datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones²².

Ambas Directivas, singularmente la primera, imponen una serie de exigencias que amplían la tutela jurídica también a los tratamientos no automatizados (art. 3), encaminadas a fortalecer el conjunto de derechos fundamentales, y no sólo la intimidad, (art. 1.1) del titular de los datos –“interesado” en la terminología de la Directiva-, y que han de ser incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico.

En el ámbito sanitario, la Recomendación n.º R (81) 1, que restringía los datos médicos a los presentes en la historia clínica o “expediente médico”, y limitaba su aplicación a la relación clínica, ha sido sustituida por la Recomendación n.º R (97) 5 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la protección de datos médicos, adoptada el 13 de febrero de 1997, que extiende la aplicación de sus principios a los tratamientos no automatizados (Apéndice a la Recomendación, 2.2).

4. La transposición de las Directivas mencionadas y la consiguiente adaptación de la legislación española a sus requerimientos no ha tenido lugar a través de una modificación o reforma de la LORTAD sino mediante una nueva Ley que la sustituye: la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), que es la Ley actualmente en vigor. A diferencia de su predecesora, la LOPD amplía su objeto, tanto en relación con los datos y los tipos de tratamiento, incluyendo los automatizados y los no automatizados, como con los derechos fundamentales garantizados, abarcando el haz de libertades públicas y derechos fundamentales de las personas físicas (art. 1 LOPD).

La LOPD se encuentra aún pendiente de desarrollo reglamentario (Disposición final primera LOPD); en tanto éste no tiene lugar conservan su vigencia las normas reglamentarias que han desarrollado la LORTAD, en cuanto no se opongan a la LOPD (Disposición transitoria tercera LOPD).

En el contexto sanitario sobresale el 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), firmado el 4 de abril de 1997 en Oviedo

y ratificado por España el 23 de julio de 1999, cuya entrada en vigor data del 1 de enero de 2000 (art. 33). En lo que se refiere a los datos de salud y a la protección de la intimidad y la confidencialidad merece ser destacado el artículo 10, referido a la vida privada y el derecho a la información. Este precepto ha de ser puesto en relación con el capítulo II (arts. 5 a 9), cuyo objeto es el consentimiento, así como con el art. 26, donde se regulan las restricciones al ejercicio de los derechos.

Finalmente, cabe destacar que el 7 de diciembre de 2000 el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión han proclamado solemnemente en Niza el texto de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, cuyo artículo 8 reconoce el derecho a la protección de datos de carácter personal²³.

1.3. Los mecanismos iusfundamentales de tutela de los datos de salud

La evolución jurisprudencial y legislativa pone de manifiesto, de una parte, la extensión de su protección desde el ámbito informático al de los tratamientos no informatizados o automatizados, comprendiendo en la actualidad a ambos. De otra, ante las insuficiencias de los derechos fundamentales tradicionales -o de su comprensión tradicional-, singularmente la intimidad, para proteger el conjunto de valores y bienes constitucionales amenazados con la irrupción de las nuevas tecnologías, su complemento y enriquecimiento con nuevos derechos. El resultado ha sido la ampliación del acervo iusfundamental para la tutela de las esferas íntima y privada y de los datos de carácter personal, que en la actualidad dispone de tres mecanismos: el derecho a la intimidad, la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales.

1.3.1. De la *privacy* a la moderna noción de intimidad

La intimidad es hoy un bien o valor para las personas, vinculado con otros valores o bienes básicos: dignidad, libertad, igualdad, seguridad, autodeterminación, etc., indispensables para el desarrollo de su personalidad. En el plano jurídico-constitucional esto significa establecer una conexión entre el artículo 18 CE y el conjunto de derechos y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, en particular con el art. 10.1 CE. En suma, el dere-

²¹ D. O. C. E. n.º L 281, de 23 de noviembre de 1995.

²² D. O. C. E. n.º L 24, de 30 de enero de 1998.

²³ D. O. C. E. n.º C 364, de 18 de diciembre de 2000. Artículo 8. Protección de datos de carácter personal. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de 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.

cho a la intimidad, derivado de la dignidad de la persona, protege una necesidad o un bien básico para la libre autodeterminación individual²⁴.

El derecho a la intimidad, en términos generales, es “el derecho a no ser conocidos, en ciertos aspectos, por los demás. Es un derecho al secreto, a que los demás no sepan lo que somos o hacemos”²⁵. Se trata, por tanto, de blindar la esfera íntima de nuestra vida de la curiosidad de terceros. En este sentido la intimidad se configura como un derecho negativo o de protección frente a injerencias ilegítimas, que recuerda la noción de *privacy* acuñada por el juez Thomas Cooley²⁶ y recogida por Samuel Warren y Louis Brandeis a finales del siglo XIX en su clásico *The Right to Privacy*: el derecho a no ser molestados, a estar solos, a que nos dejen en paz (*the right to be let alone*)²⁷.

Con el transcurso del tiempo la *privacy* ha ampliado notablemente su ámbito y su contenido. Desde la inicial conexión con el derecho de propiedad (*privacy-property*), con la finalidad de protegerse de las intrusiones físicas, enraizado en el *Common Law* inglés, se llega a un sentido personal del derecho (*privacy-personality*), que es el acuñado por Warren y Brandeis. En el Derecho norteamericano actual el derecho a la *privacy* ha extendido más su ámbito, convirtiéndose, al amparo de la XIV Enmienda a la Constitución de los EE.UU. -que contiene la cláusula del debido proceso-, en una suerte de *privacy of autonomy*, que añade a la tradicional facultad negativa de protección una facultad de acción del sujeto, manifestada en materias como esterilización y anticoncepción, derechos relacionados con el matrimonio y la familia, aborto o derecho a tomar parte en actos sexuales.

²⁴ Cfr. por todos Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, “Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data”, en Luis GARCÍA SAN MIGUEL (ed.), Estudios sobre el derecho a la intimidad, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 36-45, pp. 38-39 y 44.

²⁵ Luis GARCÍA SAN MIGUEL, “Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión”, en Luis GARCÍA SAN MIGUEL (ed.), Estudios sobre el derecho a la intimidad, cit., pp. 15-35, p. 18. Esta dimensión de secreto también ha sido subrayada por nuestro Tribunal Constitucional. Cfr. por todas, SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 6.

²⁶ Thomas C. COOLEY, A Treatise on the Law of Torts, 2nd edition, Chicago, Callaghan & Company, 1888, p. 29.

²⁷ Samuel WARREN, Louis BRANDEIS, “The Right to Privacy”, Harvard Law Review IV/5 (1890), pp. 193-220. Traducción de Pilar Baselga, El derecho a la intimidad, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 23 ó 25. Louis D. Brandeis, como juez del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, hizo uso años más tarde de la compendiosa fórmula del derecho a la *privacy* en un célebre voto particular -discrepante- a la sentencia del caso Olmstead vs. United States, 277 U.S. 438 (1928), calificándolo como el más amplio de los derechos y el más apreciado por los hombres civilizados. Cfr. Olmstead vs. United States, 277 U.S. 438, 478 (1928).

El acontecimiento decisivo para la adopción de esta última configuración de la *privacy* lo constituye la sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU. en el caso *Griswold vs. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965), donde se estima que una Ley del Estado de Connecticut que castigaba el uso de anticonceptivos en el seno del matrimonio implicaba una injerencia injustificada en la intimidad conyugal, en la medida en que el Estado no puede interferir en decisiones sobre el uso de anticonceptivos de una pareja casada. Con posterioridad, otros casos refuerzan la nueva orientación del derecho constitucional a la *privacy* y perfilan sus contornos: *Loving vs. Virginia* 388 U.S. 1 (1967), en el que el Tribunal Supremo declaró inconstitucional una ley que penalizaba el matrimonio interracial, indicando que los Estados no pueden interferir hasta tal punto en la decisión individual del cónyuge acerca de con quién casarse; *Eisenstadt vs. Baird* 405 U.S. 438 (1972), extendiendo la argumentación del caso *Griswold* para anular una ley que prohibía la distribución de anticonceptivos a personas no casadas; *Roe vs. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), donde se declara la inconstitucionalidad de normas que prohibían el aborto, estimando que lesionaban la *privacy* de la mujer embarazada al invadir indebidamente un ámbito de decisión personal, y afirmando que el derecho a la *privacy* es lo suficientemente amplio como para incluir la decisión de una mujer de terminar o no su embarazo; *Whalen vs. Roe*, 429 U.S. 589 (1977), en el que el Tribunal Supremo evalúa los riesgos para el derecho a la *privacy* derivados de la recogida, almacenamiento, tratamiento y difusión de datos de carácter personal, en concreto datos de salud, en bancos automatizados de datos gubernamentales; *Carey vs. Population Planning International*, 431 U.S. 678 (1977), que amplía la protección de la *privacy* al uso de anticonceptivos por parte de menores de edad, anulando una disposición del Estado de Nueva York que únicamente autorizaba la venta de anticonceptivos por parte de farmacéuticos y sólo a personas mayores de dieciséis años; *Bowers vs. Hardick* 478 U.S. 186 (1986), donde una mayoría de 5 a 4 sostuvo que un Estado podría considerar la sodomía homosexual como un delito sin violar el derecho a la *privacy*; o *Planned Parenthood vs. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), reafirmando la decisión de *Roe vs. Wade*²⁸.

²⁸ Por todos, Jed RUBENFELD, “The Right of Privacy”, Harvard Law Review 102 (1989), pp. 737-807; Gerald GUNTHER, Kathleen M. SULLIVAN, Constitutional Law, 13th edition, Westbury, New York, The Foundation Press, 1997, pp. 516-602, y bibliografía en ellos citada. Desde la perspectiva de la Novena Enmienda a la Constitución de los EE.UU. -que alude a los derechos no enumerados o recogidos textualmente en la Constitución-, Erwin CHERMERINSKY, Constitutional Law. Principles and Policies, New York, Aspen Law & Business, 1997, pp. 644-645 y 657-689. En particular sobre los datos de salud y *Whalen vs.*

Algo semejante ha sucedido con el derecho a la intimidad en el Derecho español. Reflexionando en torno a una eventual violación del art. 18 CE afirmaba el Tribunal Constitucional al comienzo de su singladura:

“[E]l derecho a la intimidad personal no queda violado porque se impongan a la persona limitaciones de su libertad, como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula, pues la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren y que no guarda por sí solo relación directa con la libertad de relacionarse con otras personas o derecho a tener amistades, que es a lo que la recurrente parece referirse”²⁹.

Con todo, la dimensión negativa o defensiva no agota la protección dispensada por el derecho a la intimidad, el cual adquiere una dimensión positiva o de acción al ponerse en relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). Hoy resulta insuficiente la comprensión de la intimidad como un derecho garantista o defensa frente a intromisiones en la vida íntima y privada; hay que añadir el complemento de una facultad activa de control sobre la información, los datos y todo lo concerniente a esa esfera que afecte a cada sujeto. Si la intimidad, a partir del fundamento común en la dignidad, ha de ponerse en relación con los restantes derechos, y en particular con el libre desarrollo de la personalidad, no puede negarse la adición de un poder de control, de la vertiente positiva del derecho a la intimidad³⁰. Así lo ha afirmado el Tribunal Constitucional:

“El derecho a la intimidad salvaguardado en el art. 18.1 CE tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida frente a la acción y al conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares, que está ligado al respeto de su dignidad (SSTC 73/1982, 110/1984, 107/1987, 231/1988, 197/1991, 143/1994 y 151/1997). El derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida. El art. 18.1 CE no garantiza una ‘intimidad’ determinada, sino el derecho a poseerla, a tener vida privada, disponiendo de un poder de control

sobre la publicidad de la información relativa a la persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”³¹.

De la lectura de la jurisprudencia constitucional podemos extraer las siguientes notas, que ofrecen un perfil aproximado del derecho a la intimidad³²:

1. La intimidad es un bien, algo valioso para los seres humanos.

2. La intimidad es un derecho constitucionalmente reconocido, que parte de la idea originaria del respeto a la vida privada, personal y familiar³³.

a) El derecho a la intimidad, recogido en el artículo 18 CE junto al derecho al honor y el derecho a la propia imagen, es un derecho autónomo e independiente de éstos, con su propia sustantividad y un contenido propio y específico³⁴.

3. La intimidad merece respeto porque se considera un bien o un valor para los seres humanos preservar su esfera más íntima, y no por los contenidos que en ella se guarden.

4. El derecho a la intimidad no garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla³⁵.

Roe, *Lawrence O. GOSTIN*, “Genetic Privacy”, *Journal of Law, Medicine & Ethics* 23/4 (1995), pp. 320-330, p. 325.

²⁹ STC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ 5.

³⁰ Cfr. Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 6.ª edición, 1999, p. 330, quien subraya que la ampliación de contenido de la intimidad repercute en su significación axiológica y en su fundamentación. Así conecta la intimidad con la dignidad, la libertad y la igualdad, ejes de su noción de derechos humanos (al respecto, *ibid.*, p. 48).

³¹ Cfr. STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; cfr. asimismo, en sentido semejante, SSTC 144/1999, de 22 de julio, FJ 8; 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4.

³² Cfr., por todas, SSTC 134/1999, de 15 julio, FJ 5; 144/1999, de 22 julio, FJ 8; 115/2000, de 5 mayo, FJ 5.

³³ Cfr. STC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; ATC 642/1986, de 23 de julio, FJ 3.

³⁴ Cfr. STC 156/2001, de 2 de julio, FFJJ 2 y 3. Cfr. también STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2.

³⁵ Cfr. SSTC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4; 21/2002, de 20 de mayo, FJ 2.

5.El núcleo esencial de la intimidad ha de ser determinado en cada sociedad y en cada momento histórico. En sociedades axiológicamente plurales y heterogéneas como la española tal facultad corresponde a los órganos del Poder Judicial³⁶.

6.El derecho a la intimidad está ligado al respeto de la dignidad de la persona.

a) El derecho a la intimidad deriva de la dignidad de la persona³⁷.

b) Sin la garantía de la intimidad no es posible, ni siquiera concebible, una existencia digna³⁸.

7.El derecho a la intimidad está estrictamente vinculado a la propia personalidad³⁹.

8.El objeto de protección del derecho a la intimidad es un ámbito reservado de la vida de los individuos. Dicho ámbito reservado protegido no se restringe al fuero íntimo, sino que se extiende también a la esfera privada, tanto personal como familiar.

9.La función del derecho a la intimidad es proteger al titular frente a cualquier invasión en el ámbito reservado en contra de su voluntad⁴⁰.

10. La protección de un ámbito reservado se garantiza frente:

a) a la intromisión que consiste en el conocimiento no consentido de lo que en él existe o acaece o en la divulgación no consentida de los datos así obtenidos;

b) a la injerencia que supone la acción ajena⁴¹.

11. La protección jurídica de la intimidad se despliega en dos dimensiones:

a) garantizar el amparo frente a las agresiones que un individuo pueda experimentar en su ámbito íntimo por parte de terceros, tanto particulares como poderes públicos;

b) atribuir un poder de disposición o control sobre ese ámbito reservado de la vida de un individuo, que quiere mantenerse al margen del conocimiento de terceros, sea cual sea su contenido.

12. El atributo o facultad más importante de la intimidad es la facultad de exclusión de los demás del ámbito reservado⁴².

13. El derecho a la intimidad es un derecho *erga omnes*: todos, poderes públicos y particulares, han de respetarlo.

14. El criterio rector del acceso, el conocimiento y la utilización de la información personal o familiar garantizada por el derecho a la intimidad es el consentimiento del titular⁴³.

15. El derecho a la intimidad no es un derecho absoluto⁴⁴. Existen razones legítimas para que algo perteneciente a la esfera íntima sea público o conocido por terceros. Los límites por antonomasia son los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

En suma, el derecho a la intimidad se configura, en lo esencial, como un derecho negativo o de defensa, que persigue amurallar una esfera reservada -íntima y privada- de la vida de las personas. Para conseguirlo las facultades no se limitan a las negativas sino que paulatinamente se han incorporado poderes de disposición o control manifestados en forma de consentimiento o autorización para el empleo o tratamiento de los datos o informaciones propias de esas esferas protegidas.

Con todo, la reciente STC 292/2000, de 30 de noviembre, ha restringido de nuevo el alcance del derecho a la intimidad, confirmando el ejercicio de las facultades positivas o de control a otros mecanismos iusfundamentales de tutela de las esferas íntima y privada: la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales⁴⁵.

³⁶ Cfr. STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 4. Subrayando el carácter cultural de la noción de intimidad corporal cfr. SSTC 37/1989, de 15 de febrero, FJ 7; 57/1994, de 28 de febrero, FJ 5.

³⁷ Cfr. SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 98/2000, de 10 de abril, FJ 5; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5.

³⁸ Cfr. STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3.

³⁹ Cfr. SSTC 202/1999, FJ 2; 186/2000, de 10 de julio, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FJ 5.

⁴⁰ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

⁴¹ Cfr. SSTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 5; 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

⁴² Cfr. SSTC 142/1993, de 22 de abril, FJ 7; 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

⁴³ Cfr. SSTC 134/1999, de 15 julio, FJ 5; 144/1999, de 22 julio, FJ 8.

⁴⁴ Cfr. SSTC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6; 98/2000, de 10 abril, FJ 5; 186/2000, de 10 julio, FJ 5; 156/2001, de 2 de julio, FJ 4.

⁴⁵ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 5-7. Pese a lo afirmado el Tribunal Constitucional ha continuado atribuyendo una dimensión positiva al derecho a la intimidad, en relación con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), orientada a una plena efectividad del derecho fundamental. (Cfr. STC 119/2001, de 24 de mayo, FFJJ 5 y 6; asimismo el punto 3 in fine del voto particular concurrente formulado por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera a la mencionada sentencia; y con un alcance más restringido -referido a un libre desarrollo privado de la personalidad- la 4.ª matización del voto

1.3.2. La intimidad *postinformática*: la libertad informática

La irrupción de las nuevas tecnologías ha sido el factor decisivo para una nueva orientación hermenéutico-constitucional del derecho a la intimidad y para incrementar las reflexiones en torno al alcance de tal derecho y a su idoneidad para tutelar bienes y valores personales bajo su ámbito. En el último tercio de este siglo han sido los nuevos desarrollos tecnológicos e informáticos, aumentando las posibilidades de invadir la intimidad y generar consecuencias negativas en los derechos de las personas, los que han propiciado la ampliación del alcance del derecho a la intimidad, ensanchando su contenido. En la coyuntura expuesta la información personal se encuentra en una situación mucho más vulnerable. Los datos personales pueden ser objeto de un uso ilícito y generar indefensión en los ciudadanos. Para el Tribunal Constitucional “los riesgos derivados del exceso, de los errores, o del uso incontrolado de información de carácter personal no pueden ser afrontados eficazmente por los particulares afectados a causa de una información insuficiente, pues los ciudadanos se encuentran inermes por la imposibilidad de averiguar qué información sobre sus personas almacenan las distintas Administraciones públicas, premisa indispensable para cualquier reclamación o rectificación posterior”⁴⁶.

Ante tal indefensión han de arbitrase mecanismos jurídicos adicionales para la protección de los ciudadanos⁴⁷, y ampliar el radio de acción del derecho a la intimidad⁴⁸. Tal situación fue ya advertida por los redactores de nuestra Constitución, mediante la inclusión del artículo 18.4 CE: “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”. Inicialmente la LORTAD representó el primer desarrollo legislativo del precepto constitucional; en la actualidad, su sustituta LOPD ha continuado con la reglamentación

del tratamiento de los datos personales, ampliando el objeto de protección de la norma.

El artículo 18.4 CE incorpora una garantía constitucional para responder a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona⁴⁹. En concreto, “estamos ante un instituto de garantía de otros derechos, fundamentalmente el honor y la intimidad, pero también de un instituto que es, en sí mismo, un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama ‘la informática’”⁵⁰.

En otras palabras, el derecho a la intimidad recogido y garantizado en el artículo 18.1 CE ya no basta; es preciso complementarlo o redimensionarlo con el art. 18.4 CE, más adecuado para los nuevos riesgos derivados del progreso tecnológico. Se acuña una nueva libertad fundamental, la *libertad informática*, aparecida por vez primera en la jurisprudencia constitucional en la STC 254/1993, de 20 de julio, y cuyo contenido mínimo encierra al menos dos elementos: “Un primer elemento, el más ‘elemental’, de ese contenido, es, sin duda, negativo, respondiendo al enunciado literal del derecho: el uso de la informática encuentra un límite en el respeto al honor y la intimidad de las personas y en el pleno ejercicio de sus derechos”⁵¹. Además, para asegurar la efectividad del derecho, “la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada ‘libertad informática’ es, así, también, un derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*)”⁵². Tal poder de control compren-

particular concurrente formulado por el Magistrado don Manuel Garrido Falla a la misma sentencia).

⁴⁶ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 4.

⁴⁷ Cfr. STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 7. Cfr. asimismo la Exposición de Motivos de la LORTAD, singularmente el apartado 2, donde se afirma que la Ley surge con la finalidad de “hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos por medios informáticos” (párrafo 1.º), para lo cual “está animada por la idea de implantar mecanismo cautelares que prevengan las violaciones de la privacidad que puedan resultar del tratamiento de la información” (párrafo 3.º).

⁴⁸ STC 143/1994, de 9 de mayo, FJ 7, refiriéndose a la STC 254/1993, de 20 de julio. Cfr. también SSTC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4; 233/1999, de 13 de diciembre, FJ 7.

⁴⁹ Cfr. SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6; 11/1998, de 13 de enero, FJ 4; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2; 233/1999, de 13 de diciembre, FJ 7.

⁵⁰ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6. También SSTC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5; 94/1998, de 4 de mayo, FJ 6.

⁵¹ STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7.

⁵² Ibidem. Cfr. asimismo SSTC 94/1998, de 4 de mayo, FJ 4; 202/1999, de 8 de noviembre, FJ 2. Un significado más preciso de la expresión *habeas data* lo proporciona Pérez Luño, quien indica que frente al avance tecnológico y a la informática y su potencial invasión de la esfera privada el principal cauce procesal para proteger la libertad de la persona es el denominado *habeas data*, que cumple respecto de la libertad informática una función semejante a la que desempeña el *habeas corpus* ante la libertad física. La aparición del *habeas data* no implica la sustitución del *habeas corpus*, cuya función sigue plenamente vigente, sino la incorporación de otro instrumento de garantía de la libertad y los derechos frente a nuevas agresiones. Se trata de dos garantías procesales complementarias, que se ocupan de aspectos diferentes de la libertad: el primero protege principalmente aspectos internos de la libertad -identidad, intimidad- en tanto que el segundo se ocupa de la dimensión física y externa. (Antonio Enrique PÉREZ LUÑO,

de, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a la conservación de los datos personales una vez satisfecho o desaparecido el fin legítimo que justificó su obtención, o a la utilización o difusión de esos datos para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención⁵³.

Precisando aún más su argumentación y con superior alcance, ha afirmado el Tribunal Constitucional en la STC 292/2000, de 30 de noviembre:

“Sin necesidad de exponer con detalle las amplias posibilidades que la informática ofrece tanto para recoger como para comunicar datos personales ni los indudables riesgos que ello puede entrañar, dado que un persona puede ignorar no sólo cuáles son los datos que le conciernen que se hallan recogidos en un fichero sino también si han sido trasladados a otro y con qué finalidad, es suficiente indicar ambos extremos para comprender que el derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) no aporte por sí solo una protección suficiente frente a esta nueva realidad derivada del progreso tecnológico.

Ahora bien, con la inclusión del vigente art. 18.4 CE el constituyente puso de relieve que era consciente de los riesgos que podría entrañar el uso de la informática y encomendó al legislador la garantía tanto de ciertos derechos fundamentales como del pleno ejercicio de los derechos de la persona. Esto es, incorporando un instituto de garantía ‘como forma de respuesta a una nueva forma de amenaza concreta a la dignidad y a los derechos de la persona’, peor que es también ‘en sí mismo, un derecho o libertad fundamental’ (STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6). [...] De manera que el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no sólo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto”⁵⁴.

En suma, el artículo 18.4 CE consagra tanto una garantía o mecanismo instrumental para la protección de los derechos fundamentales -en especial el honor y la intimidad- como, en sí mismo, un derecho autónomo: “no sólo entraña un específico instrumento de protección de los derechos del ciudadano frente al uso torticero de la tecnología informática, sino que, además, consagra un derecho fundamental autónomo a controlar el flujo de informaciones que conciernen a cada persona -a la privacidad según la expresión utilizada en la Exposición de Motivos

“Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data”, cit., pp. 40-41).

⁵³ Cfr. SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 7; 11/1998, de 13 de enero, FJ 4; 94/1998, de 4 de mayo, FJ 5.

⁵⁴ STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 4.

de la Ley Orgánica reguladora del tratamiento automatizado de datos de carácter personal- pertenezcan o no al ámbito más estricto de la intimidad, para así preservar el pleno ejercicio de sus derechos. Trata de evitar que la informatización de los datos personales propicie comportamientos discriminatorios”⁵⁵.

1.3.3. Un nuevo derecho fundamental: el derecho a la protección de datos personales

La situación anterior adopta un nuevo perfil a partir de las SSTC 290/2000 y, sobre todo, 292/2000, de 30 de noviembre, con la aparición en sede constitucional del derecho a la protección de datos personales. He aquí el *nomen iuris* de la doctrina que el Tribunal Constitucional ha venido aquilatando a lo largo de los últimos años al hilo del artículo 18 CE, en particular sus números 1 y 4, en relación con otros preceptos constitucionales, entre los que destaca el artículo 10.1 CE, donde se consagra la dignidad de la persona, fundamento de aquél, y la facultad de autodeterminación del individuo o “libre desarrollo de la personalidad” en la terminología constitucional⁵⁶.

El derecho a la protección de datos personales es un supuesto de *norma adscrita de derecho fundamental* (*zugeordnete Grundrechtsnorm*); esto es, de una norma no estatuida directamente por el texto constitucional sino adscrita a las normas iusfundamentales directamente estatuidas por la Constitución⁵⁷. Este derecho fundamental ha sido acuñado por el Tribunal Constitucional, con apoyo expreso en el art. 18.4 CE⁵⁸, corroborado por el art. 10.2 CE⁵⁹.

Una comprensión integral del nuevo derecho exigiría ampliar el sustento constitucional sugerido por el Tribunal Constitucional en un triple sentido: con una remisión a los restantes números del art. 18 CE, con la referencia a la igualdad y no discriminación del art. 14 CE y, sobre todo, con la adición del art. 10.1 CE, donde se proclama el principio de dignidad de la persona y se alude al libre desarrollo de la personalidad. Los argu-

⁵⁵ STC 11/1998, de 13 de enero, FJ 5. Cfr. también SSTC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6; 94/1998, de 4 de mayo, FJ 6.

⁵⁶ Cfr. la propia STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 5; cfr. asimismo el voto particular a la STC 290/2000, de 30 de noviembre.

⁵⁷ Cfr. Robert ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden, Nomos, 1985; 3. Auflage, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1996. Versión castellana de Ernesto Garzón Valdés; revisión de Ruth Zimmerling, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 66-72, en particular p. 70.

⁵⁸ Cfr. SSTC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7; 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 4-7 y 9-10.

⁵⁹ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 8.

mentos aducidos por el fallo mayoritario del Tribunal Constitucional español en la STC 292/2000, de 30 de noviembre, justificarían esta propuesta de ampliación⁶⁰.

Respecto de la apelación al artículo 18 CE en su integridad, y no únicamente al número 4, la razón esencial es que el derecho a la protección de datos personales no restringe su objeto o esfera de aplicación a los tratamientos automatizados o derivados del uso de la informática, sino que se aplica a todo tipo de tratamiento, automatizado y no automatizado. Ello resulta, además, congruente con lo dispuesto en la vigente legislación española de protección de datos de carácter personal (art. 1 LOPD).

Dos son los argumentos que justifican la referencia a la igualdad y no discriminación prescritas en el art. 14 CE: el aumento notable del riesgo de infracción y lesión de tales derechos mediante un uso inadecuado de los datos de carácter personal; y el carácter de contexto básico para el ejercicio de la libertad y el libre desarrollo de la personalidad del principio de igualdad.

Respecto de la posición de la dignidad de la persona como fundamento del derecho a la protección de datos personales y de la referencia al libre desarrollo de la personalidad⁶¹, la ampliación de la función, el contenido y el objeto -tanto respecto de los datos como de los derechos protegidos- del derecho a la protección de datos personales en relación con el derecho a la intimidad expresada por el Tribunal Constitucional exige llevar hasta las últimas consecuencias la delimitación del nuevo derecho.

El derecho a la protección de datos personales es, hasta el momento, la culminación de la evolución del tratamiento iusconstitucional de la esfera íntima y privada y los datos de carácter personal. El nuevo derecho

presenta numerosas semejanzas y también relevantes diferencias o particularidades respecto de sus antecesores, el derecho a la intimidad y la libertad informática. El propio Tribunal Constitucional ha apuntado estos extremos, confrontando el derecho a la protección de datos personales con el derecho a la intimidad. De forma similar, es posible extraer de su jurisprudencia los puntos en común y las divergencias entre el derecho a la protección de datos personales y la libertad informática.

A mi juicio el nuevo derecho a la protección de datos personales es más amplio que la intimidad y que la libertad informática. Presenta, además, unos perfiles más nítidos, habiendo detallado el Tribunal Constitucional las facultades en que consiste ese poder de disposición o control sobre los datos personales: “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”⁶². De forma más pormenorizada y elocuente es descrito este haz de facultades en el fundamento jurídico 7 de la sentencia:

“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 proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este 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.

En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos. Y resultan indispensables para hacer efectivo ese contenido el reconocimiento del derecho a

⁶⁰ Cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FFJJ 4-8. En rigor nuestra propuesta de ampliación abarcaría todos los derechos fundamentales y no únicamente los mencionados (cfr. STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6, párr. 2.º; artículo 1 LOPD). En un sentido semejante al aquí propuesto se manifiesta el voto particular formulado por el Magistrado don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, al que se adhiere don Rafael de Mendizábal Allende, a la STC 290/2000, de 30 de noviembre. Discrepamos, en cambio, del voto particular en cuanto estima que el nuevo derecho fundamental es el “derecho de libertad informática”, apartándose de la denominación plasmada en la fundamentación jurídica del fallo mayoritario de la STC 290/2000, de 30 de noviembre, y en la STC 292/2000, de 30 de noviembre: el derecho a la protección de datos personales. En la línea del voto particular cfr. José María ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, “La libertad informática, un nuevo derecho fundamental en nuestra Constitución”, La Ley 5230 (2001), pp. 1-5, en concreto p. 5.

⁶¹ Cfr. José Antonio SEOANE, “La universalidad de los derechos humanos y sus desafíos (Los ‘derechos especiales’ de las minorías)”, Persona y Derecho 38 (1998/1), pp. 187-226, pp. 190-201.

⁶² STC 292/2000, de 30 de noviembre, FJ 6.

ser informado de quién posee sus datos personales y con qué fin, y el derecho a poder oponerse a esa posesión y uso requiriendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de los datos. Es decir, exigiendo del titular del fichero que le informe de qué datos posee sobre su persona, accediendo a sus oportunos registros y asientos, y qué destino han tenido, lo que alcanza también a posibles cesionarios; y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele”⁶³.

En suma, el derecho a la protección de datos se articula en torno a dos grandes facultades, positivas o de control: el derecho del afectado a consentir y el derecho a saber, que requieren para ser efectivos, respectivamente, el reconocimiento del derecho a ser informado y el derecho de oposición. O lo que es lo mismo, *in nuce*, el derecho al consentimiento informado, doctrina aplicada en esta ocasión a la protección de los datos de carácter personal.

1.4. Recapitulación

La tutela iusfundamental de la intimidad y de los datos de carácter personal en el ámbito sanitario puede garantizarse a través de tres mecanismos: el derecho a la intimidad, la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales. Cada uno de ellos es deudor de su origen histórico y de su filiación legislativa. Esto es particularmente evidente en el caso de los dos más recientes, la libertad informática y el derecho a la protección de datos personales, en la medida en que este último parece reemplazar y mejorar a aquélla, superponiéndose del mismo modo que la LOPD lo ha hecho con su antecesora, la LORTAD. No cabe hablar, a diferencia de las normas legislativas, de derogación de la libertad informática, pues subsiste, aunque sí es presumible cierta *desuetudo* o una reducción de su radio de acción -restringido al ámbito informático, que también es abarcado por el derecho a la protección de datos personales, si bien éste no se limita únicamente a aquél-. El veterano derecho a la intimidad también resulta afectado por el nuevo derecho a la protección de datos personales, si bien conserva su vigencia y operatividad a pesar de las novedosas incorporaciones. En consecuencia, propongo reconducir a dos los derechos fundamentales que protegen la información sanitaria en el Derecho español: el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales⁶⁴.

⁶³ Ibid., FJ 7. Cfr. también STC 290/2000, de 30 de noviembre, FJ 7.

⁶⁴ Las razones a favor de esta postura están expuestas con mayor detalle en José Antonio SEOANE, “De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los

En la protección jurídica de los datos de salud existe un predominio de la dimensión positiva o de control. El énfasis se ha ido trasladando desde la facultad negativa de rechazo de injerencias, con el correspondiente deber de abstención de terceros, identificativa del derecho a la intimidad, al poder de disposición o control sobre los propios datos; de un sujeto paciente a un sujeto agente. La STC 254/1993, de 20 de julio, y la libertad informática han subrayado la importancia de esta dimensión de control, pero no tanto *per se*, a partir del derecho en sí, como frente a las nuevas modalidades de riesgo derivadas de las nuevas tecnologías y la informática. Tras las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre, con la incorporación del derecho a la protección de datos personales a los mecanismos de tutela ya existentes, puede afirmarse la preeminencia del consentimiento informado -facultad de consentir y facultad de saber- en materia de datos de salud.

El titular del derecho asume la gestión y el control de sus datos de salud. Por ello, frente al derecho a la intimidad, el derecho a la protección de datos personales incorpora una novedad adicional -presente ya en la libertad informática- en cuanto al alcance de las facultades del titular del derecho fundamental y, recíprocamente, en las obligaciones de los terceros. Surgen, entonces, derechos y deberes de dos órdenes:

1. Un derecho de control y disposición sobre los propios datos de salud, que se despliega en un haz de facultades o derechos (información, consentimiento, acceso, rectificación, cancelación, etc.), y un deber de respeto de tal derecho, consistente en la obligación universal de abstención u omisión de actuaciones que impidan su ejercicio; esto es, el respeto del *agere licere* en que consiste el derecho. Tal naturaleza *erga omnes* del derecho y del deber negativo de abstención está también presente en el derecho a la intimidad.

2. En cambio, el derecho a la protección de datos personales añade una característica ausente en el derecho a la intimidad, en forma de específicos deberes positivos y no meramente de omisión: algunos terceros (por ejemplo, el responsable del fichero o el encargado del tratamiento de los datos de salud)⁶⁵ tienen específicas obligaciones activas frente al titular, referidas a la calidad de los datos: su veracidad, actualidad, pertinencia, exactitud,

datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte I)”, Revista de Derecho y Genoma Humano 16 (2002), pp. 71-105.

⁶⁵ Cfr., entre otros, arts. 3 d), 3 g), 9 y 10 LOPD. También el Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio (por ejemplo, arts. 5 y 6), y el Real Decreto 994/1999, de 11 de junio (passim).

etc., y a la diligencia en la recogida, el manejo, el control y la conservación de los datos; esto es, la diligencia en su tratamiento. El incumplimiento de tales obligaciones lesiona el derecho a la protección de datos personales, pues priva a su titular de algunas de las facultades que implica el derecho, reconducibles al control sobre sus propios datos. Ya no basta el deber de confidencialidad y la abstención de intromisión; existen además deberes positivos adicionales⁶⁶.

El derecho a la protección de datos personales rebasa, pues, los límites del derecho a la intimidad. El objeto de protección de éste es un ámbito reservado de la vida de los individuos, una intimidad y una privacidad que siguen siendo protegidas mediante el derecho a la protección de datos personales. Pero el ámbito de protección de este último se amplía, pues el control sobre las informaciones y datos sanitarios se despliega no sólo respecto de ese ámbito reservado sino que cobra mayor importancia en el ámbito público, donde la mayor fragilidad de la protección exige un mecanismo de control más intenso y unas facultades más amplias. El derecho de protección de datos personales no atiende tanto a la esfera en la que se ubican o a la que pertenecen los datos o las informaciones del individuo, cuanto a que éstos sirvan para identificarlo; es decir, que sean datos de carácter personal. Todos los datos personales, íntimos, privados y -he aquí la novedad- públicos, merecen la protección jurídica y sobre ellos ejerce el titular su poder de disposición o control. Más allá de cuál sea la esfera -íntima o no- afectada, lo decisivo pasa a ser la posibilidad de utilización de los datos y la finalidad para la cual se recaba su tratamiento⁶⁷.

Las repercusiones del derecho a la protección de datos personales en la tutela jurídica de la información sanitaria son relevantes. Sólo puede ejercerse y protegerse adecuadamente este derecho si el individuo puede ejercer cierto dominio sobre su propia conducta, puede autodeterminarse: "el individuo tiene que tener la posibilidad de influir sobre su ambiente social, decidiendo él mismo dónde, cuándo, cómo y en qué contexto quiere

presentarse a su ambiente social"⁶⁸. El derecho garantiza, pues, las condiciones mínimas interiores -individuales- y exteriores -sociales- para que cada individuo decida, por sí mismo, en qué condiciones procede revelar situaciones referentes a la propia vida⁶⁹. Nuestra facultad de tomar decisiones libres y responsables, nuestra libertad de decisión depende de una adecuada garantía o protección de nuestros datos de carácter personal. Así, el derecho a la protección de datos personales no es sino concreción y condición de posibilidad del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo, que en este caso se presenta como la facultad general de disposición sobre sus datos personales, en particular sobre los datos de salud.

Desde él se garantiza y protege "el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente sea íntima o no para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad"⁷⁰. Por tanto, junto a la protección frente a intromisiones ilegítimas -presente ya en el derecho a la intimidad- se incluye un haz de facultades que asegura el control sobre la propia información y el uso que los terceros puedan hacer de ella.

En suma, la protección jurídica dispensada por el derecho a la protección de datos personales, como complemento del derecho a la intimidad, 1) extiende su protección no sólo a las esferas íntima y privada sino también a la esfera o espacio público; 2) amplía asimismo el ámbito iusfundamental tutelado: además del derecho a la intimidad personal y familiar ampara el libre desarrollo de la personalidad -y la configuración de la identidad-, la igualdad y la no discriminación, junto con los restantes derechos fundamentales; 3) consolida la facultad de control y disposición sobre los propios datos de salud; 4) impone específicos deberes de acción y deberes de diligencia a determinados terceros.

Ambos derechos, más allá de su carácter autónomo en tanto mecanismos iusfundamentales, desempeñan una tarea instrumental en aras del libre desarrollo de la persona. La garantía de nuestra intimidad y el control sobre nuestra información sanitaria resultan indispensables para la configuración de la identidad y la personalidad. De una

⁶⁶ En este sentido Fermín MORALES PRATS, "Confidencialidad, intimidad e informática: la protección de los datos del paciente. Perspectiva jurídico-penal", en AA.VV., Jornadas sobre derechos de los pacientes, Madrid, INSALUD, 1992, p. 158.

⁶⁷ Cfr. la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 1983 (BVerfGE 65, 1), que acuña el derecho a la autodeterminación informativa (Recht auf informationelle Selbstbestimmung), análogo a nuestro derecho a la protección de datos personales. Se cita por la traducción de Manuel Daranas, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional 33 (1984), pp. 126-170, en concreto p. 154.

⁶⁸ Erhard DENNINGER, "El derecho a la autodeterminación informativa", traducción de Antonio Enrique Pérez Luño, en Antonio Enrique PÉREZ LUÑO (ed.), Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 268-276, p. 272.

⁶⁹ Cfr. en este sentido la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 15 de diciembre de 1983, p. 152.

⁷⁰ Pablo LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, "El derecho a la intimidad", en AA. VV., Honor, intimidad y propia imagen, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 11-61, p. 56.

parte, evitan la discriminación y garantizan la igualdad (art. 14 CE), que constituye el contexto básico para el ejercicio de nuestra facultad de autodeterminación; de otra, posibilitan el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE). El *habeas data* actúa, en suma, como instrumento de protección y desarrollo de la persona y sus derechos⁷¹.

Corolario de lo anterior es la adopción de un enfoque relacional y una comprensión sistemática de los derechos fundamentales. No se trata de facultades del individuo aislado sino de derechos de coexistencia⁷²; instrumentos dinámicos de actualización de la dignidad y desarrollo de la personalidad de los individuos⁷³, y no meros instrumentos de defensa frente a las invasiones ilegítimas. Así se propicia, además, una visión iusfundamental armonizadora y no conflictivista⁷⁴, que evita el aislamiento del derecho a la intimidad y del derecho a la protección de datos personales y su confrontación con los restantes derechos, refuerza la garantía jurídica de la esfera privada y de los datos personales en el contexto sanitario, y proporciona una justificación y una explicación del paulatino ensanchamiento y robustecimiento de la tutela iusfundamental en este ámbito.

2. UN EJEMPLO DE LA PERSPECTIVA DOMINICAL DE LA HISTORIA CLÍNICA: LA LEY GALLEGA 3/2001, DE 28 DE MAYO

Si el lector e intérprete de la Ley gallega pone en relación la declaración de principios de su Preámbulo con el texto articulado se sorprenderá de la descoordinación

⁷¹ La proyección del derecho fundamental a la protección de datos personales sobre la información sanitaria hace aconsejable reforzar la referencia a la Constitución con una remisión semejante al Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, de 4 de abril de 1997. El derecho a la vida privada y el derecho a la información (art. 10); la regla general del consentimiento informado (art. 5 ss.), enmarcados todos ellos en la protección de la dignidad e identidad, y la garantía, en condiciones de igualdad, de la integridad y los restantes derechos y libertades fundamentales (art. 1), contribuyen y justifican la tutela iusfundamental en materia de datos de salud.

⁷² Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 326.

⁷³ Cfr. José Antonio SEOANE, “La universalidad de los derechos humanos y sus desafíos (Los ‘derechos especiales’ de las minorías)”, cit., pp. 190 ss., en particular pp. 201 y 225-226. Cfr. asimismo B. R. RUIZ, “The Right to Privacy: A Discourse-Theoretical Approach”, *Ratio Juris* 11/2 (1998), pp. 155-167, quien enfatiza la dimensión instrumental de la protección de la privacy, esto es, orientar y justificar la protección de un ámbito reservado en razón de la finalidad de autodeterminación o libre desarrollo personal.

⁷⁴ Cfr. Juan CIANCARDI, *El conflictivismo en los derechos fundamentales*, Pamplona, Euns, 2000, passim; Pedro SERNA, Fernando TOLLER, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000, passim.

entre ambos, singularmente con el Título III de la Ley, rubricado *De la historia clínica*, que no ratifica, e incluso contradice, lo anticipado en el Preámbulo. Con la finalidad de facilitar la tarea de interpretación y de conocer el significado de dicha regulación examinaré la coherencia interna y sistemática de la norma tanto a la luz de la propia Ley gallega como desde la perspectiva del ordenamiento jurídico-sanitario y el ordenamiento iusfundamental.

2.1. Preámbulo

El Preámbulo de la Ley manifiesta una vocación de cambio en la concepción de la relación clínica, sugiriendo el abandono de posturas paternalistas y la adopción del principio de autonomía, esto es, del protagonismo del paciente y sus derechos como paradigmas del nuevo modelo de relación:

“El cambio de cultura jurídica en la relación médico-paciente, evidenciado en la afirmación del principio de autonomía de la persona, supuso dejar al margen una relación caracterizada por un sentido paternalista y regida por el principio de beneficiencia, para alcanzar una nueva situación, acorde con los tiempos, en la que el paciente y sus derechos se configuren como los protagonistas”. (Párrafo primero).

Refiriéndose en concreto a la información, se señala en el cuarto párrafo⁷⁵:

“La información al paciente viene a constituir el eje fundamental en el que articular un verdadero consentimiento. El consentimiento informado sería el último eslabón de ese derecho a la información de los usuarios, prestar el consentimiento después de obtener la información precisa y suficiente. El titular del derecho a la información es el propio paciente, único legitimado, en principio, para consentir”.

Tras recordar el carácter de prestación sanitaria de la historia clínica en el párrafo noveno (*ex* Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud), y la obligación de su existencia, recogida en numerosas normativas sectoriales, en el párrafo décimo, se afirma a continuación que la historia clínica

“viene a configurarse como un conjunto de documentos de carácter jurídico-asistencial que posibilita el derecho de los ciudadanos a la disponibilidad de la información contenida en las historias clínicas y su adecuada utilización en su asistencia sanitaria”. (Párrafo 11).

⁷⁵ Cfr. asimismo párrafos 5 y 6 del Preámbulo.

En este aspecto es objetivo de la Ley,

“en el marco de los preceptos constitucionales que reconocen el derecho a la protección de la salud (art. 43), y garantizan el derecho a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18), [...] el establecimiento de los criterios mínimos que faciliten la armonización de los diversos formatos...”. (Párrafo 13).

Para ello se regulan diversos aspectos relativos a la historia clínica -soportes documentales, contenido y requisitos mínimos, propiedad, custodia y acceso, etc.-,

“asegurando que, con el obligado respeto a las exigencias de confidencialidad y secreto, y sin menoscabo de las mismas, se garantice el derecho del paciente a la información contenida en las historias clínicas y su uso por el personal sanitario o para unos fines específicos que, siempre con las debidas cautelas, justifican el acceso por parte del personal autorizado”. (Párrafo 14).

2.2. El Título III. *De la historia clínica*

Los artículos 13 a 21 configuran el Título III de la Ley, titulado *De la historia clínica*. En rigor, los preceptos referidos a la historia clínica en particular son los artículos 13 a 20.

El artículo 21, relativo al régimen sancionador, parece aludir no sólo a lo prescrito en el Título III, sino también a los restantes Títulos de la Ley. Esta conclusión puede extraerse tanto de su tenor literal, que alude al texto íntegro de la Ley y no sólo al Título III en el que se ubica⁷⁶, como de una interpretación sistemática de la norma, ya que la aplicación del régimen sancionador únicamente a lo relativo a la historia clínica (Título III) significaría dejar sin regulación en este ámbito el otro gran tema tratado en la Ley, el consentimiento informado (Título II).

Teniendo en cuenta lo afirmado, hubiese sido preferible, entre otras por razones de técnica legislativa, de coherencia sistemática y de interpretación, haber incorporado un Título IV a la Ley bajo el título *Del régimen sancionador* -o algo semejante-, compuesto por el artículo 21, en lugar de mantener la ubicación actual como último artículo del Título III.

⁷⁶ Art. 21: “Sin perjuicio de [...], será de aplicación a las infracciones a lo dispuesto en la presente normativa el régimen sancionador [...]”. En otro orden de consideraciones, convendría sustituir la preposición “a” en la locución “a lo dispuesto” del tenor literal del artículo 21 por la preposición “de”. El texto del artículo 21 sugerido sería el siguiente: “Sin perjuicio de las exigencias [...], será de aplicación a las infracciones de lo dispuesto en la presente normativa [...]”. (La modificación sugerida aparece en letra cursiva).

2.2.1. Concepto de historia clínica

Artículo 13. *Definición*.

La historia clínica es el conjunto de documentos en los que se contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier tipo sobre la situación y evolución clínica de los pacientes a lo largo de su proceso asistencial.

La Ley ha optado por una definición descriptiva que no incluye referencia alguna a la finalidad de la historia clínica. No es una definición exhaustiva o *in extenso*, aunque lo descrito en este precepto puede y ha de completarse con los artículos siguientes del propio Título III, donde se examinan otros aspectos susceptibles de precisar el significado de la historia clínica.

Artículo 14. *Soporte*.

En la historia clínica podrán ser usados cualquiera de los soportes documentales adecuados para su utilización, siempre y cuando garanticen su autenticidad, integridad, seguridad y conservación.

En todo caso, el uso de dichos soportes se atenderá a lo dispuesto en la normativa sobre⁷⁷ tratamiento automatizado de datos de carácter personal⁷⁷.

Lo más relevante, y criticable, del precepto es la alusión del segundo párrafo del art. 14 a “lo dispuesto en la normativa sobre tratamiento automatizado de datos de carácter personal”. A mi entender lo correcto hubiese sido suprimir el adjetivo “automatizado” del texto del artículo. Al menos dos son las razones para ello.

La primera es una razón intrasistemática, relativa a la estructura interna de la propia Ley gallega. El párrafo primero del art. 14 establece la posibilidad de usar todo tipo de soporte documental -adecuado- para la historia clínica; esto es, automatizado o no automatizado. En cambio, el párrafo segundo remite a la normativa sobre el tratamiento *automatizado* de datos de carácter personal para regular el uso de tales soportes. Existe, pues, una falta de coherencia entre ambos preceptos. Además, la existencia de soportes no automatizados o informatizados puede inferirse de la Disposición adicional tercera de la Ley: “El Servicio Gallego de Salud adoptará las medidas tendentes a la informatización progresiva de las historias clínicas, garantizando la integración de la información

⁷⁷ Se advierte un error gramatical en el primer párrafo, donde la locución verbal, empleada en plural (“podrán ser usados”), no concuerda en número con el sujeto, en singular (“cualquiera de los soportes documentales”). El párrafo debería decir: “En la historia clínica podrá ser usado cualquiera de los soportes documentales...”. (Se señala en letra cursiva la modificación sugerida).

relativa a cada paciente con independencia del soporte en que se encuentre”.

Una segunda razón, de mayor relieve, toma en consideración el sistema jurídico español en su totalidad, en particular el estatuto jurídico de los datos de carácter personal en nuestro Derecho⁷⁸. Desde la entrada en vigor de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (LOPD), en sustitución de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), la protección jurídica de los datos personales se dispensa no sólo respecto del tratamiento automatizado sino de todo tipo de tratamiento (cfr. art. 1 LOPD)⁷⁹. Hubiese sido preferible referirse al tratamiento de los datos en general, no haciendo distinciones innecesarias de acuerdo con la normativa de referencia vigente en la materia. Y en el caso de querer matizar que la regulación contenida en la Ley gallega se aplica a ambos tipos de tratamiento, automatizado y no automatizado, no establecer regímenes distintos para cada tipo de tratamiento, contrarios a la LOPD.

Artículo 15. *Ámbito territorial.*

La historia clínica deberá ser única por paciente, al menos en cada complejo hospitalario, hospital o centro sanitario.

Dicha historia clínica acumulará toda la información clínica generada en cada episodio asistencial e integrará los diferentes episodios del paciente.

Se establece aquí la necesidad y obligación de que la historia clínica sea única para cada paciente (ya presente en el artículo 61 LGS). Llama la atención haber optado por *Ámbito territorial* como título para el artículo, pues el contenido del mismo alude al carácter único de la historia clínica y, en consecuencia, a su condición de depositaria de toda la información clínica del paciente.

Artículo 16. *Contenido.*

La historia clínica contendrá información suficiente para identificar al paciente y documentar su proceso de atención sanitaria. A tal efecto incluirá, al menos: [...]

Este precepto enumera una serie de elementos que, con carácter de mínimos, debe integrar la historia clínica.

⁷⁸ Al respecto cfr. supra apartado 1.

⁷⁹ Artículo 1. Objeto. La presente Ley Orgánica tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar.

Se trata tanto de datos identificativos del paciente (agrupados en la letra a) del precepto) y médico responsable (letra b) como de datos propiamente clínicos (letras c y d).

Artículo 17. *Requisitos.*

Las historias clínicas deberán ser claramente legibles, evitándose, en lo posible, la utilización de símbolos y abreviaturas, y estarán normalizadas en cuanto a su estructura lógica, de conformidad con lo que se disponga reglamentariamente.

Cualquier información incorporada a la historia clínica deberá ser fechada y firmada de forma que se identifique claramente al personal que la realice.

La legibilidad es otro de los requisitos exigibles de las historias clínicas, propiciada, entre otros factores, por la ausencia de símbolos y abreviaturas. A ello contribuirá también la estructura lógica normalizada, que será establecida mediante el desarrollo reglamentario de la Ley. La legibilidad e inteligibilidad de la historia clínica -así como su exhaustividad (art. 15 párrafo 2)- exigen que en ella consten con claridad qué personal sanitario ha tomado parte en el proceso de atención sanitaria y respecto de qué intervención, mediante la firma del profesional, y la fecha en la que la intervención ha tenido lugar.

Ambos aspectos son importantes. Conocer quién ha intervenido y cuáles han sido sus intervenciones permite delimitar con nitidez si algún derecho de estos profesionales sanitarios está en cuestión -principalmente su derecho a la protección de datos personales- y cuáles son sus perfiles⁸⁰. Por su parte, la legibilidad e inteligibilidad aluden, si bien genéricamente, a la exigencia de calidad del artículo 4 LOPD: los datos de carácter personal, en todo momento y lugar, han de ser adecuados, pertinentes, no excesivos, completos, exactos, veraces y actualizados (cfr. art. 4.1, 3 y 4 LOPD). Lo afirmado ha de ser puesto asimismo en relación con la pretensión de una única historia clínica por paciente (art. 15.1 Ley gallega), por cuanto la multiplicidad de historias aumenta la posibilidad de incoherencia e inexactitud de los datos en ellas recogidos y el detrimento de su calidad.

2.2.2. ¿A quién pertenece la historia clínica?

Artículo 18. *Propiedad y custodia.*

1. Las historias clínicas son documentos confidenciales propiedad de la Administración sanitaria o entidad titular del centro sanitario, cuando el médico trabaje por

⁸⁰ Cfr. supra apartado 1 y cfr. infra apartado 3.

cuenta y bajo la dependencia de una institución sanitaria. En caso contrario, la propiedad corresponde al médico que realiza la atención sanitaria.

2. La entidad o facultativo propietario es responsable de la custodia de las historias clínicas y habrá de adoptar todas las medidas precisas para garantizar la confidencialidad de los datos o de la información contenida en las mismas.

Asimismo, toda persona que en el ejercicio de sus funciones o competencias tenga conocimiento de los datos o informaciones contenidas en la historia clínica tendrá la obligación de reserva y sigilo respecto de los mismos.

He aquí uno de los artículos menos afortunados de la Ley. Y ello en especial por su número 1, donde se consagra una noción patrimonialista de la historia clínica como propiedad de la Administración sanitaria que contradice los propósitos anticipados en el Preámbulo y en otros preceptos del texto articulado -entre ellos el art. 13, donde se define la historia clínica-. Pueden apuntarse las siguientes críticas a esta regulación:

1. *Creciente paternalismo en la regulación de la historia clínica*, patente en la contradicción entre el Preámbulo y el texto articulado. El artículo 18 incurre en un paternalismo contradictorio con lo proclamado en el Preámbulo (cfr. párrafos 1, 4, 5 y 6; también 9 y 11), donde se aboga por abandonar el paternalismo rector de la relación sanitaria en beneficio de una nueva situación en la que “el paciente y sus derechos se configuren como protagonistas” (párrafo primero). Tras la lectura del artículo 18.1 de la Ley gallega hay que concebir al paciente como actor secundario en la relación clínica.

2. *Noción patrimonialista o dominical de la historia clínica*. La historia clínica parece configurada no tanto como un “conjunto de documentos” que da fe de la situación sanitaria de una persona y facilita su asistencia sanitaria y el cumplimiento de otras finalidades cuanto como un objeto de disputa o apropiación dominical.

3. *Concepción patrimonialista de la privacidad y de los derechos*. La noción patrimonialista o dominical de la historia clínica se extiende a los derechos fundamentales que están en juego. Ello resulta evidente respecto del derecho afectado con mayor frecuencia, la intimidad (art. 18 CE) y el reciente derecho a la protección de datos personales (SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre). En los albores del reconocimiento del derecho a la intimidad o *privacy* en la esfera anglosajona, donde se origina, primaba una noción patrimonialista. Hoy se ha

abandonado tal noción, y la *privacy* se pone en relación con la personalidad y su libre desarrollo -y, más allá, con la dignidad-; con la libre autodeterminación en materia de salud⁸¹. En esto consiste precisamente el consentimiento informado, y los modernos mecanismos de protección de la intimidad y la esfera privada. De ellos debería ocuparse la Ley gallega, prescindiendo de regular las relaciones de dominio sobre la historia clínica.

A mi entender el artículo 18 implica un retroceso en los objetivos perseguidos mediante la Ley gallega. Se proclama retóricamente una cosa (Preámbulo) y se dispone normativamente otra (art. 18.1).

Artículo 19. *Acceso*.

1. El paciente tendrá derecho a la obtención de los informes y resultados de las exploraciones que sobre su estado de salud o enfermedad se incluyan en la historia clínica.

El derecho de acceso conllevará el de obtener copias de los mencionados documentos.

[...]

4. El acceso por otras personas distintas al paciente a la información contenida en la historia clínica habrá de estar justificado por la atención sanitaria a éste. [...]

En todos los casos quedará plenamente garantizado el derecho del paciente a su intimidad personal y familiar, por lo que el personal que acceda a esta información guardará el correspondiente secreto profesional.

Tan sólo mencionaré un aspecto, en la línea sugerida en el comentario al artículo anterior. En el último párrafo transcrito -párrafo quinto del número 4-, al regular el acceso por personas distintas del paciente, que es el titular de los datos de salud presentes en la historia clínica, se habla correctamente de la garantía de su “derecho a la intimidad personal y familiar”. Esto es cierto y necesario, pero incompleto. Más rotundo, actual y preciso es garantizar simultáneamente el mencionado derecho a la protección de datos personales, que faculta a cada individuo al control sobre sus propios datos, entre ellos, con especial protección, los datos de salud. Incluso, y con carácter previo, también la libertad informática, otra manifestación de la facultad de control del individuo sobre sus propios datos (art. 18.4 CE y STC 254/1993, de 20 de julio)⁸².

⁸¹ Cfr. supra apartado 1.3.1.

⁸² Cfr. supra apartados 1.3 y 1.4.

3. UNA PROPUESTA ARMONIZADORA DE ANÁLISIS DE LA HISTORIA CLÍNICA: EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS

3.1. La definición de la historia clínica -y consecuentemente de los derechos respecto de ella- a partir de la finalidad

La historia clínica tiene como finalidad principal facilitar la atención o asistencia sanitaria del ciudadano⁸³. Existen otras finalidades (gestión del sistema sanitario, supervisión o inspección del sistema sanitario, investigación clínica, investigación epidemiológica, judiciales, etc.), en principio subordinadas a la finalidad asistencial indicada.

Desde esta perspectiva la historia clínica puede ser concebida como una suerte de biografía sanitaria, o si se prefiere como el relato patobiográfico de un usuario del sistema sanitario. Es un reflejo de la evolución sanitaria y vital del usuario, cuya identidad se plasma y puede ser extraída del conjunto de documentos que reproducen la historia clínica⁸⁴. Como todo relato vital, se trata de un relato pluridimensional y de un relato en común. En consecuencia, no sirve únicamente para identificar al paciente sino que incorpora los caracteres de otros sujetos que son relevantes en la configuración de la identidad clínica de aquél (profesionales sanitarios, familiares, etc.). Asimismo, no se limita a la exposición o descripción de hechos clínicos, y añade también valoraciones, decisiones, juicios clínicos, etc. Comprende, pues, elementos descriptivos y valorativos, referidos tanto al usua-

rio como a otras personas implicadas en la relación sanitaria.

A mi juicio lo decisivo es cómo la historia clínica puede satisfacer sus finalidades, en particular la de asistencia sanitaria, y cómo quedan garantizados los derechos fundamentales implicados, singularmente el derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos personales del paciente o usuario y, en su caso, de los profesionales sanitarios y de otros terceros. En este sentido conviene no perder de vista el carácter y el valor instrumentales de la historia clínica: es un medio -el más idóneo- para el logro de un fin⁸⁵. Lo relevante no es el documento o conjunto de documentos sino lo que documenta. La perspectiva iusfundamental pone el énfasis en el contenido (decisiones y actos sanitarios que explican el devenir de la relación clínica) y no tanto en la forma o el soporte que documenta cada biografía sanitaria (el conjunto de documentos en los que consta: la historia clínica).

Debatir la propiedad de la historia clínica conduce a desenfocar el problema. En su lugar parece más adecuado cuestionarse qué derechos están en juego y cómo puede armonizarse su ejercicio; cuáles son y cuáles han de ser las condiciones reguladoras del uso, el acceso, la custodia, la conservación, etc. de la historia clínica. El conjunto de documentos que contiene el devenir clínico de una persona sólo puede ser denominado "historia clínica" en un cierto sentido, analógico o derivado. La historia clínica propiamente dicha es precisamente ese devenir clínico, la biografía sanitaria de un usuario; esto es, el haz de relaciones, hechos, valoraciones, juicios, etc. referidos a los distintos sujetos de la dicha relación. El medio de reproducción de esta historia son los documentos, pero éstos no *son* la historia clínica sino que se limitan a *contenerla o reproducirla*; *son* el instrumento o soporte de la auténtica historia clínica⁸⁶.

Asimismo, cabe aducir que, frente al carácter privativo y excluyente del enfoque dominical, la perspectiva iusfundamental aquí sostenida propone un acercamiento incluyente y abierto, tomando en consideración la implicación de varios sujetos en la relación sanitaria y sus derechos. En última instancia, la perspectiva teleológica que permite definir la historia clínica es, al mismo tiem-

⁸³ Cfr. GRUPO DE EXPERTOS EN INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA, Documento final. Madrid, 26 de noviembre de 1997, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo. Subsecretaría de Sanidad y Consumo, 1998, p. 22.

⁸⁴ Sobre la historia clínica como relato cfr. Pedro LAÍN ENTRALGO, La historia clínica. Historia y teoría del relato patográfico, Madrid, Triacastela, 1998. En cuanto a la identidad narrativa en general cfr. Paul RICOEUR, Soi-même comme un autre, Paris, Seuil, 1990. Traducción de Agustín Neira Calvo con la colaboración de María Cristina Alas de Tolivar, Si mismo como otro, Madrid, Siglo Veintiuno, 1996, quinto y sexto estudios, pp. 106-172; antes en Temps et récit, III. Le temps raconté, Paris, Seuil, 1985, pp. 439 ss., en particular pp. 439-448. Sobre la estructura narrativa de la vida cfr. Alasdair MACINTYRE, After virtue. A study in moral theory, Notre Dame, Indiana, University of Notre Dame Press, 1981; second edition, London, Duckworth, 1985. Traducción castellana de Amelia Valcárcel, Tras la virtud, Barcelona, Crítica, 1987, pp. 252-277. Una interesante referencia acerca de la concepción narrativa de la vida en Charles TAYLOR, Sources of the self. The making of the modern identity, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1989. Traducción de Ana Lizón; revisión técnica de Ramón Alfonso Díez, Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna, Barcelona, Paidós, 1996, en particular pp. 64 ss. Una visión panorámica de la cuestión para la Bioética en Diego GRACIA, "Aportaciones a la medicina y a la bioética de la ética narrativa y hermenéutica", en ASOCIACIÓN DE BIOÉTICA FUNDAMENTAL Y CLÍNICA, La Bioética, diálogo verdadero, Madrid, Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, 2002, pp. 175-202.

⁸⁵ Cfr. al respecto la SAP Cantabria de 8 de junio de 2001.

⁸⁶ La locución "historia clínica" no es unívoca sino análoga -en el sentido de analogía de atribución o proporción-; distingue entre un sentido propio o central (simpliciter) y sentidos analógicos o derivados (secundum quid) de los términos o nombres que designan las cosas o la realidad. Cfr. al respecto ARISTÓTELES, Ética a Nicómaco VIII 4, 1157a 30-33; Ética eudemia VII 2, 1236a 16-30; Política III 1, 1275a 33-1276b 4; TOMÁS DE AQUINO, De veritate q. 2 a. 11 c; Summa Theologiae II-II q. 57 a.1 ad. 1.

po, el criterio para delimitar el alcance de los derechos y deberes en cuestión, a la luz de las orientaciones hermenéuticas contemporáneas de la intimidad o la *privacy*, ejemplo a su vez del abandono del modelo propietario en favor de un modelo personal, de desarrollo de la personalidad a través de los derechos fundamentales.

3.2. El significado del lenguaje de los derechos y sus repercusiones en el tratamiento jurídico y bioético de la historia clínica

1. *El lenguaje de los derechos: titularidad en lugar de propiedad.* No parece adecuado aludir a la historia clínica en términos de dominio o propiedad; la historia clínica no debe ser objeto de disputas dominicales. Es preferible hablar de titularidad en lugar de propiedad; aquélla evoca el lenguaje de los derechos, en tanto que ésta recuerda el sesgo patrimonialista de las primeras manifestaciones del derecho a la *privacy* y una relación de dominio entre el propietario y la cosa -la historia clínica-.

2. *El rescate del protagonismo del paciente y de los derechos.* La discusión sobre la propiedad de la historia clínica se ocupa sobre todo de uno de los sujetos de la relación clínica: la Administración, institución o centros sanitarios. En cambio, el debate acerca de la titularidad de los derechos incorpora al eje subjetivo también al paciente; y no sólo a él, sino a todo aquél que sea titular de un derecho en relación con la historia clínica, entre ellos, los profesionales sanitarios o la propia Administración sanitaria.

3. *El compromiso institucional de defensa de los derechos.* El lenguaje de los derechos -de la titularidad- no se centra únicamente en la persona del paciente, sino que abarca a todos los titulares de derechos en relación con la historia clínica. Además, significa un compromiso de las instituciones en la garantía de los derechos de las partes implicadas. Así ha de ser en atención a la doble dimensión de los derechos fundamentales: a) subjetiva, en tanto que derechos individuales que garantizan un estatus jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia de la persona; y b) objetiva o institucional, en tanto elementos estructurales del orden jurídico y fundamento de la comunidad política, así como criterios orientadores de la actuación de los poderes públicos para la consecución de los valores y fines constitucionales⁸⁷.

4. *Un modelo flexible, abierto, incluyente e integrador de relación clínica.* A la luz de lo anterior se propone rechazar la concepción patrimonial o dominical de la

historia clínica, de carácter rígido, cerrado, exclusivista y excluyente, y reemplazarla por la perspectiva iusfundamental, que es una orientación flexible, abierta, inclusiva e integradora de los distintos actores de la relación clínica, y en la que los derechos recobran su protagonismo. La perspectiva del lenguaje de los derechos permite conciliar a todas las partes implicadas -paciente o usuario, y familiares o terceros allegados; profesional(es) sanitario(s); institución sanitaria; sociedad en general- y ofrecer una perspectiva satisfactoria para todas ellas conforme con el modelo jurídico-político de nuestra sociedad. Permite, asimismo, dar cuenta y hacerse cargo jurídicamente de la heterogeneidad de datos y componentes presentes en la historia clínica, armonizando los intereses, derechos y deberes en cuestión⁸⁸.

5. *Aparición de un nuevo paradigma en relación con la información y documentación clínicas: la confidencialidad como derecho y no como privilegio.* En este nuevo paradigma la vía iusfundamental tradicional para la protección de la confidencialidad de los datos de salud, el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), de dimensión eminentemente negativa o de rechazo de injerencias, se complementa con una dimensión positiva o de control de la información y los datos de salud, amparada, entre otros, por la libertad informática (art. 18.4 CE y, por todas, STC 254/1993, de 20 de julio) y, sobre todo, por el derecho a la protección de datos personales (SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre).

La confidencialidad es un deber *erga omnes* que surge como corolario de los derechos fundamentales indicados. No es, pues, una concesión de terceros -profesional sanitario, Administración sanitaria, etc.-, sino un derecho resultante del reconocimiento de nuestra facultad de autodeterminación informativa en materia de salud⁸⁹.

3.2.1. El punto de vista del paciente o usuario

1. *El derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa del paciente o usuario.* Numerosos datos de carácter personal del paciente o usuario del sistema de salud están presentes en la historia

⁸⁸ Han puesto acertadamente de manifiesto el rasgo de la heterogeneidad Carlos María ROMEO CASABONA y María CASTELLANO ARROYO, "La intimidad del paciente desde la perspectiva del secreto médico y del acceso a la historia clínica", cit., pp. 14-15.

⁸⁹ Cfr. José Antonio SEOANE, Alejandro ARTETXE, "De la intimidad como privilegio a la intimidad como derecho: el derecho a la protección de datos personales en materia de salud", en ASOCIACIÓN DE BIOÉTICA FUNDAMENTAL Y CLÍNICA, La Bioética, diálogo verdadero, cit., pp. 355-370, pp. 358-366. Más en detalle José Antonio SEOANE, "De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos...", cit., pp. 73-105.

⁸⁷ Cfr. por todas STC 25/1981, de 14 de julio, FJ 5.

clínica, que documenta su proceso asistencial. Sobre tales datos de carácter personal el usuario tiene diversos derechos, singularmente el derecho a la protección de datos personales, o si se prefiere, en expresión más gráfica, el derecho a la autodeterminación informativa. Este derecho, que implica un poder de control sobre los datos personales, se configura como un derecho autónomo y, al mismo tiempo, como un derecho instrumental de los restantes derechos fundamentales de la persona.

2. *El paciente o usuario como titular del derecho a la información sanitaria.* Al margen de la regulación constitucional, resulta relevante para esta cuestión lo prescrito en el artículo 10 del Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina, así como el reconocimiento al paciente de la titularidad del derecho a la información asistencial en el artículo 3.1 del texto articulado de la Ley catalana, el art. 9.1 de la Ley aragonesa, el art. 3.1 de la Ley foral navarra y el art. 5.1 del Proyecto de Ley estatal; en idéntico sentido se manifiesta el párrafo cuarto del Preámbulo de la Ley gallega.

3. *El paciente o usuario como (co)titular de la historia clínica.* En la medida en que la historia clínica documenta y contiene datos de carácter personal relativos a la salud del paciente, cabe afirmar que éste es titular de (derechos en relación con) la historia clínica; al menos de aquellos datos de carácter personal que le conciernen, sobre los que dispone de una facultad de control, en virtud de su derecho a la protección de datos personales.

Negarle al paciente la titularidad de su derecho sobre tales datos de salud incorporados a la historia clínica equivale a negarle un derecho fundamental de nuevo cuño, pero de fundamento ya antiguo: el derecho a la protección de datos personales -o incluso con carácter previo la libertad informática-. Implica, además, no tomar en serio su condición de titular del derecho a la información sanitaria, reconocido, de una manera u otra, en las distintas normativas analizadas.

4. *Los límites a los derechos del paciente.* Todo derecho fundamental implica deberes y limitaciones. No hay derechos sin límites, y el derecho a la protección de datos personales no es una excepción. Atender a la finalidad del derecho fundamental mencionado y de la propia historia clínica es la vía idónea para ponderar su contenido y alcance, cuestión que ha de delimitarse mediante el juicio de proporcionalidad⁹⁰.

⁹⁰ He desarrollado este punto en relación con un tipo específico de datos de salud, los datos genéticos, en "De la intimidad genética al derecho a la protección de datos genéticos. La protección iusfundamental de los datos genéticos en el Derecho español (A propósito de las

5. *La finalidad de la historia clínica como criterio de delimitación de los derechos.* La finalidad principal de la historia clínica es facilitar la asistencia sanitaria del ciudadano. Dicha finalidad, y en su caso cualquier otra finalidad legítima, explica y justifica la coexistencia de derechos y deberes del usuario y de terceros así como los límites para el ejercicio de tales derechos. Al mismo tiempo, sirve para proteger otros derechos fundamentales del usuario del sistema sanitario, constitucionalmente garantizados: igualdad y no discriminación (art. 14 CE), protección de la salud (art. 43 CE), integridad física (art. 15 CE), etc.

3.2.2. El punto de vista del profesional sanitario

1. *Una nueva dimensión iusfundamental para el profesional sanitario: de la propiedad intelectual al derecho a la protección de datos personales.* Los argumentos más numerosos en defensa del médico como propietario de la historia clínica se sustentan en la propiedad intelectual sobre ella o, con mayor precisión, sobre parte de ella. Sin negar la parte de verdad de este argumento (que en todo caso exige sostener una perspectiva bidimensional del derecho de propiedad intelectual, moral y patrimonial, y admitir la primacía de la primera so pena de incurrir en una -moral y jurídicamente discutible- mercantilización de la historia clínica)⁹¹, nuestra perspectiva iusfundamental es otra: se trata de reconocer la autodeterminación informativa y el derecho a la protección de datos personales.

2. *El derecho a la protección de datos personales del profesional sanitario.* Afirmar que el paciente es el titular de (derechos en relación con) la historia clínica es impreciso e insuficiente: no responde a toda la realidad. La historia clínica contiene no sólo datos o informaciones referidas al paciente, sino también otros muchos, entre ellos diagnósticos o juicios clínicos que sirven para identificar al profesional sanitario implicado en el tratamiento del paciente. En tanto esos datos permiten elaborar un perfil y configurar la identidad de la persona a quien pertenecen (el profesional sanitario), cabe afirmar que el profesional sanitario tiene o ha de tener un poder de control sobre ellos; no otra cosa es el derecho a la protección de datos personales.

Esta tesis, conducente a la cotitularidad de la historia clínica, será difícilmente sostenible de modo global. Sí creo que resulta válida, por ejemplo, para algunas

SSTC 290/2000 y 292/2000, de 30 de noviembre) (Parte II)", Revista de Derecho y Genoma Humano 17 (2002), en prensa, apartado II.3.2.5.

⁹¹ Sobre la tesis de la propiedad intelectual del profesional sanitario cfr. supra nota 5 y bibliografía allí indicada.

historias clínicas, o partes de historias clínicas (por ejemplo, las historias clínicas psiquiátricas)⁹², pero no necesariamente para otras (por ejemplo, historias clínicas reducidas a exámenes traumatológicos), en las que tal perfil personal del profesional sanitario está ausente⁹³.

3. *El profesional sanitario como (co)titular de la historia clínica.* En consecuencia, el profesional sanitario dispone, al igual que el paciente y que cualquier otro ciudadano, del derecho a la protección de datos personales o autodeterminación informativa sobre aquellos datos relativos a su persona que hagan posible su identificación. En tal sentido, es titular de (derechos en relación con) la historia clínica, respecto de aquellos extremos que conciernen a su derecho, a su identidad y personalidad.

3.2.3. El punto de vista de la Administración sanitaria

1. *El deber de conservación o custodia de la historia clínica no equivale a la propiedad, ni tampoco a la titularidad de derechos.* El argumento de la propiedad del centro sanitario, o del médico privado en el caso de profesionales sanitarios al margen de la sanidad pública, confunde los términos del debate. Una cosa es la obligación de conservación y custodia de la historia clínica, que subsiste y corresponde a la Administración sanitaria, a la entidad titular del centro sanitario o al médico (art. 18.2 Ley gallega), y otra muy distinta la propiedad y la titularidad -incluso dominical- sobre los datos en ellas presentes (art. 18.1 Ley gallega).

El deber de custodia y conservación de la Administración sanitaria es compatible con el reconocimiento de la titularidad del paciente sobre sus datos y la informa-

ción asistencial -parte de los cuales forman parte de la historia clínica-, asentada en su derecho fundamental a la protección de datos personales. La titularidad de los derechos no se transfiere, sino que lo único que surge es un deber reforzado de custodia del depositario de esos datos, contenidos en la historia clínica, en este caso la Administración sanitaria, la entidad titular del centro sanitario o el médico.

Los datos "son" del paciente o usuario, y no del documento que los contiene. Ha de cambiarse la perspectiva de análisis y el lenguaje, adecuándolos a un nuevo paradigma: la confidencialidad como derecho. En consecuencia, optar por la titularidad de derechos -con los límites pertinentes para su ejercicio-, que sitúa el énfasis en el contenido (narración patobiográfica y configuración de la personalidad del usuario), en lugar de la propiedad de la historia clínica, que sitúa el énfasis en el soporte o la forma: el conjunto de documentos (art. 13 Ley gallega). O lo que es lo mismo, lenguaje iusfundamental en lugar del lenguaje patrimonialista.

2. *El derecho de acceso del paciente o usuario tampoco equivale a la titularidad.* Como contrapartida ha de afirmarse que el derecho de acceso del paciente o usuario no equivale tampoco a la titularidad de la historia clínica. No cabe identificar ni derivar la titularidad de un omnímodo derecho de acceso.

No definiendo, por consiguiente, un *agere licere* ilimitado del paciente en la esfera sanitaria. Sí, en cambio, que el derecho de acceso del paciente o usuario no es un reconocimiento o concesión de la Administración sanitaria sino el corolario del derecho fundamental a la protección de datos personales: sin la posibilidad del acceso no es concebible el control sobre los propios datos, núcleo del mencionado derecho⁹⁴. Además, la perspectiva iusfundamental, teleológicamente orientada, resulta la más adecuada para delimitar los derechos y deberes del paciente y de las demás partes implicadas en relación con la historia clínica.

3. *Los beneficios institucionales del lenguaje de los derechos.* Más allá de la relación clínica específica, la perspectiva iusfundamental de análisis de la historia clínica y de la información sanitaria en su conjunto, irra-

⁹² Cfr. Paul S. APPELBAUM, THOMAS G. GUTHEIL, *Clinical Handbook of Psychiatry and the Law*, Baltimore, Williams & Williams, 2nd edition, 1991, pp. 1-34, 166-167; David I. JOSEPH, Joseph ONEK, "Confidentiality in Psychiatry", en Sidney BLOCH, Paul CHODOFF, Stephen A. GREEN (eds.), *Psychiatric Ethics*, New York, Oxford University Press, 3rd edition, 1999. Traducción de Silvano de las Heras y Blanca Morera; revisión de Fernando Santander, Juan Medrano y José Lázaro, "La confidencialidad en psiquiatría", en Sidney BLOCH, Paul CHODOFF, Stephen A. GREEN (eds.), *La ética en psiquiatría*, Madrid, Triacastela, 2001, pp. 111-142, pp. 117-122; Jesús SÁNCHEZ-CARO, Javier SÁNCHEZ-CARO, *El médico y la intimidad*, cit., pp. 132-133.

⁹³ Un ejemplo de la variabilidad de criterios y de la implantación del lenguaje dominical frente al lenguaje de los derechos es la SAP Alicante (Sección 7.ª) de 6 de julio de 2001, que llega a una conclusión similar, distinguiendo datos objetivos y datos subjetivos ("datos personales y propios de estudios, hipótesis, impresiones plasmadas en papel, etc.") dentro de la historia clínica. Sin embargo la ratio de la decisión no es semejante a la aquí defendida: los datos objetivos sí deben serle entregados al paciente que los reclama sobre la atención recibida, en cambio los datos subjetivos "no pertenecen al paciente sino al profesional que le atendió". El Tribunal, pese a afirmar que el problema realmente planteado en la litis es el acceso a la historia clínica y no la propiedad de ésta (FJ 1), continúa argumentando con lenguaje dominical, y no extrae todas las consecuencias de sus argumentos, a partir del derecho a la protección de datos personales.

⁹⁴ Sobre el derecho de acceso como mecanismo de control sobre los propios datos de carácter personal, y parte del derecho fundamental a la protección de datos personales, cfr. art. 15 LOPD; arts. 12-14 del RD 1332/1994, de 20 de junio. También en sede constitucional, y refiriéndose con carácter general a las Administraciones públicas, el artículo 105 b) CE alude al derecho de acceso de los ciudadanos "a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas".

dia también sus efectos al centro sanitario, a la Administración sanitaria, al sistema de salud, y aun a la sociedad en su conjunto. Adoptar como punto de partida el reconocimiento y el respeto de los derechos de las partes presentes en la relación sanitaria (usuario, profesional sanitario, centro sanitario, sociedad), y considerar la confidencialidad, la intimidad o la protección de los datos de salud como derechos y no como privilegios implica, de una parte, la defensa de la justicia y la igualdad en clave institucional, para todo el sistema de salud y para la sociedad en su conjunto, y, de otra, la apuesta por un incremento de la calidad asistencial, en este caso en forma de la defensa de los derechos, libertades y valores constitucionales⁹⁵.

4. CONCLUSIONES, O ARGUMENTOS A FAVOR DE UNA CULTURA DE LA CONFIDENCIALIDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO

El objetivo de estas reflexiones es proponer un nuevo enfoque o perspectiva (el lenguaje de los derechos) en el análisis de los problemas sobre la historia clínica, y procurar el equilibrio entre las oscilantes mareas paternalista y autonomista; esto es, armonizar los roles del usuario del sistema de salud, de los profesionales sanitarios y de la Administración, institución o centro sanitarios, de modo que no se subraye únicamente uno en detrimento de los otros. La propuesta puede ser reconducida a la adopción de los siguientes puntos:

⁹⁵ Cfr. una vez más, por todas, la STC 25/1981, de 14 de julio, en particular FJ 5. Al igual que respecto del paciente o usuario y del profesional sanitario, se podría admitir la existencia de datos de carácter personal del centro sanitario o de la Administración sanitaria incluidos en la historia clínica y, en consecuencia, el reconocimiento de un derecho a la protección de datos personales de las instituciones sanitarias en coexistencia con los derechos semejantes del paciente o usuario y del profesional sanitario. No obstante, en el Derecho español (cfr. arts. 1, 3 a) y 3 e) LOPD), los datos de carácter personal se refieren exclusivamente a las personas físicas, a los individuos, y, en consecuencia, sólo ellas y no las personas jurídicas –entre las que se cuentan las instituciones sanitarias–, pueden ser objeto de la protección derivada de la LOPD y su desarrollo reglamentario en relación con los datos de carácter personal. Otros sistemas jurídicos de nuestro entorno, como el italiano (cfr. arts. 1.2 c) y 1.2 d) de la Ley 675/1996, de 31 de diciembre, de tutela de las personas y de otros sujetos respecto del tratamiento de los datos personales) sí han extendido la protección de los derechos en relación con los datos de carácter personal a las personas jurídicas y otros entes u organismos distintos de las personas físicas. Por su parte, el mencionado art. 8 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea reconoce el derecho a la protección de datos de carácter personal a “toda persona”, sin más distinción, pareciendo dar acogida tanto a las personas físicas como, en su caso, a las personas jurídicas como titulares del derecho. Paradójicamente, nuestro Código penal sí extiende la tutela penal de la intimidad a las personas jurídicas (cfr. art. 200 CP), paliando en cierta medida la indefensión derivada del régimen de la LOPD. Una reciente crítica del carácter restrictivo de la Ley española en este punto en Antonio Enrique PÉREZ LUÑO, “Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España”, *Anuario de Filosofía del Derecho* 18 (2001), pp. 321-361, pp. 339-341.

1. Un nuevo lenguaje y una nueva mentalidad, para la comprensión de la historia clínica en particular y para la Bioética en general: el lenguaje de los derechos.

2. Una perspectiva iusfundamental (titularidad de los derechos fundamentales) en lugar de patrimonialista (propiedad de los documentos).

3. Un modelo de relación sanitaria abierto, incluyente e integrador, basado en la titularidad de los derechos, frente al modelo cerrado, exclusivista y excluyente apoyado en la concepción dominical de la historia clínica.

4. Una perspectiva material y no formal. La propiedad de la historia clínica sitúa el énfasis en el soporte o forma: el conjunto de documentos (art. 13 Ley gallega), en tanto que la titularidad de los derechos atiende sobre todo al contenido: narración patobiográfica y repercusiones en los sujetos de la relación sanitaria.

5. Un modelo de relación en el que el paciente y sus derechos, junto con los profesionales sanitarios y otros implicados, entre ellos la propia Administración o institución sanitaria, recuperan su protagonismo.

6. Una perspectiva armonizadora y no conflictivista: coexistencia de derechos fundamentales y deberes recíprocos, y no enfrentamiento.

7. Una comprensión teleológica o finalista de la historia clínica y de los derechos, que posibilita la armonización indicada, y delimita las condiciones de ejercicio de los derechos y deberes en relación con ella: quiénes tienen derechos (usuario, profesionales sanitarios, etc.), qué derechos tienen (acceso, rectificación, cancelación, etc.) y cuáles son las condiciones y límites para el ejercicio de tales derechos, en atención a la finalidad asistencial y a las demás finalidades que constituyen el fundamento de la historia clínica.

8. Una nueva perspectiva sobre la titularidad de la historia clínica, o en rigor de los distintos titulares de derechos en relación con la historia clínica, a partir del derecho a la protección de datos personales: cotitularidad (paciente-profesional sanitario) de la historia clínica en algunos casos, singularmente la historia clínica psiquiátrica.

O si se prefiere, en clave bioética. La tesis dominical o patrimonialista de la historia clínica (la historia clínica como propiedad de la Administración sanitaria...) implica la transformación de un deber de no maleficencia: el respeto del derecho a la información y a la confidencialidad de los pacientes (y de cualquier otro tercero implica-

do) en un deber de beneficencia. Asimismo, implica el no reconocimiento, o el reconocimiento taimado, del principio de autonomía. Esto es, contradecir los propósitos del Preámbulo de la Ley gallega y mantenerse en el paradigma paternalista.

La rehabilitación de la confidencialidad en el ámbito sanitario. Lo afirmado exige rehabilitar y actualizar un concepto “decrépito”: la confidencialidad⁹⁶. La propuesta iusfundamental de análisis de la historia clínica pretende implantar una cultura de la confidencialidad en el contexto sanitario, articulada en torno a los derechos fundamentales de las partes implicadas, singularmente el derecho a la intimidad y el novedoso derecho a la protección de datos personales. Esto es, revisar la comprensión tradicional de la confidencialidad, puesta en cuestión por el desarrollo de la Medicina⁹⁷ y por la evolución de la tutela de los derechos fundamentales, en particular de la intimidad (*privacy*) y la protección de los datos de carácter personal. Los propósitos servidos por la confidencialidad siguen en vigor: el reconocimiento del respeto del sentido de la individualidad y la privacidad del paciente, y la mejora del cuidado sanitario del paciente, al afianzar la confianza como vínculo entre el profesional sanitario y el paciente, si bien ahora analizados desde la perspectiva de los derechos, que es la propia de un modelo igualitario de sistema de salud; esto es, de un modelo más equitativo y justo.

⁹⁶ Cfr. Mark SIEGLER, “Confidentiality in Medicine-A Decrepit Concept”, *New England Journal of Medicine* 307/24 (1982), pp. 1518-1521. Luego en Tom L. BEAUCHAMP; Leroy WALTERS (ed.), *Contemporary Issues in Bioethics*, 4th edition, Belmont, Wadsworth, 1994, pp. 179-181, por la que cito.

⁹⁷ Ibid., p. 180.