



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 21, número 2. Julio-Diciembre 2011

ESTUDIOS

- Sostenibilidad del sistema sanitario. Crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro. *José Vida Fernández* 13
- El fomento de la actividad física y deportiva con fines de salud en la legislación deportiva y de salud pública de Andalucía. *Javier Luna Quesada y Francisco Miguel Bombillar Sáenz* 35

COMUNICACIONES

- Estatuto marco y estatuto básico. *Juan Manuel Alegre Ávila* 59
- ¿Qué el bioderecho constitucional tiene para decir sobre la donación de órganos de anencéfalos?. *Adriano Sant'Ana Pedra* 67
- La ausencia de un verdadero espacio común sanitario en la Unión Europea ¿un problema sustancialmente jurídico?. *Federico de Montalvo Jääskeläinen* 75
- Influencia del grado de dependencia sobre el gasto sanitario. *Cristina Vilaplana Prieto* 87
- Financiación del medicamento con cargo al sistema sanitario público. *María-Teresa Rojas Pomar* 101
- Modificaciones de los contratos. *J. Gallego Martínez y M.L. Cavas Moreno* 107
- Experiencia práctica: análisis desde el punto de vista formal de un consentimiento informado de anestesia. *M^a Ángeles Navarro Perán; Juan Antonio Fernández Campos* 115
- Análisis de recursos administrativos y jurisdiccionales en el proceso de implantación del modelo de desarrollo profesional en Osakidetza-Servicio Vasco de Salud. *M^a Angeles Rodríguez González, Juana Fernández Refoyo; Mercedes Pinedo Rojo; Beatriz Guelbenzu Echeverría; Susana López Altuna* 123
- El copago sanitario: ¿un auxilio para el mantenimiento de la sostenibilidad del sistema?. *Irene Correias Sosa* 133
- La problemática legal en el tratamiento del material biológico y los derechos de sus titulares: Investigación versus Clínica. Cuestiones prácticas. *Igor Pinedo García* 143
- La Responsabilidad patrimonial por contracción de infecciones en el ámbito hospitalario: evolución, control y registro de datos. *Elena Martínez-Zaporta Aréchaga* 153
- Autonomía de la voluntad e internamiento psiquiátrico: problemas legales y tratamiento jurisprudencial. *Gustavo Merino Gómez* 165
- Intervenciones obligatorias por riesgo de transmisión de enfermedades contagiosas: interés público versus derechos individuales. *Ángela Ruiz Sáenz* 171

JURISPRUDENCIA E INFORMES

LEGISLACIÓN

- Bases VIII Premio Derecho y Salud 2012 207
- Normas de publicación. 209
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud. 211
- Solicitud de asociación. 212



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 21, número 2. Julio-Diciembre 2011

Edita:

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

Editores adjuntos:

JOSEP LLUIS LAFARGA I TRAVER (BARCELONA)
JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE (PAMPLONA)
RAFAEL ALVARO MILLÁN CALENTI (SANTIAGO DE COMPOSTELA)

Consejo editorial:

Director:

FRANCISCO VILLAR ROJAS
CATEDRÁTICO DE DERECHO ADMINISTRATIVO (LA LAGUNA)

Secretario:

DAVID LARIOS RISCO
LETRADO JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA
(CASTILLA LA MANCHA)

Vocales:

JAVIER SÁNCHEZ CARO
RESPONSABLE BIOÉTICA Y DERECHO SANITARIO
(COMUNIDAD DE MADRID)
ALBERTO PALOMAR OLMEDA
MAGISTRADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (MADRID)
MARÍA DEL CARMEN GONZÁLEZ GARRASCO
PROFESORA TITULAR DERECHO CIVIL
(CASTILLA LA MANCHA)
ANA M^A MARCOS DEL CANO
SECRETARIA GENERAL UNED (MADRID)
JOAQUÍN CAYÓN DE LAS CUEVAS
SERVICIO DE ASESORAMIENTO JURÍDICO DE SANIDAD
(CANTABRIA)
FEDERICO MONTALVO JÄÄSKELÄINEN
ABOGADO. PROFESOR UNIVERSIDAD (MADRID)
VICENTE LOMAS HERNÁNDEZ
SERVICIO DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA
(CASTILLA LA MANCHA)
JOSÉ MARÍA ANTEQUERA VINAGRE
PROFESOR DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA (MADRID)
MARÍA DOLORES GONZÁLEZ GARCÍA
SERVICIO DE DERECHO SANITARIO Y BIOÉTICA
(CASTILLA LA MANCHA)
SERGIO GALLEGO RIESTRA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL Y RÉGIMEN DISCIPLINARIO
(ASTURIAS)
JAVIER VÁZQUEZ GARRANZO
LETRADO JEFE IBS (BALEARES)
MARÍA MARTÍN AYALA
ASESORAMIENTO Y DESARROLLO NORMATIVO (CASTILLA-LA MANCHA)

Consejo asesor:

RAFAEL MILLÁN CALENTI – (SANTIAGO DE COMPOSTELA)
DAVID LARIOS RISCO (CASTILLA-LA MANCHA)
CARMEN JOSÉ LÓPEZ RODRÍGUEZ (LUGO)
PAULA OLITE TRILLO (SANTIAGO DE COMPOSTELA)
JOSÉ M^A BARREIRO DÍAZ (A CORUÑA)
ANA COMESAÑA ALVAREZ (VIGO)
JOSEFA CANTERO MARTÍNEZ (CASTILLA LA MANCHA)
NEKANE IRIARTE AMIGOT (PAMPLONA)
LUIS FERNANDO BARRIOS FLORES (ALICANTE)
JOSÉ LUIS RUÍZ CIRUELOS (PAMPLONA)
NURIA GARRIDO CUENCA (ALBACETE)
MARTA BLÁZQUEZ EXPÓSITO (SEVILLA)

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

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

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

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

DERECHO Y SALUD

ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

REVISTA FUNDADA EN 1992

Revista Oficial de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD

[http:// www.ajs.es](http://www.ajs.es)

ISSN: 133-7400

Depósito Legal: B-35337-93

Dirigida a: Personas cuya actividad profesional se desarrolle dentro del ámbito del derecho sanitario y de la salud, o muestren un concreto interés por esta rama del derecho.

Correspondencia y Publicidad:

AJS .Romero Donallo 21-3º A

15706 Santiago de Compostela

Correo Electrónico:

js@ajs.es

presidente@ajs.es

webmaster@ajs.es

secretaria@ajs.es

tesorera@ajs.es

Suscripciones y atención al cliente:

Asociación Juristas de la Salud

Avda. Romero Donallo nº 21 3º A

15706 Santiago de Compostela

(suscripciones: enviando solicitud que figura en la revista, atención al cliente, correo ordinario o e-mail)

Protección de datos: En cumplimiento de la Ley Orgánica 15/1999 de diciembre y de su Reglamento aprobado por Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, se informa que los datos personales recogidos con la finalidad de atender suscripciones e inscripciones son confidenciales y están incluidos en un fichero denominado “suscriptores” y en otro denominado “socios” de titularidad de la Asociación “Juristas de la Salud” con domicilio en Avda. Romero Donallo 21 – 3º A de Santiago de Compostela (15706) con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista y facilitar su distribución. El interesado puede ejercer sus derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición, dirigiendo a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es indicando “derechos ARCO”.

LOS ARTÍCULOS PUBLICADOS EN ESTA REVISTA EXPRESAN SOLAMENTE LA OPINIÓN DE SUS AUTORES. SE PUBLICARAN DOS NÚMEROS ORDINARIOS Y AL MENOS UN NÚMERO EXTRAORDINARIO CON MOTIVO DEL CONGRESO ANUAL “DERECHO Y SALUD”.

© COPYRIGHT 2001. ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD

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

Junta Directiva de la Asociación JURISTAS DE LA SALUD:

Presidente: Rafael Álvaro Millán Calenti, *Consellería de Sanidade - Xunta de Galicia*; **Vicepresidente:** David Larios Risco, *Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha*. **Secretaria:** Carmen José López Rodríguez, *Abogada*. **Tesorera:** Paula Oliete Trillo, *Servicio Galego de Saúde*; **Vocales:** José María Barreiro Díaz, *Función Pública Xunta de Galicia*; Ana Comesaña Álvarez, *Servizo Galego de Saúde*; Josefa Cantero Martínez, *Universidad de Castilla-La Mancha*; Nenake Iriarte Amigot, *Parlamento de Navarra*; Luis Fernando Barrios Flores, *Universidad de Alicante*; José Luis Ruiz Ciruelos, *Servicio de prevención de riesgos laborales (Navarra)*; Nuria Garrido Cuenca, *Universidad de Castilla-La Mancha*; Marta Blazquez Espósito, *Servicio Andaluz de Salud*.



DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 21, número 2. Julio-Diciembre 2011

ESTUDIOS

- Sostenibilidad del sistema sanitario. Crisis económica, prestaciones sanitarias y medidas de ahorro. *José Vida Fernández* 13
- El fomento de la actividad física y deportiva con fines de salud en la legislación deportiva y de salud pública de Andalucía. *Javier Luna Quesada y Francisco Miguel Bombillar Sáenz* 35

COMUNICACIONES

- Estatuto marco y estatuto básico. *Juan Manuel Alegre Ávila* 59
- ¿Qué el bioderecho constitucional tiene para decir sobre la donación de órganos de anencéfalos?. *Adriano Sant'Ana Pedra* 67
- La ausencia de un verdadero espacio común sanitario en la Unión Europea ¿un problema sustancialmente jurídico?. *Federico de Montalvo Jääskeläinen* 75
- Influencia del grado de dependencia sobre el gasto sanitario. *Cristina Vilaplana Prieto* 87
- Financiación del medicamento con cargo al sistema sanitario público. *María-Teresa Rojas Pomar* 101
- Modificaciones de los contratos. *J. Gallego Martínez y M.L. Cavas Moreno* 107
- Experiencia práctica: análisis desde el punto de vista formal de un consentimiento informado de anestesia. *M^a Ángeles Navarro Perán; Juan Antonio Fernández Campos* 115
- Análisis de recursos administrativos y jurisdiccionales en el proceso de implantación del modelo de desarrollo profesional en Osakidetza-Servicio Vasco de Salud. *M^a Angeles Rodríguez González, Juana Fernández Refoyo; Mercedes Pinedo Rojo; Beatriz Guelbenzu Echeverría; Susana López Altuna* 123
- El copago sanitario: ¿un auxilio para el mantenimiento de la sostenibilidad del sistema?. *Irene Correas Sosa* 133
- La problemática legal en el tratamiento del material biológico y los derechos de sus titulares: Investigación versus Clínica. Cuestiones prácticas. *Igor Pinedo García* 143
- La Responsabilidad patrimonial por contracción de infecciones en el ámbito hospitalario: evolución, control y registro de datos. *Elena Martínez-Zaporta Aréchaga* 153
- Autonomía de la voluntad e internamiento psiquiátrico: problemas legales y tratamiento jurisprudencial. *Gustavo Merino Gómez* 165
- Intervenciones obligatorias por riesgo de transmisión de enfermedades contagiosas: interés público versus derechos individuales. *Ángela Ruiz Sáenz* 171

JURISPRUDENCIA E INFORMES

LEGISLACIÓN

- Bases VIII Premio Derecho y Salud 2012 207
- Normas de publicación. 209
- Solicitud de suscripción a la revista Derecho y Salud. 211
- Solicitud de asociación. 212

FE DE ERRATAS

Advertido error en uno de los trabajos premiados “**Derecho e instrucciones previas**”, de **José Antonio Seoane**, consistente en la introducción de un anexo clarificador de la regulación jurídica de las instrucciones previas en España procedemos a su corrección, publicándolo en esta edición.

Asimismo, advertido error tanto en el nombre como en el cargo de uno de los ponentes de las mesas de trabajo, procedemos a la siguiente corrección:

Donde dice “**Pedro**”, debe decir “**Juan Pedro**” y donde dice “**Director Gerente para la Formación e Investigación Sanitarias de la región de Murcia**”, debe decir “**Director de la Fundación para la Formación e Investigación Sanitarias de la Región de Murcia**”

El Director de la Revista

Franciso Villar Rojas

FE DE ERRATAS

REGULACIÓN JURÍDICA DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS EN ESPAÑA

José Antonio Seoane

Universidade da Coruña, España

Ámbito	Norma jurídica	IIPP	Registro IIPP
ESPAÑA	Convenio de 4 de abril de 1997 (ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1999), 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)	9	
	Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica	11	11.5
	Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida	9.2	
	Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal	todos	todos
	Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica	48.2	
	Orden SCO/2823/2007, de 14 de septiembre, por la que se amplía la Orden de 21 de julio de 1994, por la que se regulan los ficheros con datos de carácter personal gestionados por el Ministerio de Sanidad y Consumo y se crea el fichero automatizado de datos de carácter personal denominado Registro nacional de instrucciones previas	todos	todos
ANDALUCÍA	Ley 2/1998, de salud (modificado por DA única de la Ley 5/2003, de 9 de octubre)	6.1.ñ)	
	Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada (modificada por DF segunda de la Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte)	Todos	9; 2, 5, 6, 7, 8

Ámbito	Norma jurídica	IIPP	Registro IIPP
	Decreto 238/2004, de 18 de mayo, regulador del Registro de voluntades vitales anticipadas de Andalucía	Todos	todos
	Orden 17 de enero de 2005, que regula y suprime los ficheros automatizados que contienen datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Salud (deroga la Orden de 31 de mayo de 2004, de creación del fichero automatizado de datos de carácter personal denominado Registro de voluntades vitales anticipadas de Andalucía)		todos; Anexo I, fichero 11
	Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía	20.1	
	Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte	5.d), k), p) y q); 9; 10.1 y 4; 19; DT única; DF segunda	9.2 y 3; DT única; DF segunda
ARAGÓN	Ley 6/2002, de 15 de abril, de salud (modificada por la Disposición Final primera de la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte)	13.1.b), 15	15.2, 15.4, 15.6
	Decreto 100/2003, de 6 de mayo, que aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de voluntades anticipadas	todos	Todos
	Ley Orgánica 5/2007, de 20 de abril, de reforma del Estatuto de Autonomía de Aragón	14.4	
	Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte	2.b), 5.e), f), l), m), 9, 11.3, 14, 19, DF 1. ^a	5.e), 9.2, 19.2, DF 1. ^a
ASTURIAS	Decreto 4/2008, de 23 de enero, de organización y funcionamiento del Registro del Principado de Asturias de instrucciones previas en el ámbito sanitario	todos	Todos
	Resolución de 29 de abril de 2008, de la Consejería de salud y servicios sanitarios, sobre desarrollo y ejecución del Decreto 4/2008, de 23 de enero de 2008, de organización y funcionamiento del Registro del Principado de Asturias de instrucciones previas en el ámbito sanitario	todos	Todos
BALEARES	Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas	todos	8; 3.2.b), 3.4
	Ley Orgánica 1/2007, de 28 de febrero, de reforma del Estatuto de Autonomía de las Illes Balears	25.4	
	Decreto 58/2007, de 27 de abril, por el que se desarrolla la Ley de voluntades anticipadas y del registro de voluntades anticipadas de las Illes Balears	Todos	1, 2, 5-11, DA 1. ^a , DA 2. ^a
CANARIAS	Orden de 28 de febrero de 2005, por la que se aprueba la Carta de los derechos y de los deberes de los pacientes y usuarios sanitarios y se regula su difusión	Anexo. Derechos. 25	

Ámbito	Norma jurídica	IIPP	Registro IIPP
	Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro	todos	9-24; 1, 6.b), DA, DT
	Orden de 30 de marzo de 2009, por la que se aprueba la creación del fichero de datos de carácter personal de Manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario	todos	todos
CANTABRIA	Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria	29.2.b), 34	34.5
	Decreto 139/2004, de 5 de diciembre, que crea y regula el Registro de voluntades previas de Cantabria	todos	Todos
	Orden SAN/27/2005, de 16 de septiembre, por la que se establece el documento tipo de voluntades expresadas con carácter previo de Cantabria	todos	
	Orden SAN/28/2005, de 16 de septiembre, por la que se creas el fichero automatizado de datos de carácter personal del Registro de voluntades previas de Cantabria	todos	Todos
CASTILLA-LA MANCHA	Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre la declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud	todos	9; 4.3, 5, 8.3, 10, DF 1. ^a
	Decreto 15/2006, de 21 de febrero, del Registro de voluntades anticipadas de Castilla-La Mancha	todos	Todos
	Orden de 31 de agosto de 2006, de la Consejería de Sanidad, de creación del fichero automatizado de datos del Registro de voluntades anticipadas de Castilla-La Mancha	todos	Todos
	Resolución de 8 de enero de 2008, de la Consejería de Sanidad, de creación de nuevos puntos del Registro de voluntades anticipadas de Castilla-La Mancha	todos	Todos
	Ley 5/2010, de 24 de junio, sobre derechos y deberes en materia de salud de Castilla-La Mancha	24; 26.2.q)	
CASTILLA Y LEÓN	Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud	30	30.2 último párrafo
	Orden SBS/1325/2003, de 3 de septiembre, de publicación de las Cartas de derechos y deberes de las Guías de información al usuario	Anexo	
	Orden SAN/279/2005, de 5 de abril, que desarrolla el procedimiento de tramitación de las reclamaciones y sugerencias en el ámbito sanitario y regula la gestión y el análisis de la información derivada de las mismas	Anexo I	
	Decreto 101/2005, de 22 de diciembre, por el que se regula la historia clínica	DA segunda	DA segunda
	Decreto 30/2007, de 22 de marzo, por el que se regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el Registro de Instrucciones Previas de Castilla y León	Todos	1, 10-22
	Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León	13.2.e)	
CATALUÑA	Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud, a la autonomía del paciente y a la docu-	8; 12.7	

Ámbito	Norma jurídica	IIPP	Registro IIPP
	mentación clínica (artículo 12 modificado por Ley 16/2010, de 3 de junio, de modificación de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concerniente a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica)		
	Decreto 175/2002, de 25 de junio, que regula el Registro de voluntades anticipadas (artículo 5 y Anexo II derogados por la Orden SLT/519/2006, de 3 de noviembre)	todos	Todos
	Resolución BEF/3622/2003, de 4 de noviembre, que da publicidad al Acuerdo del Gobierno de 8 de octubre de 2003, que establece la Carta de derechos y deberes de la gente mayor de Cataluña	Anexo 3.3	
	Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña	20.2	
	Orden SLT/519/2006, de 3 de noviembre, por la que se regulan ficheros que contienen datos de carácter personal en el ámbito del Departamento de Salud	2, Anexo II; DD	2, Anexo II; DD
	Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia	212-3; 212-1.4, 226-2.2	
EXTREMADURA	Ley 10/2001, de 28 de junio, de salud	11.5	
	Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente	15.4.a, 17-22	22; 17.5, 18.2, 20.1.2), 20.1.4)
	Decreto 311/2007, de 15 de octubre, por el que se regula el contenido, organización y funcionamiento del Registro de expresión anticipada de voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se crea el Fichero automatizado de datos de carácter personal del citado Registro	Todos	Todos
GALICIA	Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes (modificada por Ley 3/2005, de 7 de marzo, de modificación de la Ley 3/2001, de 28 de mayo...)	4, párrafo segundo; 5	5.6
	Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de ordenación sanitaria de Galicia	133.1.n)	
	Decreto 259/2007, de 13 de diciembre, por el que se crea el Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamientos de la salud	todos	Todos
	Ley 8/2008, de 10 de julio, de salud de Galicia	8.3	
LA RIOJA	Ley 2/2002, de 17 de abril, de salud (modificada por la Disposición Final primera de la Ley 9/2005, de 30 de septiembre)	6.5	6.5.c) y d)
	Decreto 37/2203, de 15 de julio, de atribución de funciones administrativas en desarrollo de la Ley 3/2003, de organización del sector público de la Comunidad Autónoma de La Rioja (modificado por Decreto 21/2005, de 4 de marzo)	4.7.11.c)	4.7.11.c)
	Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad	todos	10; DF 2. ^a

Ámbito	Norma jurídica	IIPP	Registro IIPP
	Decreto 30/2006, de 19 de mayo, por el que se regula el Registro de instrucciones previas de La Rioja	todos	Todos
	Orden 8/2006, de 26 de julio, sobre la forma de otorgar documento de instrucciones previas ante personal de la Administración	todos	Todos
MADRID	Ley 3/2005, de 23 de mayo, que regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y crea el registro correspondiente	todos	12
	Decreto 101/2006, de 16 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el Registro de instrucciones previas de la Comunidad de Madrid	todos	Todos
	Orden 2191/2006, de 18 de diciembre, por la que se desarrolla el Decreto 101/2006, de 28 de noviembre, por el que se regula el registro de instrucciones previas de la Comunidad de Madrid y se establecen los modelos oficiales de los documentos de solicitud de inscripción de las instrucciones previas y de su revocación, modificación o sustitución	todos	Todos
	Orden 228/2007, de 26 de febrero, del Consejero de Sanidad y Consumo, por la que se crean dos ficheros de datos de carácter personal para el desarrollo del Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid	Todos	todos
	Orden 645/2007, de 19 de abril, que regula el otorgamiento de las instrucciones previas, su modificación, sustitución y revocación ante el personal al servicio de la Administración	Todos	Todos
MURCIA	Decreto 80/2005, de 8 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro	todos	8-13; 2.2.b), 7; DA 1. ^a y DA 2. ^a
	Orden de 22 de febrero de 2006 de la Consejería de Economía y Hacienda por la que se crean ficheros con datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Sanidad	todos, Anexo	todos, Anexo
NAVARRA	Decreto foral 140/2003, de 16 de junio, que regula el Registro de voluntades anticipadas	todos	Todos
	Ley foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra	5.8, 26.3, 54, 55, 59.1.b)	55.3
	Ley foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte	2.b); 5.d), k), q), r); 9; 10; 11; 18; DA 4. ^a , DA 5. ^a ; DT única	DA 5. ^a , DT única
PAÍS VASCO	Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad	todos	6; 2.3.a), 3.2.b), 4.2, 7, DF 1 ^a
	Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, que crea y regula el Registro vasco de voluntades anticipadas	todos	Todos

Ámbito	Norma jurídica	IIPP	Registro IIPP
	Orden de 22 de noviembre de 2004, que establece normas sobre el uso de la firma electrónica en las relaciones por medios electrónicos, informáticos y telemáticos con el Sistema Sanitario de Euskadi	11	11
	Orden de 1 de junio de 2005, del Consejero de Sanidad, por la que se regulan los ficheros de datos de carácter personal del Departamento de Sanidad	Anexo I	Anexo I
VALENCIA	Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad valenciana	17; 3.16, 22.1.c)	17.7
	Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, por el que regula el documento de voluntades anticipadas y crea el Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunidad valenciana	todos	6-9; 2.2, 3.2, 5.2, DF 1ª
	Orden de 25 de febrero de 2005, de desarrollo del Decreto 168/2004, de 10 de septiembre	todos	Todos
	Orden de 20 de julio de 2005, del Conseller de Sanidad, por la que se crea el fichero automatizado Volant Registros		

SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA SANITARIO. CRISIS ECONÓMICA, PRESTACIONES SANITARIAS Y MEDIDAS DE AHORRO

José Vida Fernández

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Carlos III de Madrid*

1. EL GASTO SANITARIO COMO INSTRUMENTO CLAVE PARA LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA PÚBLICO SANITARIO

La crisis “económica” del Estado del Bienestar

§ 1. La evolución socio-económica y, en particular, los efectos de la crisis económica están poniendo en cuestión la continuidad de nuestros servicios públicos más esenciales que garantizan la cohesión social y territorial, y que han caracterizado al conjunto de los Estados europeos como modelo económico y social.

La sanidad pública, la educación pública, la Seguridad Social y el sistema de dependencia constituyen los cuatro pilares de nuestro Estado de Bienestar que se está viendo superado por factores que apunta a un incremento del gasto público – provocado por el aumento de la población y el envejecimiento de la misma¹, el mayor uso de los mismos (por la creciente extensión de las presta-

ciones y universalización de las mismas, junto a una mayor tendencia a recurrir a estos servicios), el mayor coste de los servicios prestados (por el progreso tecnológico y la inflación adicional de los precios de los servicios)–; que ha sido acompañado de una reducción de los ingresos disponibles para su financiación sea a través de cotizaciones (por la descompensación entre población activa y pasiva) o de base presupuestaria (por los menores ingresos tributarios como consecuencia de la crisis, y por la necesidad de reducir el déficit público para cumplir con el Pacto de Estabilidad al que nos obliga la Unión Europea, así como para aliviar nuestra deuda pública acosada por movimientos especulativos).

Sobre el nivel de gasto sanitario adecuado

§ 2. Ante esta situación podría plantearse si este crecimiento del gasto en servicios públicos y, en concreto, en la asistencia sanitaria, debería asumirse hasta alcanzar un nivel adecuado para nuestro país o si bien se gasta demasiado. La determinación del nivel de gasto sanitario es una cuestión opinable que admite diversas respuestas posible que dependen en gran medida de una postura ideológica. Sin pretender fijar

¹ Aunque se apunta al envejecimiento como principal factor del crecimiento del gasto sanitario, se trata de uno más que se une a otros, teniendo incluso una menor incidencia vid. Enrique Costas Lombardía, “Gasto sanitario: no es la vejez”, *El País*, 27 de octubre de 2009.

ahora una posición al respecto, resulta oportuno facilitar algunos datos para poder valorar la adecuación del nivel del gasto sanitario en nuestro país.

En primer lugar se debe tener en cuenta el volumen y estructura del gasto público en España con respecto que fue, en 2008 (Eurostat), de un total 41.1% del PIB (mientras que la media UE fue de 46,8%). Con respecto a su estructura, por lo que se refiere a los servicios públicos que nos interesan, a la asistencia sanitaria se dedicó un 6,1% del PIB (frente al 6,9% de la media UE), a la educación se dedicó un 4,5% del PIB (frente al 5,2% de la media UE) y a la protección social se dedicó un 13.9% del PIB (frente al 18,2% de la media de la UE). Por lo tanto, resulta evidente que nuestro gasto público en estos servicios esenciales y en sanidad en particular, se encuentra por debajo del resto de Estados miembros.

A partir de estos datos, se suele considerar que este gasto debe ponerse en relación con el nivel de desarrollo económico que tiene cada país, pues existe la extendida creencia de que un país debe gastar en sanidad, educación, etc. lo que le corresponde por el nivel de desarrollo económico que tiene. En estos términos, el gasto sanitario en el caso de España estaría por debajo de su nivel óptimo bajo este criterio ya que según datos de junio de 2010, el PIB per cápita de España se encuentra en un 103% de la media de la Unión². En todo caso, la correlación entre nivel de riqueza y gasto sanitario como criterio de determinación de su nivel es cuestionable, ya que éste depende de otras muchas variables como son las sociales y políticas³.

Análisis de la situación: presupuestos y gastos sanitarios

§ 3. Independientemente de que el nivel de gasto sanitario actual en España sea o no el adecuado, pa-

rece inevitable su contención o, incluso, reducción para garantizar la sostenibilidad del sistema sanitario público, siempre que se tengan por ciertas dos variables: la primera que no es posible un incremento de los ingresos con el que pueda afrontarse tal nivel de gasto, y, la segunda, que no existe voluntad política de alterar el actual reparto del gasto público.

Antes de entrar a considerar las medidas que pueden adoptarse para la contención y reducción del gasto sanitario en nuestro país resulta imprescindible entrar a analizar cuál sea su verdadero contenido y origen, para lo cual resulta oportunos algunos datos de nuestro Sistema Nacional de Salud (SNS), obtenido del último informe SNS España, 2010.

España contaba en 2008 con una población de 46.157.822 habitantes, con un reparto muy desigual en su territorio por cada Comunidad Autónoma. Esta población ha ido incrementándose en una media superior al medio millón de habitantes por año. El grueso de esta población se concentra en una franja de edad comprendida entre los 25 y los 50 años, lo apunta a un progresivo envejecimiento de la población con respecto a lo que debe tenerse en cuenta que España tiene la expectativa de vida más alta del mundo sólo detrás de Japón. El crecimiento de la población se debe a la población inmigrante que ha ido incrementándose a razón de un punto porcentual de la población por año hasta alcanzar un total de un 11,4% del total de la población.

En cuanto a los recursos y actividades del SNS, para la atención primaria contaba en 2008 con 2.914 centros de salud y 10.202 consultorios locales a los que se desplazan los profesionales del centro de salud de la zona con el fin de acercar los servicios básicos a la población. El número de unos y otros han permanecido estables entre 2006 y 2008.

De los 804 hospitales en funcionamiento en España, el SNS cuenta con 315 hospitales, dotados de 105.505 camas y con 4 hospitales del Ministerio de Defensa que aportan 995 camas más; existen otros 20 establecimientos hospitalarios patrimonio de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales con 1.468 camas; el resto, 465 hospitales tienen dependencia funcional privada y cuentan con 53.013 camas. Por finalidad asistencial, del total de 160.981 camas instaladas en los hospitales españoles, 131.445 están localizadas en 589 hospitales dedicados a la atención de patologías agudas, de las cuales el 72,9% están gestionadas por el SNS. El 37,2% de las 16.111 camas disponibles en hospitales dedicados a la atención psiquiátrica y el 35,1% de las 13.365 dedicadas a la atención geriátrica y larga estancia,

² Según estos datos, el PIB por habitante español se mantuvo por encima de la media de la Unión Europea en 2009. Con un 103% de la media europea (la misma cifra que en 2008, según los datos revisados), España sigue por delante de Italia, que también repite con su 102%, e incluso se acerca a Francia, que baja del 108% al 107% de la media.

³ En este sentido en el artículo de Vincenc Navarro, "Los determinantes del gasto público sanitario", Salud 2000, 10 de septiembre de 2010, se critica este planteamiento como parte de un "determinismo económico" señalando que ya no puede sostenerse que los sistemas basados en seguros sociales sean más eficientes e inviertan más que los sistemas nacional de salud, así como la imposibilidad de comparar dos países desde las simples cifras económicas sin tener en cuenta las circunstancias tecnológicas, sociales y políticas.

están gestionadas por el SNS. Tanto el número de hospitales como el número de camas ha permanecido prácticamente estable entre 2006 y 2008.

En cuanto al personal sanitario, En los centros asistenciales públicos dedicados a la atención primaria de salud trabajan 34.126 médicos (27.911 médicos de familia y 6.215 pediatras), 27.433 enfermeros y 21.606 personal no sanitario. La tasa de médicos del primer nivel asistencial por 10.000 habitantes es de 7,5.

En los hospitales y centros de especialidades del Sistema Nacional de Salud prestan servicio 69.742 facultativos, de ellos un 27,7% trabajan en Medicina interna y especialidades médicas, el 22,8% en los servicios centrales (análisis clínicos, microbiología, radiodiagnóstico...) y un 18,1% en cirugía y especialidades quirúrgicas. La tasa de médicos que trabajan en hospitales y centros de especialidades públicos es de 15,5 por 10.000 habitantes. En los hospitales públicos trabajan 116.058 enfermeros con una tasa de 25,9 por 10.000 habitantes.

En cuanto a los recursos económicos y el gasto del SNS, puede apreciarse que el presupuesto para sanidad ha ido en aumento para todas las instancias territoriales entre 2007 y 2009, en concreto en un 7,68% y un 3,8%. El reparto de estos presupuestos corresponde la práctica totalidad a las CCAA (58.960 millones de euros), mientras que el resto de entidades con presupuesto las encabeza la Administración General del Estado (4.685 millones de euros), las mutualidades administrativas (2060 millones de euros), la Seguridad Social (1824 millones de euros) y, por último, las entidades locales (1068 millones de euros).

El presupuesto para sanidad per cápita para las CCAA es fue en 2009 de 1.320 euros por persona, con una oscilación entre Baleares y Madrid (las menores con 1181 y 1182 euros) y Extremadura y País Vasco (las mayores con 1.658 y 1.675 euros). Su crecimiento entre 2007, 2008 y 2009 fue de un 5,6% y un 2,8%.

En cuanto al gasto sanitario ascendió en 2007 a un total de 88.828 millones de euros, de los cuales 63.768 millones correspondían al gasto sanitario público (un 71,8% del total) y 25.060 millones al gasto sanitario privado. Este gasto ha experimentado un crecimiento de un 10 y un 15% por ciento desde 2005, 1006 y 2007.

El gasto en sanidad per capita fue en 2007 de 1980 euros por habitante. Este gasto se ha incrementado entre 2005, 2006 y 2007 en un 8,4% y un 7,6%. Dentro de éste, el gasto público por habitante es de

1421 euros por habitante, mientras que el gasto privado es de 588.

Esto significa que, contrastando el presupuesto con el gasto sanitario, en el año 2007, el presupuesto sanitario total fue de 61.330 millones, mientras que el gasto sanitario público de ese año fue de 63.768 millones de euros, lo que supone un déficit de 2.438 millones de euros sólo para ese año. Este déficit está acumulándose cada año y, lo que es peor, incrementándose, porque el ritmo de incremento de los presupuestos sanitarios es de un 12,5%, mientras que los del gasto público es de un 20%, lo que significa que el déficit crece a un 7,5% por ciento.

De vuelta a los datos del gasto sanitario y considerando como porcentaje del PIB, el gasto sanitario total en España es de 8,5%. El gasto sanitario público representa el 6,1% del PIB y supone un gasto por habitante de 1.421€.

Desde una dimensión funcional del gasto sanitario público, los servicios hospitalarios y especializados con un 54,0% son los que representan un mayor porcentaje del mismo, seguidos por la prestación farmacéutica, 19,8% y los servicios de atención primaria de salud con 15,7%. Los servicios de salud pública con 1,4% del gasto, muestran un aparentemente pequeño peso relativo consecuencia de, además de la manera de definir y clasificar esta actividad en los sistemas contables, por el hecho de que las actividades de salud pública, prevención y promoción, se desarrollan básicamente a través de la red de Atención Primaria y no están contabilizadas de manera específica.

En cuanto a la clasificación económico-presupuestaria, sin incluir el gasto en cuidados de larga duración, la remuneración del personal es la partida con mayor peso en el gasto sanitario público con el 43,4%. La actividad concertada supone un 11,3% del mismo.

En particular, el gasto farmacéutico

§ 4. Dentro del gasto sanitario merece una singular atención la evolución experimentada por el gasto farmacéutico ya que es un claro ejemplo de que la aplicación de medidas de contención pueden llegar a resultar efectivas dando lugar a una progresiva reducción de su tasa de crecimiento.

En efecto, durante los últimos años, el gasto farmacéutico público ha crecido de forma regular en torno al 5%, sobre todo impulsado por el incremento en la demanda de recetas, mientras que el desembolso medio por prescripción ha servido para controlar la factura

final, ya que en los últimos años se ha mantenido estable, incluso en algunos ejercicios, como 2007 y 2009, ha llegado a registrar una evolución negativa.

Las previsiones para 2010 apuntaban a una desaceleración en el crecimiento del gasto público, debido, sobre todo, a la entrada en vigor de los dos Reales Decretos-Leyes aprobados en el primer semestre del año para recortar la factura sanitaria del Estado. Hasta mayo de este año, el crecimiento interanual de los últimos doce meses del gasto farmacéutico se situaba en un 4,86%, hasta los 12.721,8 millones de euros, según datos del Ministerio de Sanidad y Política Social.

El propio Ministerio hizo pública una nota el 22 de septiembre de 2010 en la que apuntaba a que el crecimiento interanual del gasto farmacéutico en el pasado mes de agosto fue del 2,27%. Esto supone un descenso de un 6,40% respecto a 2009, lo que refleja que continúa la tendencia descendente como fruto de las medidas adoptadas a través de los Reales Decretos-Leyes para reducir el gasto público en materia farmacéutica⁴.

En lo referente al gasto medio por receta, el dato del pasado mes de agosto reflejó un descenso del 8,52% respecto al mismo periodo del año anterior, lo que deja el crecimiento interanual del gasto medio por receta en un -1,87%. Por lo que respecta al número de recetas facturadas en agosto (72.408.275), el número ha crecido un 2,31% respecto al mismo periodo del año anterior, lo que sitúa el aumento interanual en el 4,21%. Por lo tanto se consumen menos medicamentos pero se gasta menos, lo que pone en evidencia que las medidas adoptadas se han dirigido sobre los beneficios de los profesionales privados involucrados en este sector.

2. ¿CUÁL ES EL ORIGEN DEL GASTO? (I): LAS PRESTACIONES SANITARIAS

El papel de la Unión Europea

§ 5. Una vez señalado el gasto sanitario como elemento clave para la sostenibilidad de nuestro sis-

tema sanitario, resulta oportuno preguntarse cómo contenerlo o reducirlo.

A este respecto la Unión Europea carece de capacidad de intervención a pesar de que la reforma del modelo social europeo ha sido una de las prioridades políticas para la Unión Europea, tanto en la pasada Estrategia de Lisboa (2000-2010)⁵ como en la futura Estrategia Europa 2020⁶. Precisamente en esta última, constituye uno de los ejes de las reformas apunta a un crecimiento integrador basado en una economía con un alto nivel de empleo que promueva la cohesión económica, social y territorial. Con este objetivo se propone (dentro de la iniciativa “Plataforma europea contra la pobreza”) que la Comisión se ocupe de evaluar la adecuación y viabilidad de los sistemas de protección social y de pensiones y estudiar los medios de garantizar un mejor acceso a los sistemas sanitarios, y que los Estados Miembros desplieguen completamente sus sistemas de seguridad social y de pensiones para asegurar un apoyo adecuado a las rentas y el acceso a la atención sanitaria.

Pero estos objetivos a medio-largo plazo deben ir precedido de la salida de la crisis, para lo que se plantea la necesidad una estrategia creíble, la reforma del sistema financiero, una mayor coordinación en el seno de la Unión Económica y Monetaria, y con un saneamiento inteligente de las finanzas públicas para un crecimiento a largo plazo. Para cumplir con este último objetivo se proponen unas importantes reformas estructurales, en especial de las pensiones, la atención sanitaria, la protección social y los sistemas educativos, que debe ser aprovechado por Administración Pública para aprovechar como oportunidad para incrementar la eficacia y calidad del servicio,

⁴ En general, todas las CCAA han reducido su gasto farmacéutico a excepción de tres: Murcia, donde se ha elevado un 2,75 por ciento; Galicia, con una subida del 1,96 por ciento, y País Vasco, con un 1,06 por ciento. Las que más ahorraron fueron Castilla y León, con una reducción del 18,43 por ciento; Canarias, que ha disminuido su factura en un 14,41 por ciento, y Melilla, que registró un descenso del 14,14 por ciento. El gasto medio por receta del pasado mes de agosto ha reflejado un descenso del 8,52 por ciento respecto al mismo periodo del año anterior, lo que ha hecho que el gasto medio por receta descendiera un 1,87 por ciento.

⁵ Mediante la que el Consejo Europeo celebrado en Lisboa en marzo de 2000 pretendía hacer de Europa la economía basada en el conocimiento más competitiva del mundo para el año 2010. Para ello se proponían una serie de reformas económicas (sociedad del conocimiento,) y sociales (Modernizar y reforzar el modelo social europeo). En su revisión intermedia en 2005, se apuntó la necesidad de profundizar en la reforma del modelo social europeo para lo que se proponía promover la integración social favoreciendo el trabajo, garantizando regímenes de pensión viables en una Europa envejecida y garantizando la estabilidad social.

⁶ Con esta Estrategia se plantea que la próxima década la Unión Europea debe llevar a cabo un crecimiento inteligente (desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación), un crecimiento sostenible (promoción de una economía que haga un uso más eficaz de los recursos, que sea más verde y competitiva) y un crecimiento integrador (fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial).

impulsando una política de contrataciones públicas más eficaz y de alcance europeo.

Por lo tanto, resulta evidente que desde la Unión Europea existe una profunda preocupación por estos servicios de solidaridad sostenidos a través de financiación pública, por lo que su intervención sobre los mismos promete ser cada vez más intensa.

Sin embargo, debe recordarse que la Unión Europea, a diferencia de lo que sucede con respecto otros servicios públicos de carácter económico⁷, en el caso de los denominados servicios no económicos o de solidaridad carece de competencias directas para intervenir sobre la existencia, organización y alcance de estos servicios públicos que son responsabilidad de cada uno de los Estados miembros⁸. Esto explica que desde las instancias de la Unión se hayan empleado mecanismos basados en la cooperación que no resultan vinculantes para los Estados (el método abierto de coordinación, los mecanismos de evaluación comparativa –*benchmarking*–, el uso de mejores prácticas, etc.). Sin embargo, al margen de estos mecanismos no vinculantes, desde la propia Unión se

está profundizando cada vez más en la aplicación del Derecho comunitario a estos servicios de forma externa sobre la base de títulos competenciales distintos –esencialmente el título sobre mercado interior–, condicionando así de forma indirecta la configuración que pueden llevar a cabo los Estados⁹.

Evolución del Sistema Nacional de Salud

§ 6. Una vez excluida la intervención de la Unión Europea sobre el gasto sanitario, la respuesta a la cuestión de su contención pasa por identificar el origen de dicho gasto, es decir, determinar cómo se genera el gasto sanitario. Una respuesta muy simplificada apunta a que dicho gasto se deriva de la provisión de los bienes y servicios sanitarios correspondientes para hacer efectivas las prestaciones sanitarias. Por lo tanto, podría pensarse que para disminuir el gasto sanitario sólo cabe reducir el contenido las prestaciones sanitarias, lo cual no es cierto, ya que es posible contener el gasto respetando los derechos de los ciudadanos optimizando su contenido y mediante una mayor eficiencia en su prestación que depure costes espurios.

Para analizar las medidas que se pueden adoptar sobre las prestaciones sanitarias resulta imprescindible analizar con carácter previo en qué consisten y cómo se delimita su contenido.

La naturaleza de las prestaciones sanitarias vienen determinadas por el sistema sanitario al que corresponden que es el SNS. Por lo tanto, las prestaciones sanitarias han experimentado la misma evolución que nuestro sistema público de salud y han pasado de ser unas prestaciones de la Seguridad Social, a ser prestaciones sanitarias del SNS.

En efecto, nuestro sistema sanitario ha sufrido unas profundas transformaciones que se pueden distinguir en dos etapas.

A) Una primera etapa en la que se habla de «prestaciones sanitarias de la Seguridad Social», que abarca desde sus orígenes hasta la plasmación del contenido de la Constitución sobre la sanidad en la norma

⁷ Desde la Unión Europea se ha llevado a cabo una adaptación del concepto de servicio público que tradicionalmente se identificaba con la prestación directa y/o en régimen de monopolio público de determinados servicios, empleándose ahora el concepto de “servicios de interés general”. Dentro de éstos se distinguen los servicios económicos de interés general, que quedan plenamente sometidos a las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y que, bajo este paradigma, han sido objeto de un proceso de liberalización a nivel sectorial (telecomunicaciones, electricidad, transportes, servicios sociales). Por otra parte, se distinguen los servicios no económicos de interés general que no quedarían, en principio, sujetos a las normas del TFUE, aunque deben su organización y desarrollo no puede ser contrario a su contenido (asistencia sanitaria, educación, Seguridad Social y servicios sociales).

⁸ El artículo 4.2 k del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece como competencia compartida que ejerce preferentemente la UE «los asuntos comunes de seguridad en materia de salud pública, en los aspectos definidos en el Tratado», lo que apunta a las cuestiones relativas a las medidas de policía sanitaria y no a la acción de los Estados de servicio público en este ámbito («la protección y mejora de la salud humana»), con respecto al que el artículo 6 a) TFUE sólo atribuye competencias complementarias a la Unión. Este reparto de competencia se refleja en el art. 168.7 TFUE que dispone que «la acción de la Unión en el ámbito de la salud pública respetará las responsabilidades de los Estados miembros por lo que respecta a la definición de su política de salud, así como a la organización y prestación de servicios sanitarios y atención médica. Las responsabilidades de los Estados miembros incluyen la gestión de los servicios de salud y de atención médica, así como la asignación de los recursos que se destinan a dichos servicios».

⁹ El Derecho de la Unión se proyecta, por una parte, por lo que se refiere a la organización y medios dispuestos para la prestación de estos servicios. Así ocurre, por ejemplo, con las formas de gestión indirecta de estos servicios públicos que quedan sometidos al cumplimiento de la normativa comunitaria sobre contratación pública, así como sobre ayudas de Estado.

Pero también se aplica el Derecho de la Unión desde la perspectiva de los beneficiarios y el disfrute de las prestaciones, como ha ocurrido, por ejemplo, con la propuesta de Directiva de asistencia sanitaria transfronteriza.

de cabecera del sector, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Si bien las prestaciones sanitarias traen causa de una originaria actividad asistencial o de beneficencia de los poderes públicos mediante la que suministraban atenciones sanitarias como mera liberalidad, el verdadero origen de estas prestaciones se encuentra en la creación de los sistemas de Seguridad Social en el siglo XIX y su desarrollo a lo largo del siglo XX: una vez superados los esquemas de la simple asistencia pública o beneficencia, la atención sanitaria se articuló a través de la técnica de los seguros sociales introducidos por BISMARCK, de modo que dio lugar a un sistema de protección social frente a las distintas contingencias (vejez, desempleo) y en particular frente a la enfermedad.

En nuestro país, la Ley del Seguro Obligatorio de Enfermedad de 1942 supuso la confirmación de las prestaciones sanitarias como prestaciones de la Seguridad Social dentro de un sistema de seguros de previsión dirigido a los trabajadores, que cuenta con sus propias estructuras organizativas (primero el Instituto Nacional de Previsión creado en 1908, que sería sustituido por el Insalud a partir de 1978) y que se basa en la cobertura de los riesgos sanitarios a través de una cuota vinculada al trabajo (cotización).

De este modo, originariamente, las prestaciones sanitarias se encontraban limitadas en cuanto a los sujetos, ya que requería la previa afiliación; en cuanto a su alcance, ya que se distinguía entre titulares y beneficiarios; y en cuanto a su financiación, que basaba en la contribución de los trabajadores. No obstante, el crecimiento económico y el consiguiente desarrollo social dieron lugar a que el sistema de Seguridad Social fuera asumiendo mayor número de patologías dentro de las prestaciones, así como incluyendo a mayor número de personas y colectivos dentro de su esquema de Seguro Sanitario¹⁰.

B) La Constitución Española de 1978 marca el cambio hacia la segunda etapa que se inicia formalmente con la aprobación de la LGS en 1986, a partir de la que se habla de «prestaciones sanitarias del SNS».

Se trata de una etapa en la que se produce un paulatino tránsito de las prestaciones sanitarias de un sistema de Seguridad Social a un SNS, y que experi-

menta su momento álgido a finales de 2001 con la culminación de las transferencias sanitarias a todas las CCAA¹¹ y con el nuevo sistema de financiación autonómico¹², que les permite desarrollar las prestaciones sanitarias a través de sus respectivos Servicios Autonómicos de Salud y financiarlas a través de recursos propios; así como con la extinción del Instituto Nacional de la Salud (Insalud)¹³, que había sido la entidad gestora de la Seguridad Social proveedora de las prestaciones sanitarias de la Seguridad Social para la mayoría de las CCAA durante más de dos décadas. Todos estos cambios motivaron la necesidad de un reajuste del sistema sanitario que tuvo lugar con la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (LCCSNS), que viene a completar y actualizar la LGS.

La configuración constitucional del derecho a la salud (art. 43 CE) y el reparto de competencias sobre éste (art. 149.1.16ª CE), de forma diferencial del derecho a la Seguridad Social y las competencias sobre ésta (art. 41 y art. 149.1.17ª CE), marca el inicio formal de la progresiva separación de las prestaciones sanitaria del sistema de Seguridad Social contributiva, y su consiguiente encaje en un sistema autónomo (el SNS) consistente en unas estructuras administrativas y una normativa, tanto a nivel estatal como autonómico, dispuestas para el cumplimiento del mandato constitucional de proveer las medidas preventivas y las prestaciones y servicios necesarios para garantizar la protección de la salud de los ciudadanos. Las diferencias con respecto al sistema de Seguridad Social son las siguientes:

1.- Si bajo la perspectiva de la Seguridad Social la cobertura se limita a los trabajadores afiliados (aunque se produjo un progresivo aumento del ámbito subjetivo), el nuevo SNS no condiciona la cobertura a la previa afiliación sino que tiende a ser universal (si bien no lo es inmediatamente sino que se hace de forma programada).

2.- Si bien el régimen de Seguridad Social tiene carácter contributivo, es decir, se financia mediante las cuotas de los afiliados, el SNS tiene una base económica presupuestaria, con lo que las prestacio-

¹¹ Mediante los Reales Decretos 1471/2001 a 1480/2001, de 27 de diciembre.

¹² Establecido por la Ley 21/2001, de 27 diciembre, que regula las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

¹³ Que pasa convertirse en el INGESA para Ceuta y Melilla mediante el Real Decreto 840/2002, de 2 agosto, que modifica y desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad y Consumo

¹⁰ Como puede comprobarse en las sucesivas normas generales de Seguridad Social: Ley de Bases de la Seguridad Social de 1966 y el subsiguiente Texto articulado de 1966 hasta el actual Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1974.

nes sanitarias se desvinculan definitivamente de las aportaciones que hagan los ciudadanos (situación que no existe desde el primer momento ya que hasta 1999 no se suprimen las cotizaciones sociales como fuente de financiación –que ya eran minoritarias desde 1989- y pasa a financiarse mediante los Presupuestos Generales¹⁴).

En todo caso deben tenerse en cuenta dos circunstancias en este tránsito del sistema de Seguridad Social al SNS. En primer lugar que no se produjo de manera inmediata sino a lo largo de un período que va desde la aprobación de la LGS en 1986 hasta 2001, y, en segundo, que la transición no se ha producido de manera completa y absoluta.

En efecto, las competencias en materia sanitarias no fueron asumidas de forma plena por todas las CCAA hasta la década de los años noventa. Esta ausencia de competencias por determinadas CCAA se manifestó en la imposibilidad de la creación de sus respectivos servicios de salud manteniéndose una situación de asimetría entre las siete CCAA del art. 151 CE (o de vía rápida) y asimiladas¹⁵, que gestionaban de modo completo los servicios de salud en sus respectivos territorios y las diez Comunidades, del art. 143 CE (o de vía lenta), que formaban el territorio Insalud. Tras esta etapa de convivencia de las estructura del SNS con las propias del sistema de Seguridad Social representadas por el Insalud, a finales de 2001 se hicieron los traspasos o transferencias de funciones y servicios y la financiación vinculada a las nuevas competencias. Con ello se alcanzó la composición del SNS prevista en el art 44 LGS lo define como el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

Pero, además, este tránsito de un sistema de Seguridad Social al SNS no se ha producido de forma absoluta ya que perviven las prestaciones y beneficiarios vinculados al régimen de Seguridad Social. Así,

en el caso de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales se incluyen prestaciones no incluidas en la cartera del SNS (por ejemplo, la cirugía estética reparadora) y, asimismo, existen amplios colectivos como son los funcionarios, jueces y fiscales y personal militar que se someten a un régimen de mutualismo (MUFACE, MUGEJU e ISFAS) diferenciado del SNS.

Características de las prestaciones sanitarias

§ 7. Nuestro régimen constitucional reconoce el derecho a protección de la salud (art. 43 CE), para lo que exige a los poderes públicos que desarrollen dos tipos de medidas sobre las actividades sanitarias: por una parte medidas para garantizar su seguridad y calidad (autorizaciones, etc.) y, por otra, medidas para garantizar su acceso (prestaciones sanitarias). Con respecto a esta última dimensión del derecho a la asistencia sanitaria, las prestaciones sanitarias presentan las siguientes características:

A) Configuración legal del contenido. La Constitución no reconoce un derecho a las prestaciones sanitarias, sino que en el propio art. 43.2 CE establece un mandato a los poderes públicos para que organicen y tutelen la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios que sean necesarios. Esto significa que el derecho a las prestaciones sanitarias o, en concreto, a la asistencia sanitaria, es un derecho de configuración legal. Por lo tanto, es el Estado el que establece el contenido básico de ese derecho a las prestaciones sanitarias y la CCAA quienes lo desarrollan conforme a lo dispuesto a nivel estatal.

B) Carácter integral de su contenido. Las prestaciones sanitarias, en cuanto se desarrollan en un sistema de previsión como es la Seguridad Social, tienen inicialmente una finalidad estrictamente protectora ante situaciones de enfermedad. Una vez que la LGS plantea la protección integral de la salud pública (art. 6 LGS), las prestaciones sanitarias van más allá de la simple respuesta ante situaciones de enfermedad, y pasan a ser concebidas como todas las actuaciones de los poderes públicos encaminadas a ayudar, asistir o contribuir a la consecución de una salud individual adecuada. En la actualidad se definen las prestaciones sanitarias del SNS como los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos (art. 7 LSNS). Por lo tanto, la prestación no se limita a la intervención de los poderes públicos con finalidad exclusivamente protectora ante situaciones de

¹⁴ La Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social establece el carácter no contributivo y universal (modificando el art. 86.2 LGSS) y se suprimen así las cotizaciones sociales como fuente de financiación de la asistencia sanitaria (que ya era minoritaria desde la Ley de Presupuesto Generales del Estado de 1989) y pasa a financiarse a cargo de los Presupuestos Generales en su totalidad a partir del año 1999.

¹⁵ Las CCAA que accedieron a la autonomía por la vía rápida, fuera de la Disposición transitoria 2ª CE (como País Vasco, Cataluña y Galicia), de la Disposición Transitoria 1ª CE (Navarra), o, posteriormente, por la vía del art. 151 CE (Andalucía), o extraestatutariamente a través del art. 150.2 CE (como Canarias y Comunidad Valenciana)

enfermedad (de asistencia sanitaria en sentido estricto) sino que incluye todo tipo de actuaciones (tanto de prevención de enfermedades, como de promoción de la salud y de rehabilitación y reinserción, además de las de protección frente a la enfermedad), destinadas a garantizar el derecho a la salud.

C) Limitación del contenido de las prestaciones sanitarias. Esta amplitud en el alcance material de las prestaciones sanitarias no significa la universalización de su contenido, ya que, si bien se parte de un reconocimiento genérico del derecho a las prestaciones sanitarias (arts. 2.2 y 10.14 LGS y art. 3 LSNS) éste se somete a una posterior delimitación, a lo que la LGS y la LSNS dedican gran parte de su articulado a ello, estos es, a ordenar las prestaciones. Así, los principales mecanismos de delimitación positiva del contenido del derecho a las prestaciones sanitarias son el catálogo de prestaciones y las carteras de servicios.

D) Limitación de los sujetos con derecho a las prestaciones sanitarias. Si bien en la LGS se parte de la universalización en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria, su Disposición transitoria quinta establece que la extensión de dicha asistencia se efectuará de forma progresiva¹⁶. Por lo tanto, se mantienen una serie de limitaciones en el ámbito subjetivo de las prestaciones sanitarias que se conservan en el art. 3 LCCSNS, en cuanto se reconoce como titulares de los derechos a la protección de la salud y a la atención sanitaria a todos los españoles y se limita a los extranjeros, distinguiendo entre nacionales de Estados miembros de la UE y nacionales de Estados que no pertenecen a la UE legalmente residentes en España. Con respecto a los extranjeros no comunitarios en situación irregular, el derecho a la asistencia sanitaria se limita a los menores, embarazadas, situaciones de urgencia (art. 12 Ley 4/2000, de 11 de enero, de derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social). En ejercicio de sus competencias de desarrollo algunas CCAA (Navarra) han extendido de forma general y universal este derecho en sus respectivos Sistemas autonómicos de salud.

E) Limitación de la duración de las prestaciones sanitarias. En cuanto a su dimensión temporal, las prestaciones sanitarias deben tener una duración ajus-

tada. No se establecen duraciones determinadas de las prestaciones sanitarias, lo que no significa que la duración de las mismas sea indeterminada sino, más bien, incierta. El tiempo de duración debe ser el adecuado, lo que exige un equilibrio entre la realización del derecho a la prestación y la racionalización del sistema. En este sentido se prevé en las prestaciones de atención sociocomunitaria una adaptación a este problema de la tensión entre duración y limitación de recursos en el caso de enfermos crónicos o de larga duración.

F) Garantías de las prestaciones sanitarias del SNS

1.- Garantía de accesibilidad. El art. 23 LSNS reconoce a todos los usuarios del SNS el acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva. Esta garantía se concreta en el derecho reconocido a los todos ciudadanos que se encuentren desplazados, sea de su Comunidad Autónoma de origen o de su país de origen (siempre que se den los requisitos legalmente establecidos), a recibir, por parte del servicio de salud de la Comunidad Autónoma en la que se encuentre, la asistencia sanitaria del catálogo de prestaciones sanitarias del SNS que pudiera requerir, en las mismas condiciones e idénticas garantías que los ciudadanos residentes.

2.- Garantía de movilidad. El art. 24 LSNS establece la garantía de acceso a las prestaciones reconocidas en la LSNS con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del SNS, atendiendo especialmente a las singularidades de los territorios insulares, de manera que esta circunstancia geográfica no suponga una merma de los derechos de sus ciudadanos; a lo que se añade la garantía de acceso a aquellos servicios que sean considerados como servicios de referencia, que son aquellos para la atención de aquellas patologías que precisen para su atención una concentración de los recursos diagnósticos y terapéuticos a fin de garantizar la calidad, la seguridad y la eficiencia asistenciales.

3.- Garantía de tiempo. Esta garantía no consiste en un tiempo exacto para el acceso a la prestación por parte del usuario sino en la fijación de tiempo máximos dentro de los cuales se debe hacer efectivo dicho acceso, siempre que no se trate de intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización dependerá de la disponibilidad de órganos, así como de la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe. Este derecho de todos los ciudadanos a recibir asistencia sanitaria en su Comunidad Autónoma de residencia en un tiempo máximo exige

¹⁶ Por ello, el art. 3.2 LGS se limita a prever una extensión programada a toda la población española de la asistencia sanitaria, lo cual no supone el reconocimiento de un derecho sino el establecimiento de un objetivo; lo que se reafirma al señalar el art. 46 a) LGS, como característica fundamental del SNS, la extensión de sus servicios a toda la población.

una garantía de dicho tiempo tanto a nivel estatal como autonómico. Son las CCAA las que definen los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco.

4.- Garantía de información. Los servicios de salud deben informar a los ciudadanos de sus derechos y deberes, de las prestaciones y de la cartera de servicios del SNS, de los requisitos necesarios para el acceso a éstos y de los restantes derechos recogidos en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, así como de los derechos y obligaciones establecidos en las correspondientes normas autonómicas. El Registro general de centros, establecimientos y servicios sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, de carácter público, permite a los usuarios conocer los centros, establecimientos y servicios, de cualquier titularidad, autorizados por las CCAA.

5.- Garantía de seguridad. La garantía de seguridad que se establece el art. 27 LSNS se estructura en seguridad y calidad en la autorización por parte de las CCAA de la apertura y puesta en funcionamiento en su respectivo ámbito territorial de centros, servicios y establecimientos sanitarios; b) seguridad en el contenido de los tratamientos; c) seguridad en el acceso al tratamiento especializado, a través de los servicios de referencia.

6.- Garantía de calidad. El art. 28 LSNS se dedica a la garantía de calidad y a los servicios de referencia, y resulta aplicables a todos los centros, públicos y privados, independientemente de la financiación de las prestaciones que estén ofreciendo en cada momento, siendo responsabilidad de las Administraciones públicas sanitarias, para los centros de su ámbito, velar por su cumplimiento (art. 29 LSNS).

Catálogo de prestaciones y carteras de servicios del SNS

§ 8. En cuanto el derecho a las prestaciones sanitarias es un derecho de configuración legal, el contenido del derecho a las prestaciones sanitarias se determinará conforme al esquema general del reparto de competencias entre Estado y CCAA en materia de sanidad. Por lo tanto, corresponde al Estado establece el contenido básico de las prestaciones sanitarias en ejercicio de sus competencias sobre las bases y coordinación de la sanidad (art. 149.1.16ª CE) que, en este punto, se ven respaldadas por el título competencial transversal contenido en el art. 149.1.1ª CE que

le reconoce competencia para establecer las condiciones que aseguren la igualdad de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos (art. 149.1.1 CE).

Esta articulación de competencias en torno a la determinación del contenido de las prestaciones sanitarias fue muy discutida –por sostenerse hasta el último momento la competencia estatal exclusiva basada en el título competencia de Seguridad Social– hasta la aprobación de la LCCSNS. En ésta se dispone un mecanismo de delimitación del contenido de las prestaciones sanitarias que pretende racionalizar el ejercicio de las funciones legislativas de desarrollo asumidas por todas las CCAA, distinguiendo entre el catálogo del SNS en el que figuran las prestaciones sanitarias que tendría un contenido básico e indisponible para las CCAA, y las carteras de servicios, en las que se hacen efectivas las prestaciones contenidas en el catálogo, y que están pensadas y diseñadas para permitir el ejercicio de competencias tanto por parte del Estado como de las CCAA.

Las prestaciones de atención sanitaria del SNS son los servicios o conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores y de promoción y mantenimiento de la salud dirigidos a los ciudadanos (art. 7.1 LSNS). A partir de una definición de las prestaciones sanitarias que sería omnicomprensiva de todos los tratamientos relativos a la salud existentes, la LCSNS delimita aquellos que van a recibir la cobertura pública que serán, precisamente, los que se incluyan en el catálogo de prestaciones del SNS a través e las carteras de servicios.

El art. 7 LSNS define al catálogo de prestaciones del SNS como un mecanismo para garantizar las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención¹⁷. Este catálogo viene determinado por la propia

¹⁷ La LSNS introduce las siguientes novedades en la ordenación de las prestaciones sanitarias: en primer lugar, eleva su ordenación a norma con rango de ley dicho catálogo; en segundo lugar, incrementa su contenido al incorporar nuevas prestaciones (Prestación de Salud Pública, Prestación Socio-sanitaria); en tercero, sistematiza su contenido, en cuanto establece como garantías lo que anteriormente se encontraba reconocido como prestaciones (prestación de información y documentación sanitaria); en cuarto, racionaliza la anterior ordenación de las prestaciones en cuanto idea el mecanismo del juego entre catálogo y cartera de servicios que sirve para mejorar la concreción del contenido de las prestaciones sanitarias así como para ordenar el desarrollo por parte de las CCAA; por último, establece un mecanismo que permite mantener en todo momento un contenido equilibrado del catálogo de prestaciones en cuanto se prevé mecanismo para la actualización de la cartera de servicios limitando mediante fuertes

LCCSNS (art. 11 a 19 LCCSNS) e incluye las prestaciones de salud pública, de atención primaria, de atención especializada, de atención sociosanitaria, de atención de urgencias, farmacéuticas, ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

Por otra parte, las carteras de servicios del SNS concreta y especifican las prestaciones sanitarias, en el sentido del art. 8 LSNS que afirma que las carteras de servicios son las que hacen efectivo el Catálogo de Prestaciones Sanitarias del SNS en cuanto son el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos (entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica -art. 20 LSNS-) en las que se concretan las prestaciones incluidas en el catálogo.

El contenido de la cartera de servicios del SNS es la garantía de realización efectiva de las prestaciones dispuestas en el catálogo de prestaciones del SNS, por lo que es contenido básico indisponible para las CCAA, que pueden aprobar sus propias carteras de servicios pero con el contenido mínimo de aquella (art. 20 LSNS). Se determinó mediante Real Decreto 1030/2006, aprobado previo acuerdo del Consejo Interterritorial, y teniendo en cuenta la eficacia, eficiencia, efectividad, seguridad y utilidad terapéuticas, así como las ventajas y alternativas asistenciales, el cuidado de grupos menos protegidos o de riesgo y las necesidades sociales, y su impacto económico y organizativo; asimismo no se podían incluir aquellas técnicas, tecnologías y procedimientos cuya contribución eficaz a la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y curación de las enfermedades, conservación o mejora de la esperanza de vida, autonomía y eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento no esté suficientemente probada.

Una vez fijada la cartera de servicios comunes del SNS fijada por el Real Decreto 1030/2006, ésta puede ser actualizada mediante orden del Ministro de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del SNS conforme a lo previsto desarrollado en este mismo reglamento (art. 21 LCCSNS). Las nuevas técnicas, tecnologías o procedimientos deben someterse a evaluación por la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III, en colaboración con otros órganos evaluadores de las CCAA.

Para la inclusión deben cumplirse todos los requisitos siguientes: a) Contribuir de forma eficaz a la

prevención, al diagnóstico o al tratamiento de enfermedades, a la conservación o mejora de la esperanza de vida, al autovalimiento o a la eliminación o disminución del dolor y el sufrimiento; b) aportar una mejora, en términos de seguridad, eficacia, efectividad, eficiencia o utilidad demostrada respecto a otras alternativas facilitadas actualmente; c) Cumplir las exigencias que establezca la legislación vigente, en el caso de que incluyan la utilización de medicamentos o productos sanitarios. En el proceso de actualización se puede llevar a cabo la exclusión de una técnica, tecnología o procedimiento siempre que se den algunas de las siguientes circunstancias: a) evidenciarse su falta de eficacia, efectividad o eficiencia, o que el balance entre beneficio y riesgo sea significativamente desfavorable; b) haber perdido su interés sanitario como consecuencia del desarrollo tecnológico y científico; c) dejar de cumplir los requisitos establecidos por la legislación vigente.

Por último debe tenerse en cuenta otra modalidad de actualización de la Cartera del SNS mediante el uso tutelado con el que se pretende establecer el grado de seguridad, eficacia, efectividad o eficiencia de la técnica, tecnología o procedimiento antes de decidir sobre la conveniencia o necesidad de su inclusión efectiva en la cartera de servicios. Este debe ser autorizado por el Ministerio de Sanidad previo Acuerdo del Consejo Interterritorial del SNS, y su desarrollo debe responder a un diseño de investigación, por períodos de tiempo limitados, en centros expresamente autorizados, y de acuerdo con protocolos específicos destinados a garantizar su seguridad, el respeto a la bioética y el logro de resultados relevantes para el conocimiento. La financiación del uso tutelado correrá a cargo del Fondo de Cohesión del SNS.

3. ¿CUÁL ES EL ORIGEN DEL GASTO? (II): EN PARTICULAR, LAS PRESTACIONES FARMACÉUTICAS

Régimen específico de la prestación farmacéutica

§ 9. Los medicamentos forman parte de las prestaciones sanitarias si bien, las particularidades que presentan han motivado una ordenación propia y específica dentro del marco de los establecido por la LGS y la LCCSNS.

El régimen jurídico de los medicamentos se contiene en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitario, que incluye tanto medidas dirigidas a garantizar la seguridad y calidad de los medicamentos como

exigencias la inclusión de nuevos servicios y previendo la posibilidad de excluir algunos de los existentes.

medidas para garantizar el acceso a los medicamentos en condiciones de igualdad y asequibilidad como parte de las prestaciones del SNS.

Desde esta segunda dimensión, debe tenerse en cuenta que las prestaciones farmacéuticas forman parte de las prestaciones sanitarias. Desde un primer momento se incluyó entre las prestaciones del SNS (art. 10 LGS), y en la actualidad forma parte del Catálogo de prestaciones sanitarias establecido por la LCCSNS. Dentro de éste se define la prestación sanitaria como los medicamentos y productos sanitarios y el conjunto de actuaciones encaminadas a que los pacientes los reciban de forma adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis precisas según sus requerimientos individuales, durante el período de tiempo adecuado y al menor coste posible para ellos y para la comunidad (art. 16 LCCSNS).

En la cartera de servicios comunes del SNS también se concreta a grandes rasgos su contenido, ya que éstas misma remite a su normativa específica establecida en la LGURM para determinar el contenido exacto de dicha prestación.

En efecto, el Anexo V del Real Decreto 1030/2006 se dedica a la cartera de servicios de la prestación farmacéutica en la que se distinguen dos supuestos esenciales en función de que corresponda a pacientes de tratamiento ambulatorio u hospitalizado.

A) En el caso de los primeros, la cartera de servicios de la prestación farmacéutica se compone de los medicamentos autorizados para los que se resuelva su financiación y condiciones de dispensación en el SNS, lo cual nos remite al régimen establecido en la LGURM. Además, también incluye los productos sanitario (efectos y accesorios con marcado CE) para los que se resuelva financiación y condiciones de dispensación en el SNS. Por lo demás se incluyen igualmente las fórmulas magistrales y los preparados oficinales elaborados por las oficinas de farmacia, en las condiciones pactadas en los conciertos con oficinas farmacias; así como las vacunas individualizadas antialérgicas y las vacunas individualizadas bacterianas, preparadas y de prescritas individualizadamente.

Quedan excluidos en todo caso los productos de utilización cosmética, dietéticos, aguas minerales, elixires, dentífricos y otros productos similares; los medicamentos calificados como publicitarios; los medicamentos adscritos a grupos o subgrupos terapéuticos excluidos de la financiación; los medicamentos homeopáticos; los efectos y accesorios de los que se realice publicidad al público en general

B) La cartera de servicios de las prestaciones farmacéutica de los pacientes hospitalizados es más amplia y supone un importante porcentaje del gasto farmacéutico. En concreto se cifra en torno al 30% del total del gasto farmacéutico y presenta un crecimiento mucho mayor ya que, mientras el gasto generado por los fármacos con receta crecen a un ritmo aproximado del 4,5% interanual, el de los medicamentos hospitalarios se estima que lo hace en una horquilla de entre el 10 y el 15%.

Resulta paradójico que, a pesar de su importancia, la prestación farmacéutica hospitalaria se encuentre escasamente regulada. En concreto, en el Anexo III del Real Decreto 1030/2006 sólo se indica que comprende los productos farmacéuticos que necesiten los pacientes conforme se recoge en el anexo III correspondiente a la cartera de servicios comunes de atención especializada (en hospital de día o régimen de internamiento). Por lo tanto, abarca toda la medicación, gases medicinales, transfusiones, curas, material fungible y otros productos sanitarios que sean precisos. Por lo tanto no dependen de la decisión de financiación, por lo que pueden prescribirse medicamentos no financiados, así como publicitarios, u otros excluidos. Asimismo no existen aportaciones o copago por lo que la prestación es completamente gratuita ya que es plenamente financiada por el SNS.

A partir de este contenido básico de la prestaciones farmacéutica se comprenderá que el margen para el desarrollo por parte de las CCAA es mínimo. En efecto, a pesar de que el juego competencial es exactamente el mismo que para el resto de las prestaciones sanitarias –por referirse el título sobre “legislación farmacéutica” del artículo 149.1.16ª CE a la dimensión de seguridad y calidad en los medicamentos–, el enorme alcance del contenido fijado por el Estado hace que las CCAA encuentren escaso espacio para el desarrollo. Sin embargo, éste se ha dado como ha ocurrido con el llamado “contramedicamento” mediante el que Andalucía o Navarra hicieron frente a la exclusión de la financiación pública de determinados medicamentos mediante los Reales Decretos 83/1993 y 1663/1998, que fueron cubiertos por estas CCAA asumiendo su financiación. También las CCAA han intervenido externamente sobre los precios de referencia – Ley del Parlamento de Canarias 5/1996, de 27 de diciembre, de presupuestos generales de la Comunidad para 1997, que motivó una sentencia del Tribunal Constitucional– y a través de otras medidas mediante las que indirectamente inciden sobre el acceso a esta prestación como son los visados.

Particularidades de la prestación farmacéutica

§ 10. La prestación farmacéutica depende de la existencia de un mercado, lo que supone una excepción dentro de las prestaciones sanitarias del SNS. A diferencia del resto se fundamenta esencialmente en la entrega de un bien, como son los medicamentos, que incorpora un valor añadido que las estructuras públicas proveedoras de servicios sanitarios no están en condiciones de aportar de forma generalizada. El resto de las prestaciones no son si no servicios especializados prestados, por lo general, directamente desde los servicios públicos de salud integrados en el SNS. El valor adicional que incorporan los medicamentos proviene principalmente de la investigación y el desarrollo que son necesarios para su producción, a lo que se añaden determinadas capacidades y condiciones necesarias para su distribución y puesta a disposición. Los recursos necesarios para aportar este valor adicional exceden de la capacidad de las estructuras públicas por lo que es proporcionado por sujetos privados que actúan como operadores económicos en un mercado con unas características artificiales sobre las que se debe reparar para poder comprender la configuración de la prestación farmacéutica en toda su complejidad.

Por lo tanto, si bien las demás prestaciones sanitarias tienen un fundamento estrictamente público en tanto son provistas directamente desde las estructuras del SNS –sin perjuicio de que pueda existir una provisión privada de servicios sanitario que concurre con la provisión pública (no compite por lo que no se puede afirmar que exista un verdadero mercado sanitario)–, en el caso de las prestaciones farmacéuticas se fundamentan en la actividad estrictamente privada de quienes los producen, los distribuyen y los dispensan que se comportan como operadores económicos en un mercado intensamente intervenido en el que su retribución procede esencialmente de la financiación pública. Esta es la diferencia esencial, en un caso el SNS “presta” los servicios sanitarios mientras que en el otro “paga” unos medicamentos derivados de un mercado ya que no está en condiciones ni de producirlos ni comercializarlos.

En todo caso el mercado de los medicamentos presenta una configuración artificial que se deriva de la intervención pública dirigida a garantizar la prestación farmacéutica, lo que no le hace perder su esencia como tal mercado aunque modula profundamente sus características. Entre sus particularidades se puede apreciar que se trata de un mercado en el que la demanda no la genera de forma exclusiva el paciente como destinatario final o consumidor del medica-

mentos sino que entremedias se interpone el criterio del médico prescriptor. Asimismo el coste económico tampoco no lo soporta el paciente como consumidor de los medicamentos sino que se traslada ya sea, en todo o en parte, al SNS que es el que adquiere o financia los medicamentos lo que genera una situación de monopsonio (casi total) del SNS.

Mecanismos para la delimitación del contenido de la prestación farmacéutica

§ 11. La intervención pública que genera estas particularidades en el sector farmacéutico se concreta en numerosas medidas que pueden sistematizarse atendiendo a la finalidad a la que responden. Debe tenerse en cuenta que se trata aquí única y exclusivamente de medidas dirigidas a garantizar la prestación farmacéutica, por lo tanto quedan al margen todas las medidas dispuestas para garantizar su seguridad y calidad. Asimismo conviene aclarar que no todas las disposiciones relativas a la prestación farmacéutica son medidas de uso racional –como se deducía de la anterior Ley del Medicamento de 1990– sino que por su finalidad pueden estructurarse de forma más compleja y elaborada conforme al siguiente esquema:

A) Medidas de determinación del contenido de la prestación farmacéutica (gasto racional). Se trata de medidas mediante las que la Administración sanitaria establece el alcance de la prestación farmacéutica en cada momento. Se procura así un gasto racional en la financiación pública de medicamentos de modo que se garantice la máxima cobertura posible con los recursos disponibles. Son medidas que, desde la perspectiva del mercado de los medicamentos, afectan al lado de la oferta y que se concretan de la siguiente forma:

1.- Financiación selectiva, en la que se incluyen los mecanismos que determinan con carácter general el contenido de la prestación farmacéutica al decidir con respecto a los medicamentos autorizados y registrados, si van a ser sometidos o no a la financiación pública. Al margen de la decisión individualizada sobre la financiación de los nuevos medicamentos (art. 89.1 LGURM), interesa señalar aquí otras medidas de financiación selectiva que han venido siendo empleadas de forma extraordinaria como instrumentos para contener el gasto farmacéutico como son las lista negativas (art. 89.2 LGUR) mediante las que se han dejado fuera de la financiación pública medicamentos incluidos en la prestación farmacéutica.

2.- Copago, que consiste en una aportación que deben satisfacer determinados colectivos a los que no alcanza por entero la financiación pública de la prestación farmacéutica. Esta medida se encuentra vinculada a la determinación del contenido de la prestación farmacéutica porque constituye el límite hasta el que está dispuesto alcanzar la financiación pública, correspondiendo el resto a la paciente.

B) Medidas complementarias que garantizan la sostenibilidad de la prestación farmacéutica y su evolución (beneficio racional). Las peculiaridades del mercado de los medicamentos señaladas con anterioridad, exigen una intervención sobre algunos de sus elementos esenciales –precio, márgenes comerciales– para garantizar su funcionamiento como tal y, asimismo, la sostenibilidad y evolución de la prestación farmacéutica. Se trata de medidas que se aplican sobre las ganancias de los actores del mercado (laboratorios, almacenes y oficinas de farmacia) para asegurar un equilibrio que no podría alcanzarse de forma natural a través de la acción del propio mercado. Se procura así que los beneficios privados no sean artificialmente desmedidos por la financiación pública de los medicamentos ni tampoco que sean insuficientes en la medida que afectaría a la continuidad de su actividad y, en particular, al desarrollo de la investigación en el caso de los laboratorios. Se pretende de este modo garantizar no sólo la sostenibilidad de la prestación farmacéutica sino también su evolución o progreso a través de la investigación. Las medidas públicas dispuestas con esta finalidad se aplican igualmente en el lado de la oferta de medicamentos.

1.- Intervención sobre los beneficios de los laboratorios. Se desarrolla esencialmente a través de la intervención del precio de venta de los laboratorios en el caso de los medicamentos sometidos a financiación pública. Este precio industrial se fija con carácter máximo mediante un cálculo que ajusta los costes de capital (art. 90. LGURM). Por otra parte los fabricantes (junto a los importadores) se encuentran obligados a realizar aportaciones directas que suponen una entrega de parte de sus beneficios, calculados sobre la base de unos porcentajes en función de volumen de ventas al SNS (disposición final sexta LGURM) que se encuentran afectadas a la financiación de la investigación.

2.- Intervención sobre los beneficios de los almacenistas. En el caso de los medicamentos financiados se establecen unos márgenes comerciales prefijados que retribuyen la actividad de distribución (art. 90.1 y disposición adicional octava LGURM y Real Decreto 823/2008).

3.- Intervención sobre los beneficios de las oficinas de farmacia. En este caso la intervención se ejerce a través de un doble mecanismo (art. 90.1 y disposición adicional octava LGURM y Real Decreto 823/2008): por una parte se fijan los márgenes comerciales de los distribuidores en el caso de los medicamentos financiados como el caso de la distribución; pero además, por otro lado, se establecen deducciones (es decir, un descuento o rebaja) sobre la factura mensual que cada oficina de farmacia presenta por las recetas de medicamentos dispensados con cargo al SNS.

C) Medidas para asegurar que el consumo de medicamentos se ajusta a las necesidades de los pacientes (uso racional). Se trata de medidas dirigidas a los profesionales sanitarios prescriptores ya que son los que modulan la necesidad de medicamentos por los pacientes a quienes se los prescriben. Son, por lo tanto, medidas que afectan a la demanda de medicamentos.

1.- El sistema de precios de referencia. Se trata de un complejo mecanismo previsto en el artículo 93 LGURM por el que se establecen unos límites en la financiación pública de determinados medicamentos para provocar la opción por aquellos de menor precio y, preferiblemente, por medicamentos genéricos. Se condiciona así tanto la prescripción como la dispensación incentivando así el consumo de aquellos medicamentos que siendo idénticos desde un punto de vista sanitario, representan un menor coste para el Sistema público que los financia.

2.- Medidas sobre la prescripción. Se trata de medidas específicamente dirigidas sobre la actuación prescriptora de los profesionales sanitarios que se han venido adoptando especialmente a nivel autonómico en cada uno de los distintos Servicios de Salud: listas terapéuticas, visados, etc.

4. ¿QUIÉN ASUME EL GASTO?: LA FINANCIACIÓN SANITARIA

El sistema de financiación autonómica de 2001

§ 12. La supresión de las cotizaciones sociales como fuente de financiación de la asistencia sanitaria a partir de 1999 y su cargo a los Presupuestos Generales significó la culminación de un cambio sustancial pero progresivo en la financiación del Sistema Sanitario. A pesar de este cambio, la financiación de la sanidad se mantuvo separada del sistema de financiación autonómica general, y se llevaba a cabo a través de una partida presupuestaria especial de la

Seguridad Social, regida bajo el principio de Caja Única.

Con el sistema de financiación autonómica de 2001 (Ley 21/2001, de 27 diciembre, que regula las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía), la asistencia sanitaria pasó a financiarse mediante el sistema general de la financiación autonómica junto al resto de partidas presupuestarias. Este sistema de financiación autonómica general (incluida la sanidad) ha estado hasta el 1 de enero de 2009 y sus líneas maestras apuntaban a introducir el principio de corresponsabilidad fiscal (quien hace el gasto debe ser responsable del esfuerzo recaudatorio para recabar los fondos que se gastan, so pena de que se descontrole el gasto efectuado si el esfuerzo recaudatorio lo realiza una instancia diferente), y el principio de suficiencia financiera (se asegura la financiación de las prestaciones y de las garantías que establece el legislador estatal) a través del principio de afectación (ya que se exige que las CCAA destinen determinados recursos a la sanidad). Sin embargo sus carácter reales han sido otras¹⁸.

A) No se trata de una financiación finalista. En efecto, este sistema de financiación integrado de manera indiferenciada en el sistema de financiación autonómica general, no cuenta con ingresos fiscales finalistas, ni adscripción del conjunto o parte de los fondos recibidos a ninguna finalidad concreta. Con el conjunto de los ingresos de cada Comunidad se constituye un fondo común, de cuya distribución, salvo algunas garantías iniciales de adscripción de determinadas cantidades a ciertas finalidades, entre ellas la sanitaria (a ésta por un período de tres años que acabó en 2005), es responsable únicamente cada Administración autonómica.

Incluso en esos casos de garantías teóricas de adscripción de cantidades “mínimas” a ciertos fines no hay ningún mecanismo efectivo de control externo a cada comunidad autónoma del uso de ciertos fondos con los fines previstos, ni siquiera durante el período para el que se establecieron esas garantías nominales de dedicación.

B) El método de cálculo de la financiación de cada Comunidad pasa por la determinación, por una parte, de sus “necesidades” de financiación y, de otra, por la atribución de unos ingresos tributarios, basa-

dos en impuestos propios y cedidos. Para resolver las diferencias entre necesidades e ingresos funciona un Fondo de Suficiencia financiado por el Estado con sus propios fondos, y con los de aquellas CCAA en los que sus ingresos sean superiores a sus necesidades de financiación.

El cálculo de las necesidades se basa en tres bloques de competencias o servicios:

a) uno general, con distintos coeficientes de cálculo, del que el más importante es la población, pero también se tienen en cuenta la superficie, la dispersión, la insularidad o la renta;

b) uno sanitario, en cuyo cálculo se aplican tres coeficientes: la población “protegida” (la del padrón de cada CA, de la que se resta la población protegida por MUFACE, MUGEJU e ISFAS en cada territorio), que supone el 74,5% del cálculo; la población mayor de 65 años en el mismo territorio, que supone el 24,5%, y la insularidad (sólo Baleares y Canarias), que supone el 0,5%;

c) uno de servicios sociales, cuya base de cálculo es la población mayor de 65 años en cada Comunidad.

Con la suma de las cantidades de financiación proporcionales correspondientes a cada Comunidad por cada uno de esos bloques se establecen las necesidades globales de financiación de cada una de ellas. Sin embargo, conforme al criterio no finalista señalado en el apartado anterior, las “necesidades” sanitarias así determinadas no significan que esa cantidad se destine a fines sanitarios por cada Comunidad. Por el contrario, el conjunto de las cantidades que recibe cada una de ellas constituye un fondo común, que se distribuye entre los distintos servicios conforme a su propio criterio.

C) Por lo que respecta a la atribución de ingresos correspondientes a esas necesidades debe tenerse en cuenta que los ingresos autonómicos estaban constituidos por sus impuestos propios y, de manera mayoritaria, impuestos cedidos, esto es, por porcentajes diferentes de una “cesta” de impuestos (IRPF, IVA, impuestos especiales) recaudados en su mayoría por el Estado en el territorio de cada Comunidad, distribuidos también en su mayor parte (98%) a cada una de ellas mediante adelantos mensuales con arreglo a las previsiones recaudatorias correspondientes a cada Administración.

La idea inicial era introducir un régimen de corresponsabilidad fiscal. No obstante, pese a la adscripción de esos impuestos a su financiación general, la mayoría de ellos escapa a la capacidad real de in-

¹⁸ Javier Rey del Castillo: «El sistema de financiación sanitaria actual y las perspectivas de su modificación (I)», *Revisita de Administración Sanitaria*, 2009.

intervención de las propias administraciones autonómicas, que carecen de capacidad normativa sobre la mayoría de ellos, así como de intervención en la propia recaudación. Esta situación pone en cuestión la existencia de mecanismos reales de “corresponsabilidad fiscal” (Sevilla Segura, 2005), que fue la razón principal por la que se justificó la implantación del nuevo sistema de financiación.

El sistema de “corresponsabilidad fiscal” debería suponer también que los incrementos de gasto por parte de las comunidades autónomas que estén por encima de la financiación recibida acordada debieran ser atendidos con cargo a su propia responsabilidad, bien sea por la mejora de la actividad recaudatoria de los tributos recaudados en su propio territorio, o por el establecimiento de recargos tributarios propios sobre los impuestos cedidos total o parcialmente, dos campos en los que la capacidad de las CCAA, como se ha indicado en el apartado anterior, es casi inexistente. A su vez, el margen de incremento de los ingresos por la mejora de la capacidad recaudatoria de los tributos propios, en relación con el volumen de éstos, parece escaso.

D) La cuestión principal que se plantea desde el punto de vista de la equidad, la corresponsabilidad fiscal y el incremento del gasto sanitario es la diferente capacidad recaudatoria de las CCAA por cada uno de los impuestos que forman parte del sistema de financiación: existen diferencias muy significativas entre los porcentajes poblacionales de cada una de las CCAA y la participación de la recaudación en cada una de ellas por IRPF, IVA e impuestos especiales. Las diferencias son especialmente significativas en el caso de los impuestos especiales, en los que, por citar un ejemplo, en 2003 la recaudación se concentró en una proporción superior al 90% entre Madrid (87,30%) y Cataluña (5,91%). De resultados de esa diferente capacidad recaudatoria de cada territorio, cada CA tiene un grado distinto de dependencia del Fondo de Suficiencia. Sólo Baleares, Madrid y Cataluña tienen “superavit” con los impuestos que se recaudan en su territorio, por lo que deben aportar al Fondo de Suficiencia en vez de recibir de éste. El resto de CCAA reciben cantidades adicionales a las correspondientes a los tributos propios y cedidos en una u otra proporción.

E) El sistema de financiación actual contempla la existencia de dos fondos sanitarios específicos: el denominado “de cohesión sanitaria” y el de “incapacidad temporal”. La cuantía de esos fondos es escasa. Su dotación supone alrededor de un 1/1.000 del presupuesto global del Sistema Nacional de Salud para

asistencia sanitaria. Por otra parte, y aunque el primero de ellos ha sido objeto de diferentes regulaciones, no hay posibilidad de realizar distribuciones discrecionales por parte de la AGE. Cada uno se debe distribuir con arreglo a coeficientes preestablecidos, sin posibilidad de estimar el cumplimiento de ninguna otra condición de cuyo mantenimiento fuera responsable la propia AGE. Ambas razones los hacen carecer de validez como instrumentos reales de cohesión, y para acreditar la intervención de la AGE en la asistencia sanitaria en las funciones que le serían propias, como la garantía de la universalidad y equidad de la protección.

F) El actual sistema de financiación también incluye “asignaciones de nivelación” en la asistencia sanitaria (lo mismo que en Educación). Sin embargo, la aplicación de éstas no está prevista en relación con la existencia de diferencias en la distribución o dotación de los servicios sanitarios en territorios autonómicos distintos. Con arreglo a lo previsto en el artículo 67 de la Ley 21/2001 (que desarrolla lo previsto en el artículo tercero de la Ley Orgánica 7/2001), la puesta en marcha de un proceso de “nivelación” en el campo sanitario se plantea únicamente como consecuencia de desviaciones muy importantes (superiores al 3%) del crecimiento de la población de una Comunidad autónoma con respecto a la media nacional.

EL nuevo sistema de financiación autonómico de 2009

§ 13. A partir de 2009 existe un nuevo modelo de financiación que se aplicará a los próximos ejercicios presupuestarios y que se contiene en la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

La modificación del sistema sanitario se ha debido al aumento de la población sobre todo de determinadas CCAA en especial por la concentración en ellas de la población inmigrante, que ha ido creciendo de manera exponencial en los últimos años. Pero sobre todo con la modificación de algunos de los Estatutos de Autonomía.

El nuevo Sistema de Financiación Autonómico no introduce cambios sustanciales sino que pretende una mayor racionalización sobre las bases del sistema anterior. Por lo que respecta a la financiación sanitaria ha sido criticado por desperdiciar una oportunidad

para introducir mejoras en algunas deficiencias del Sistema anterior¹⁹.

En el nuevo sistema de financiación autonómica presenta cuatro ejes básicos que son el refuerzo de las prestaciones del Estado del Bienestar, el incremento de la equidad y la suficiencia en la financiación del conjunto de las competencias autonómicas, el aumento de la autonomía y la corresponsabilidad, y la mejora de la dinámica y la estabilidad del sistema y de su capacidad de ajuste a las necesidades de los ciudadanos.

Estos ejes se concretan en los distintos elementos del sistema²⁰:

a) El Estado de Bienestar se refuerza mediante la incorporación por el Estado de recursos adicionales que se integran gradualmente en el nuevo sistema, dentro del marco de la política de estabilidad macroeconómica y presupuestaria.

b) El principio de suficiencia queda garantizado mediante el Fondo de Suficiencia Global, que permite asegurar la financiación de la totalidad de las competencias de las CCAA.

c) El refuerzo de la equidad se instrumenta básicamente a través del nuevo Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, el cual garantiza que todas las CCAA van a recibir los mismos recursos por habitante, en términos de población ajustada o unidad de necesidad, no sólo en el primer año de aplicación, sino también en el futuro. También contribuyen a incrementar la equidad en el sistema los Fondos de Convergencia, creados mediante fondos adicionales del Estado con los objetivos de reforzar la convergencia en financiación per cápita y la convergencia en los niveles de vida de los ciudadanos.

d) Los principios de autonomía y corresponsabilidad se refuerzan en este nuevo sistema mediante el aumento de los porcentajes de cesión de los tributos parcialmente cedidos a las CCAA y mediante el incremento de las competencias normativas de éstas de cara a que tengan una mayor capacidad para decidir la composición y el volumen de ingresos de que disponen. Igualmente se refuerza la colaboración recíproca entre las Administraciones tributarias de las

CCAA y la Agencia Estatal de Administración Tributaria, así como se prevé novedosamente la posibilidad de delegar en las CCAA la revisión en vía administrativa de los actos de gestión dictados por sus Administraciones tributarias. Este aumento de la corresponsabilidad se hace compatible con el respeto a la unidad de mercado.

e) Se mejora la dinámica del sistema con el objetivo de favorecer su estabilidad. Para ello, se introducen mecanismos efectivos y explícitos de ajuste de los recursos a las necesidades de los ciudadanos mediante la actualización anual de las variables que determinan la necesidad de financiación a efectos de calcular la participación en el Fondo de Garantía de cada Comunidad Autónoma, además de preverse una evaluación quinquenal de los resultados del sistema. También el incremento del peso de los recursos tributarios en el global de la financiación de las CCAA va a contribuir a una evolución más equilibrada de los recursos.

Los recursos del Sistema de Financiación son los tributos cedidos, la transferencia del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales y el Fondo de Suficiencia Global.

1. Los tributos cedidos, que conforman lo que se denomina en la Ley la capacidad tributaria de las Comunidades Autónomas, son los que ya recogía la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, aunque se produce una elevación en los porcentajes de cesión²¹. De este modo, si con el sistema anterior el 70% de todos los recursos de las CC.AA. provenían de los impuestos cedidos parcial o totalmente por el Estado, con el

²¹ Por tanto, forman parte de la capacidad tributaria los siguientes recursos tributarios

a. Recaudación del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de los Tributos sobre el Juego y Tasas afectas a los servicios transferidos.

b. Recaudación del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos y del Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte.

c. La Tarifa autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que asciende al 50% del rendimiento del impuesto.

d. Cesión del 50% de la recaudación líquida por Impuesto sobre el Valor Añadido.

e. Cesión del 58% de la recaudación líquida por los Impuestos Especiales de Fabricación sobre la Cerveza, (sobre el Vino y Bebidas Fermentadas), sobre Productos Intermedios, sobre el Alcohol y Bebidas Derivadas, sobre Hidrocarburos y sobre las Labores del Tabaco.

f. Cesión del 100% de la recaudación líquida por el Impuesto sobre la Electricidad.

¹⁹ Mariano Sánchez Bayle, «La financiación sanitaria», *Observatorio de Políticas de Salud*, núm. 7, 2010. Propone como mejoras la introducción de sistemas de información homologables, actualizados y desagregados al menos por CCAA, la capacidad del Consejo Interterritorial del SNS para tomar decisiones vinculantes, y la financiación sanitaria con carácter finalista

²⁰ Ministerio de Economía y Hacienda: [página web](#).

nuevo modelo, este porcentaje pasa a ser aproximadamente el 90%.

2. La transferencia del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales instrumenta la participación de las Comunidades en este Fondo, garantía de equidad y nivelación inexistente en el sistema anterior, que tiene por objeto asegurar que cada Comunidad recibe los mismos recursos por unidad de necesidad para financiar los servicios públicos fundamentales esenciales del Estado de Bienestar. Se concretan los recursos que constituyen este Fondo (el 75% de la capacidad tributaria de las CCAA y la aportación del Estado), así como los criterios de reparto del mismo mediante una serie de variables: población protegida (gasto sanitario), dividida en siete grupos de edad, pondera el 38%; la escolar el 20,5%; el envejecimiento pondera un 8,5%; la superficie, un 1,8%; la dispersión un 0,6%; la insularidad el 0,6%.

3. El Fondo de Suficiencia Global opera como recurso de cierre del sistema, asegurando que las necesidades globales de financiación de cada Comunidad en el año base se cubren con su capacidad tributaria, la transferencia del Fondo de Garantía y el propio Fondo de Suficiencia.

Se añaden los Fondos de Convergencia que son, por una parte, el Fondo de Competitividad, para reducir las diferencias en financiación homogénea per cápita entre CCAA y que reparte anualmente entre las CCAA con financiación per cápita ajustada inferior a la media o a su capacidad fiscal, en función de su población ajustada relativa; el Fondo de Cooperación se crea con el objetivo último de equilibrar y armonizar el desarrollo regional, y que se reparte anualmente entre las CCAA de régimen común que tengan un PIB per cápita inferior al 90 % de la media, que tengan una densidad de población inferior al 50 % de la densidad media o que, teniendo un crecimiento de población inferior al 90 % de la media.

4. ¿CÓMO AFRONTAR SU CRECIMIENTO?: MEDIDAS EXTRAORDINARIAS SOBRE EL GASTO FARMACÉUTICO

Las medidas generales de contención del gasto sanitario

§ 14. Se ha señalado anteriormente la amenaza para la sostenibilidad del sistema sanitario que es el crecimiento del gasto y la progresiva disminución de los ingresos por el descenso de la recaudación fiscal.

La intensidad de la crisis económica ha motivado que los presupuestos públicos de estos últimos años tengan que ser más austeros, lo que impide afrontar el incremento incesante del gasto sanitario

Esta coyuntura singular ha motivado que en el ámbito de la sanidad se haya planteado la adopción de medidas extraordinarias de común acuerdo entre todas las fuerzas políticas y desde todas las instancias territoriales.

En concreto, el Consejo Interterritorial del SNS de 18 de marzo de 2009 adoptó un acuerdo sobre acciones y medidas para promover la calidad, la equidad, la cohesión y la sostenibilidad del SNS, entre las que se distinguen medidas a corto dirigidas a la calidad, equidad y cohesión²², y otras en materia de eficiencia del sistema y control de gasto que son las siguientes:

a) Adoptar políticas comunes en materia farmacéutica. Se proponen medidas de control de gasto farmacéutico por importe de unos 1.500 millones de euros mediante una modificación del sistema de precios de referencia, rebaja de precios de medicamentos genéricos y fijación de precios máximos para medicamentos de síntomas menores. También, se considera conveniente que la incorporación de nuevos medicamentos en la cartera de servicios del SNS ha de basarse en criterios de coste-efectividad, así como trabajar de manera conjunta para desarrollar Guías farmacoterapéuticas que ayuden a que las decisiones clínicas se fundamenten en criterios de evidencia y coste-efectividad.

b) Establecimiento en 2010 de un procedimiento de compras agregadas para el conjunto del SNS, al que las CCAA se puedan sumar de manera voluntaria. Elaborar e implantar un sistema de información que permita compartir entre las CCAA los precios de compra a diferentes proveedores.

²² Entre las medidas dirigidas a la calidad, equidad y cohesión se encuentran:

a) Aprobación de una norma para la plena universalidad en el acceso a los servicios sanitarios del SNS.

b) Mejorar las garantías de los ciudadanos mediante una norma para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del SNS que incorpore criterios marco acordados en el seno del Consejo Interterritorial tal como establece la LCCSNS.

c) Aprobación en el Consejo Interterritorial de un Calendario Vacunal único para toda España

d) Mejorar la accesibilidad del ciudadano al Sistema sanitario mediante un uso extensivo de las e-Health y nuevas tecnologías (atención telefónica, telefonía móvil, internet).

e) Extensión de la Historia Clínica Digital común del SNS.

c) Desarrollo de estrategias educativas, informativas y organizativas que ayuden a moderar la presión asistencial. Se trata de estrategias educativas, informativas y organizativas que incluirá la difusión del conocimiento del coste de los servicios sanitarios (explicitar el precio de los mismos e implantar la información al usuario del coste de los servicios consumidos, bien mediante facturas sombra, bien mediante la utilización de tablas estándar). Campañas que contribuyan a favorecer la adecuada utilización de los servicios, con especial atención a las urgencias hospitalarias.

d) Asimismo, se considera necesario trabajar para definir criterios comunes para las retribuciones que permitan incrementar la productividad y la calidad de los servicios de salud y establecer procedimientos de planificación compartidos.

Las medidas específicas de contención del gasto farmacéutico

§ 15. Dentro de estas medidas de contención del gasto sanitario, nos centraremos en las medidas adoptadas con respecto a la prestación farmacéutica ya que parecen ser efectivas en consideración de la reducción que últimamente se está produciendo de su crecimiento.

Si bien se trata de medidas que se vienen adoptando desde hace años, en aplicación del Acuerdo de 18 de marzo del 2009 del Consejo Interterritorial del SNS se han adoptado dos importantes medidas que han resultado muy polémicas: del Real Decreto-Ley 4/2010, de 26 de marzo, de racionalización del gasto farmacéutico y del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público.

El análisis de estas medidas debe centrarse en su alcance y significado ya que se trata, como se ha indicado, de unas medidas de ahorro que pretenden contener (si no recortar) la creciente factura pública en medicamentos. Por lo tanto, si con estas medidas se pretende reducir el gasto farmacéutico —aproximadamente en unos 1500 millones de euros— lógicamente esto habrá de ser a costa de algo y de alguien. Entonces, ¿quiénes son los afectados y en qué se les afecta?: ¿son los operadores económicos del sector (laboratorios, almacenes y oficinas de farmacia) que han visto recortadas sus ganancias, o son los médicos y demás profesionales sanitarios a quienes se limita su actividad prescriptora, o bien son los ciudadanos a quienes se ha recortado la prestación farmacéutica?

Para una mejor interpretación del contenido de las medidas extraordinarias adoptadas sobre el gasto público en medicamentos conviene recordar la estructura de la prestación farmacéutica para precisar después en qué aspectos de ésta incide.

Aunque las medidas extraordinarias señaladas se contienen en el Real Decreto-Ley 4/2010 y 8/2010, debe adoptarse una perspectiva más amplia ya que las intervenciones sobre la prestación farmacéutica dirigidas a contener el gasto farmacéutico se han sucedido a lo largo de los dos últimas décadas y, en particular, en esta última que se inició precisamente con la adopción del Real Decreto-Ley 5/2000, de medidas urgentes de contención del gasto farmacéutico, y que se refleja claramente en el I Plan Estratégico de Política Farmacéutica para el Sistema Nacional de Salud Español, adoptado el 23 de diciembre de 2004. En esta trayectoria de la prestación farmacéutica, las últimas medidas adoptadas se contienen en los reiterados Real Decreto-Ley 4/2010 y 8/2010, que responden a una serie de medidas de carácter extraordinario y urgente que se planificaron por el Acuerdo del Consejo Interterritorial del SNS de 18 de marzo de 2010, con cuya aplicación se pretendía reducir el gasto farmacéutico en unos 1500 millones de euros.

Las medidas contenidas en los Reales Decretos-Leyes 4/2010 y 8/2010 procede analizar su contenido a partir del esquema de clasificación de la intervención sobre la prestación farmacéutica expuesto anteriormente (apartado 3).

Incidencia sobre las medidas de gasto racional

§ 16. Incidencia sobre el contenido de la prestación farmacéutica (gasto racional).

A) Financiación selectiva. A diferencia de lo sucedido en la década de los noventa en la que se excluyeron de la prestación farmacéutica bloques enteros de medicamentos de baja utilidad terapéutica o para patologías menores, por ahora no se ha planteado la exclusión de medicamentos de la financiación pública como mecanismo para la reducción de gasto farmacéutico —aunque alguna Comunidad Autónoma como Navarra ahora esté incorporándose a las exclusiones que en su día evitaron—.

En cuanto a la financiación selectiva no se plantea tanto la exclusión de medicamentos ya financiados sino que lo que se pretende es completar los criterios dispuestos para financiar los nuevos medicamentos

que se vayan autorizando con la incorporación del criterio coste-efectividad²³.

B) Copago. Desde que se fijaran por última vez las aportaciones mediante el Real Decreto 1030/2006 por el que se establece la cartera de servicios del SNS, los porcentajes de las mismas no se ha visto modificados.

Si bien las medidas extraordinarias no han afectado por ahora al copago, éste es uno de los principales ámbitos que podría ser objeto de modificaciones en un futuro inmediato²⁴.

Incidencia sobre las medidas de beneficio racional

§ 17. Incidencia sobre medidas que garantizan la sostenibilidad de la prestación farmacéutica y su evolución (beneficio racional).

A) Intervención sobre los beneficios de los laboratorios. Los laboratorios han visto directamente disminuido su margen de ganancias como consecuencia de dos medidas complementarias: una reducción en el precio de determinados medicamentos –en concreto de los genéricos sometidos o no al sistema de precios de referencia, por lo que puede considerarse como una bajada generalizada– y un descuento del 7,5% del precio en el resto, que se suman en uno y otro caso a los que tienen que hacer los distribuidores

²³ La inclusión de este criterio ya se mencionaba en el I Plan Estratégico y en el Acuerdo del Consejo Interterritorial del SNS de marzo de 2010, aunque no se ha hecho efectiva a pesar de los positivos resultados que ha aportado en otros países. Por esta razón resulta muy probable que se introduzca en un futuro inmediato para completar así la cuarta garantía: eficacia, calidad y, ahora, coste-efectividad. En todo caso se trata de una medida que solamente opera a medio-largo plazo, por lo que no ha sido contemplada como remedio inmediato para afrontar la situación de crisis.

²⁴ Aunque desde el Ministerio de Sanidad y Política Social se ha reiterado la negativa a introducir modificaciones al respecto, es cierto que se trata de un ámbito en el que podrían producirse recortes teniendo en cuenta que la mayoría de los medicamentos quedan excluidos del copago ya que corresponden a pensionistas, lo que sitúa en costas bajas el porcentaje de la aportación –de hecho, de los 12500 millones de financiación pública farmacéutica del año 2009 aproximadamente sólo el 15% fue aportado por los pacientes–. En este sentido son muy numerosas las propuestas que se vienen presentando en las que se propone un incremento del copago, algunas de las cuales podrían aplicarse minimizando las desigualdades vinculando las aportaciones en función de las rentas.

y las oficinas de farmacia a la factura de medicamentos a cargo del SNS²⁵.

En cuanto a la reducción de los precios industriales de los medicamentos genéricos incluidos en la financiación pública pretende incentivar su consumo y generar un mayor ahorro. Esta medida adoptada a través del Real Decreto-Ley 4/2010 debe dar lugar a una reducción de un 25% de media en el precio de los genéricos y un ahorro de 258 millones. Para la reducción en el precio se diferencia entre los medicamentos genéricos sometidos al sistema de precios de referencia y aquellos que no lo están. En el caso de los primeros la reducción del precio es proporcional conforme a determinados porcentajes en función de que su precio de venta al público estuviese más o menos próximo del precio de referencia, con lo que se pretende conseguir un distanciamiento proporcional de los medicamentos genéricos del precio de referencia que habrá de provocar la disminución de los medicamentos innovadores de marca para evitar la sustitución. Por otra parte, los medicamentos genéricos no incluidos en el sistema de precios de referencia se reducen de forma general en un 30%.

La otra gran medida adoptada que complementa la anterior con respecto aquellos medicamentos a los que no alcanza la rebaja, es el descuento del 7,5% sobre el PVL en la facturación de los medicamentos dispensados a cargo del SNS –ya sea por las oficinas de farmacia o por los servicios de farmacia dentro de la estructura sanitaria– que no sean genéricos y que estén fuera del sistema de precios de referencia. Para repartir esta deducción entre todos los agentes de la cadena farmacéutica, la distribución aplicará una deducción del 7,5 % sobre el precio de venta del distribuidor, correspondiendo al laboratorio farmacéutico aplicar igualmente una deducción del 7,5 % sobre el precio industrial máximo (art. 8 Real Decreto-Ley 8/2010)²⁶. Este descuento del 7,5% se ha aplicado

²⁵ El hecho de que se utilice este doble sistema y no se opte únicamente por una rebaja en el precio industrial de medicamentos en una mayor proporción –que al final repercute en todos los escalones del sector farmacéutico– se debe, muy probablemente, a la voluntad de no alterar en exceso el nivel de precios de los medicamentos dentro de la Unión Europea que podría alterar los flujos del comercio paralelo. Por esta razón se baja por una parte el precio industrial y se complementa con el descuento de las oficinas de farmacia.

²⁶ La estructuración de este descuento no ha estado exento de problemas ya que, al aplicar las oficinas de farmacia el descuento sobre la factura que se presenta a los Servicios autonómicos de salud deben soportarlo de forma anticipada por lo que se ha planteado la creación de un fondo dotado por la industria y los distribuidores que evite a las oficinas de farmacia adelantar las cantidades que a estos les corresponde.

igualmente a los productos sanitario, alcanzando un 20% en el caso de los absorbentes para la incontinencia de la orina.

Por lo demás, más allá de estas dos medidas de enorme impacto sobre los márgenes de los laboratorios, no se modifican las aportaciones directas por volumen de ventas de éstos al SNS y que se encuentran afectadas a la financiación de la investigación conforme a lo dispuesto en la disposición final sexta LGURM²⁷.

B) Intervención en los márgenes comerciales de distribuidores. Los almacenes y demás distribuidores han visto afectados sus ganancias como consecuencia del recorte articulado por partida doble. Por una parte sobre el porcentaje de sus márgenes comerciales incide el recorte que en el precio de venta del laboratorio de los medicamentos se ha efectuado ya que se trata de una medida que se extiende a los demás eslabones de la cadena del medicamentos, repercutiéndose en la distribución por los almacenes y en la dispensación por las oficinas de farmacia. También sus ganancias se ven afectadas por la parte que les corresponde (un 7,5%) en la deducción que deben efectuar las oficinas de farmacia a la facturación de medicamentos dispensados con cargo a la prestación farmacéutica del SNS (art. 8 Real Decreto-Ley 8/2010).

Por otra parte, otra medida que resulta muy relevante tanto para los laboratorios fabricantes como para los almacenistas es la introducción de un sistema de adquisición centralizada estatal de medicamentos y productos sanitarios a la que pueden adherirse CCAA (art. 13 Real Decreto-Ley 8/2010). Se trata de una medida que no es de impacto inmediato sino a medio plazo ya que requiere la aprobación de una orden del Ministerio de Sanidad y Política Social que declare la adquisición centralizada de los suministros de medicamentos y productos sanitarios que se contraten en el ámbito estatal por los diferentes órganos y organismos que se efectuará a través del Ministerio de Sanidad y Política Social.

C) Intervención en los márgenes de las oficinas de farmacia. La incidencia de las medidas extraordi-

narias sobre las oficinas de farmacia se proyectan igualmente, por una parte, sobre los márgenes comerciales que se ven afectados por la reducción en el precio de venta del laboratorio con respecto a los medicamentos y, por otra, por la deducción del 7,5% que tienen que efectuar sobre la factura que se presenta a cada uno de los Servicios autonómicos de salud.

Se trata de dos medidas que han tenido una enorme incidencia en la economía de las oficinas de farmacia y que se suman a la incertidumbre existente sobre su modelo de ordenación. El Consejo General de Colegios de Farmacéuticos ha señalado que las dos medidas implican una reducción de un 16% en los beneficios brutos de las farmacias lo que podría poner en peligro 7500 farmacias de las 22.000 que existen, lo que ha llevado incluso a plantear la posibilidad de crear junto al Ministerio de Sanidad un plan de rescate para la farmacias con riesgo de desaparición.

Por otra parte, y como intervención que en cierto modo viene a compensar el recorte en las ganancias de las oficina de farmacia con menor volumen de venta, se han modificado simultáneamente los umbrales de las deducciones previstas en el Real Decreto-Ley 5/2000. Se trata de una revisión del cuadro de aportaciones y deducciones que introdujera el Real Decreto-Ley 5/2000, que incrementa el mínimo para la aplicación de las deducciones lo que supone la exención de las mismas de un buen número de oficinas de farmacia (disposición final tercera del Real Decreto-Ley 4/2010).

Otra medida relacionada con los márgenes y deducciones propios de las oficinas de farmacia es la aplicación de una escala conjunta, tanto a fondos de las CCAA y del INGESA como a las Mutualidades que hasta el momento se regulaban de forma independiente conforme a lo previsto respectivamente en los Reales Decreto 823/2008 y 2130/2008. Esta unificación supone una equiparación en los márgenes y deducciones, y una gestión conjunto que facilita la actividad de las oficinas de farmacia.

Una última medida que no se dirige directamente a reducir el gasto público a través del sacrificio de las ganancias de las oficinas de farmacia pero que incide sobre las mismas es la limitación a su capacidad de negociación al excluirse determinados descuentos que por pronto pago o por volumen de compra se venían ofreciendo por los distribuidores a las oficinas de farmacia. En este sentido los descuentos se limitan hasta un máximo de 5% para medicamentos financiados en general y un 10% en el caso de los genéri-

²⁷ Esto resulta lógico ya que los que se pretende con la reducción del precio de venta del laboratorio y con la deducción del 7,5% es una reducción del déficit que no se conseguiría incrementando estas aportaciones directas. En todo caso, no cabe duda que estas aportaciones se verán disminuidas por la reducción del precio industrial de los medicamentos –a lo que puede añadirse la deducción del 7,5%, lo que está por decidirse–, lo que implica una menor financiación de la investigación en este ámbito.

cos (disposición final segunda del Real Decreto-Ley 4/2010), lo que no constituye una medida directa de ahorro pero contribuye a garantizar que la dispensación no esté condicionada por factores económicos, es decir, por los beneficios que le ofrezca el distribuidor o el laboratorio.

Incidencia sobre las medidas de uso racional

§ 18. Incidencia sobre las medidas de ajuste del consumo de medicamentos a las necesidades de los pacientes (uso racional).

A) Sistema de precios de referencia. El Real Decreto-Ley 4/2010 modifica (en su disposición final segunda apartado cuarto) el sistema de precios de referencia contenido en el artículo 93 LGURM a partir de la experiencia adquirida para controlar más eficientemente el gasto farmacéutico mejorando y simplificando su aplicación, con lo que se prevé un ahorro aproximado de 888 millones de euros.

Las modificaciones en el sistema de precios de referencia arrancan con una medida relacionada con el cálculo del precio de referencia utilizando el coste/tratamiento/día menor, y no la media de los tres como se entendía hasta ahora.

Por otra parte se introduce un mecanismo para modular el impacto que los cambios en los precios de referencia producen en los laboratorios cuyos medicamentos se vean afectados seriamente. Así se prevé que, cuando por aplicación del sistema de precios de referencia el precio industrial de un producto se vea afectado de forma importante –más de un 50% del precio industrial–, esa supuesta pérdida debe enjugarse en el plazo de dos años.

Por último, se amplía la reducción del 20 % al 30 % de los precios de los medicamentos de los que no existiera genérico autorizado en España cuando hubiera genérico o biosimilar en la Unión Europea, en la medida que este tipo de medicamentos por su menor precio, favorecen el objetivo de disminuir el gasto farmacéutico.

B) Medidas sobre dispensación. Las medidas sobre la demanda han sido muy limitadas aunque de cierta relevancia. Por una parte se abre la posibilidad a la limitación de la dispensación de determinados medicamentos en los Servicios de Farmacia de los Hospitales (Disposición final cuarta Real Decreto-Ley 4/2010). Esto supone una salida de los medicamentos de mayor valor de las oficinas de farmacia vía hospitales, con la intención de ejercer un mayor

control sobre la prescripción y dispensación que mayor coste implica para el SNS.

Se trata de una medida de contención del consumo de medicamentos especialmente costosos similar a la de los visados, aunque esta afecta directamente a las oficinas de farmacia que pierden el margen de dichos medicamentos. Sin embargo, la introducción de esta medida no ha centrado el rechazo de las oficinas de farmacia, lo que puede deberse a que se trata de una medida que necesita de una concreción posterior, o bien porque en realidad tiene un impacto menor en sus ganancias.

Otra medida dirigida a la dispensación que ha tenido mayor repercusión mediática es la adecuación del número de unidades de los envases de los medicamentos a la duración estandarizada de los tratamientos y dispensación de medicamentos en unidosis que se impone a través del Real Decreto-Ley 8/2010. Esta medida debe concretarse en una resolución de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios mediante la que autoriza la dispensación de unidades concretas para los grupos de medicamentos y/o patologías que se determinen, con el fin de ajustar las unidades dispensadas a la duración del tratamiento. Estas unidades podrán dispensarse a partir del fraccionamiento de un envase de un medicamento autorizado e inscrito, respetando la integridad del acondicionamiento primario, excepto cuando sea procedente su reacondicionamiento protocolizado y garantizando las condiciones de conservación del medicamento.

Conclusiones

§ 19. A partir de este análisis de urgencia de las últimas medidas extraordinarias adoptadas para la contención del gasto farmacéutico se pueden alcanzar las siguientes conclusiones preliminares.

A) En primer lugar procede identificar a quién afecta las nuevas medidas extraordinarias. Como ha podido comprobarse, la práctica totalidad de estas medidas se dirigen a los operadores privados del sector farmacéutico. Se trata de medidas de beneficio racional que son encuadrables entre aquellas que se dirigen a garantizar la existencia de la prestación farmacéutica dentro del mercado de los medicamentos y su evolución equilibrando las ganancias y las pérdidas de estos actores privados.

Son, por tanto, los laboratorios farmacéuticos, los almacenes y las oficinas de farmacia los que sufrirán el recorte del gasto farmacéutico ya que se recorta sus beneficios. De hecho los 1.500 millones

de euros de ahorro se computan a partir de la reducción de ingresos de 1.148 millones para los laboratorios farmacéuticos, 67,23 millones para los almacenes de distribución y 342,32 para las oficinas de farmacia.

Este importante recorte de los beneficios de los operadores privados del sector explica el rechazo que ha provocado, así como la advertencia que han formulado señalando que una medida así provocará una contracción en el sector con el cierre de laboratorio, almacenes y, sobre todo, oficinas de farmacia, que afectarán en última instancia a los ciudadanos. La veracidad de esta última previsión está por ver y, de hecho, en la medida que no produzca la reducción anunciada podrá afirmarse que lo que sucedía antes de las medidas extraordinarias era que, en efecto, las ganancias eran desmedidas y que, por lo tanto, los beneficios no eran racionales.

En todo caso no deben obtenerse conclusiones precipitadas ya que, sea como fuere, se trata de ganancias absolutamente legítimas que no cabe reducir de forma desmedida si no se quiere afectar a la propia sostenibilidad y evolución del sistema. El cierre de una sola oficina de farmacia no sólo afecta a su titular y a los trabajadores de la misma, sino a todos los ciudadanos que se beneficiaban de sus servicios.

Por lo tanto, el objetivo debería ser alcanzar un verdadero beneficio racional para todos los operadores económicos del sector en el que éste se ajuste al valor que aportan cada uno de ellos, lo cual difícilmente se puede alcanzar por mecanismos estrictamente cuantitativos como son los márgenes y deducciones, por lo que se debería atender a los servicios prestados en cada caso.

B) Una vez identificados quiénes se han visto afectados por las medidas extraordinarias es posible señalar qué es lo que no han afectado dichas medidas. En efecto, estas medidas no afectan al contenido de las prestaciones farmacéuticas, por lo que no puede hablarse de que estas medidas supongan un recorte de su contenido ni, en definitiva, del derecho a la protección de la salud de los ciudadanos.

Esta afirmación debe matizarse ya que, como se ha señalado anteriormente, si bien es cierto que estas medidas no afectan de manera inmediata a los ciudadanos no cabe duda que una incidencia exagerada sobre los laboratorios, almacenes u oficinas que produzca un desequilibrio en su actividad termina por afectar a los ciudadanos. La reducción de la investigación por parte de los laboratorios por falta de fon-

dos, la menor disponibilidad de medicamentos en las oficinas de farmacia por la ausencia de almacenistas, y la ausencia de suficientes oficinas de farmacia, afectan a mayor o menor plazo a los ciudadanos.

En cuanto a las perspectivas de futuro, una vez adoptadas estas medidas extraordinarias, se plantea, en primer lugar, si serán unas medidas permanentes o coyunturales. Si bien los afectados por dichas medidas dan por descontado que se trata de una medidas transitorias, parece poco probable que, incluso si se produjera una inmediata recuperación económica, se lleve a cabo un aumento en las ganancias de estos operadores en la misma medida que se produjo el recorte. Lo más probable es que es este recorte se convierta en algo estructural lo cual se podrá comprobar en cuanto se haga público el II Plan Estratégico que se viene elaborando por el Ministerio de Sanidad y Política Social.

Con respecto al futuro se plantean igualmente duda acerca de si se aprobarán otras medidas adicionales para reducir aún más el crecimiento del gasto farmacéutico. A este respecto el planteamiento desde el Ministerio de Sanidad y Política Social ha sido el de negar la adopción de nuevas medidas. Al margen de la voluntad política, es probable que la realidad económica exija la adopción de nuevas medidas que, en este caso, es más que probable que se dirijan al lado de la demanda de medicamentos que ha permanecido prácticamente incólume hasta ahora. No resulta descartable que se adopten medidas de uso racional con las que se reduzca el consumo, e incluso que termine por recortarse el alcance de la prestación farmacéutica incrementando el copago.

C) Por último, con respecto a sus resultados, una vez conocido el descenso en el crecimiento del gasto farmacéutico que ha tenido lugar en agosto de 2010 – un 6,40% menos con respecto al crecimiento interanual para el mismo mes en 2009–, se puede afirmar que es posible contener el gasto farmacéutico sin afectar al contenido de las prestaciones farmacéuticas.

En todo caso deberán considerarse los efectos colaterales ya que si bien es poco probable que se produzcan cierres y desaparición de oficinas de farmacia si es indudable que estas medidas retrasarán la ejecución de medidas que previstas como la implantación del sistema de trazabilidad, de la receta electrónica, etc. Ante la dificultad de valorar el alcance de esta incidencia solo cabe esperar que el ahorro en el gasto sanitario previsto sea efectivo y que el coste de oportunidad que implica merezca la pena.

EL FOMENTO DE LA ACTIVIDAD FÍSICA Y DEPORTIVA CON FINES DE SALUD EN LA LEGISLACIÓN DEPORTIVA Y DE SALUD PÚBLICA DE ANDALUCÍA

Javier Luna Quesada y Francisco Miguel Bombillar Sáenz

Profesores del Departamento de Derecho Administrativo.

Facultad de Ciencias de la Actividad Física y el Deporte.

Universidad de Granada

RESUMEN

El estudio traslada la experiencia normativa andaluza en torno al fomento de la actividad física y deportiva con fines de salud.

ABSTRACT

The paper analyzes the Andalusian experience regarding the promotion of physical and sports activity for health purposes.

PALABRAS CLAVE

Actividad física. Deporte. Salud

KEY WORDS

Physical activity. Sport. Health promotion

FECHA FINALIZACIÓN TRABAJO

La redacción de este trabajo está cerrada a fecha de 7 de octubre de 2011.

1. INTRODUCCIÓN

A través del presente estudio queremos trasladar al lector la experiencia normativa en torno al fomento de la actividad física y deportiva con fines de salud emprendida en los últimos años por la Comunidad Autónoma andaluza.

Le corresponde al Poder autonómico –y, en particular, al andaluz, que tiene competencia exclusiva tanto en materia de deporte como de salud¹, ámbito al que se ciñe este estudio– desarrollar, completar y, en su caso, crear normas para la promoción de la actividad física y el deporte, incluyendo en sus textos normativos (deportivos y no deportivos) todos aquellos aspectos que se estimen necesarios para incentivar el desarrollo por la población de actividades asociadas al deporte de ocio saludable y que faciliten, por ello, la incorporación del conjunto de la población a una práctica deportiva real, cotidiana y, por ende, saludable.

¹ El artículo 72 del Estatuto de Autonomía asigna, de forma exclusiva, a la Comunidad Autónoma andaluza la ordenación de las materias relacionadas con el deporte. Por su parte, el artículo 55.1 otorga a Andalucía competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros y servicios sanitarios, sin perjuicio de las competencias estatales en este campo; mientras que el artículo 55.2 establece la competencia compartida con el Estado de la Comunidad Autónoma andaluza en materia de sanidad interior y, en particular, sobre la ordenación y ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos.

Les compete a los Poderes públicos, especialmente a las Comunidades Autónomas y a los Ayuntamientos, promover una colaboración más estrecha entre los sectores sanitario, educativo y deportivo, al objeto de definir e implementar estrategias coherentes para reducir el sobrepeso, la obesidad y otros riesgos para la salud que asolan a nuestra ciudadanía, así como para promover un estilo de vida activo².

En el presente trabajo se analiza, bajo esta premisa, la normativa andaluza vigente³ así como los borradores de la nueva Ley del Deporte, que pretende reemplazar a la actual de 1998, y de la Ley Reguladora de las Profesiones del Deporte, que regula esta cuestión “ex novo”, y que en la actualidad se encuentran en fase de estudio por las Administraciones competentes y los colectivos interesados (federaciones deportivas, asociaciones deportivas, asociaciones y colegios profesionales, etc.), y próximas a su remisión al Consejo de Gobierno para su aprobación como proyectos de ley; así como la futura Ley de Salud Pública de Andalucía, tramitada en la actualidad como proyecto de ley por el Parlamento andaluz⁴.

En particular, el proyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía, que desarrolla los aspectos de salud pública contenidos en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, introduce la perspectiva de la salud colectiva como eje transversal de las políticas, dejando atrás el carácter asistencial del sistema sanitario para abundar en las políticas de prevención y promoción de la salud, prestando una especial atención a la promoción de la actividad física y el deporte como medio para mejorar la salud.

Este texto establece también derechos de nueva generación como, en nuestro caso, el derecho a la información adecuada sobre la importancia de la actividad física y cómo llevarla a cabo sin riesgos y con el mejor aprovechamiento, y el derecho a disponer de planes de promoción de actividades físicas saludables. La Ley sitúa así a la ciudadanía, informada y

responsable, en el centro de las decisiones sobre su salud y su forma de vivir, superando así la visión de la ciudadanía como sujeto pasivo receptor de mensajes sobre cómo vivir una vida más saludable.

No obstante, ya desde la aprobación y posterior entrada en vigor, en 1998, de la Ley del Deporte andaluza⁵, aún vigente, los Poderes públicos en Andalucía, especialmente los Ayuntamientos, han trabajado con la idea de generalizar la práctica deportiva entre la ciudadanía, especialmente por los efectos saludables que la actividad física y el deporte, practicados de forma adecuada, producen.

En línea con lo expuesto, los Ayuntamientos andaluces⁶ han puesto en marcha a lo largo de los últimos veinte años diversos programas de deporte y salud. De este modo, el propósito de la futura Ley de Salud Pública en Andalucía de promover una práctica deportiva adecuada según las circunstancias personales y sociales hoy es ya, como comprobaremos a lo largo de este trabajo, una realidad, a cuya consolidación contribuirá la entrada en vigor de este texto legislativo. Valga como ejemplo a este respecto la labor desempeñada por el servicio de información y asesoramiento del Instituto Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Sevilla sobre la práctica deportiva más adecuada, que encuentra ahora acomodo en los dictados del artículo 10 del proyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía.

Estas novedades normativas se han visto acompañadas de un profundo cambio en los hábitos de la sociedad andaluza, en tanto que los ciudadanos y ciudadanas de nuestra Comunidad Autónoma han asumido, de forma más o menos generalizada, la práctica de actividades físicas y deportivas como un hábito saludable, generalizable a la mayoría de los individuos, independientemente de su edad, sexo o situación socio-económica, siendo así que, consecuentemente, el deporte ha dejado de ser patrimonio exclusivo de una minoría, representada casi exclusivamente por los niños en edad escolar y los deportistas de competición, para llegar a los más diversos grupos de población (mayores, discapacitados, inmigrantes, presos...).

² En este trabajo compartimos las ideas brillantemente expuestas por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel: “La protección de la salud a través del derecho administrativo social: Derecho deportivo y otros sectores del ordenamiento”, *Anuario iberoamericano de derecho deportivo*, núm. 1, 2009, pp. 37-69.

³ Esto es, la Ley del Deporte de Andalucía, el Decreto de Acreditación de Centros Deportivos, la normativa andaluza sobre Deporte Escolar o, fuera del ámbito deportivo, pero con incidencias en esta cuestión, las leyes andaluzas en materia de mayores, personas con discapacidad y menores.

⁴ Puede consultarse este proyecto de ley en el *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (BOPA)*, núm. 736, de 2 de septiembre de 2011.

⁵ Ley 6/1998, de 14 de diciembre, del Deporte (*BOJA* núm. 148, de 29 de diciembre).

⁶ Sobre el papel de estos Ayuntamientos, en especial, tras la entrada en vigor de la Ley de Autonomía Local andaluza, véase LUNA QUESADA, Javier.: “Consideraciones generales sobre la incidencia de la Ley de Autonomía Local de Andalucía en la gestión del deporte municipal”, *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 9, 2009, pp. 3-17.

No obstante, aún queda un extenso camino por recorrer⁷. Lo cierto es que la práctica de la actividad física y deportiva en España ha sufrido un cierto retroceso o paralización en la década actual y presenta valores todavía muy inferiores a la mayor parte de los países europeos. Así, por ejemplo, la práctica de la educación física escolar ha disminuido y la de la población infantil se ha estancado.

Es más, paradójicamente, la Comunidad andaluza se encuentra entre las cuatro Comunidades Autónomas del Estado español con una mayor índice de sobrepeso y obesidad en su población, a la par que es la Comunidad con una tasa de inactividad física más elevada⁸.

Todo ello, es especialmente grave porque la práctica de la actividad física y el deporte influyen de manera notablemente positiva, siempre que se realice de forma adecuada, en la salud de la población⁹. La evidencia científica de los beneficios de la práctica de la actividad física y su impacto en la salud individual y colectiva de la población es incuestionable¹⁰.

⁷ En efecto, queda aún mucho por hacer, por lo que, en junio de 2011, se presentó por la Consejería de Comercio, Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía la campaña *Andalucía, deporte de por vida*, con el objetivo de fomentar la actividad física como rutina saludable y elevar el índice de la práctica deportiva entre todos los ciudadanos andaluces, que actualmente se sitúa cerca del 38%.

⁸ Véase, a este respecto, el *Plan Integral para la Actividad Física y el Deporte*, versión de 1 de junio de 2009, aprobado por el Consejo Superior de Deportes [online]. Disponible en la URL: <http://www.csd.gob.es/csd/estaticos/plan-integral/PlanIntegralAD1.pdf> [Con acceso el 7.10.2011].

⁹ Así lo perciben la mayoría de los encuestados en el *Estudio sobre los hábitos de los andaluces ante el deporte* [online], elaborado por la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía, a través de la Empresa Pública de Deporte Andaluz.

Disponible en la web del Consejo General de los Ilustres Colegios Oficiales de Licenciados en Educación Física y en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte de España, en la siguiente URL: http://www.consejo-colef.es/descargas/2010habitos_deportivos_andalucia.pdf [Con acceso el 7.10.2011].

¹⁰ Diversos estudios epidemiológicos han mostrado, de forma consistente, la relación entre actividad física y reducción del riesgo coronario. Algunas otras enfermedades también se han asociado a la inactividad física como son, por su importancia, la diabetes mellitus, la hipertensión arterial o la osteoporosis. Véase al efecto *Sistema Nacional de Salud de España 2010*, monografía publicada en formato digital [online], elaborada por el Instituto de Información Sanitaria del Ministerio de Sanidad. Disponible en la URL: <http://www.msc.es/organizacion/sns/libroSNS.htm> [Con acceso el 7.10.2011].

Razones que justifican sobradamente el hecho de que la relación entre actividad física y salud sea objeto de una especial atención por parte de los Poderes públicos, estatales y autonómicos, en una sociedad sedentaria y sobrealimentada como la actual, amenazada por las enfermedades asociadas al sedentarismo y a la obesidad –las llamadas enfermedades hipocinéticas (aquellas provocadas por la falta de movimiento), en donde la práctica deportiva se convierte en una estrategia de salud preventiva y, en muchos casos, curativa.

En este sentido, en el plano estatal, con el fin de impulsar, para el conjunto de la población, el acceso universal a una práctica deportiva de calidad, que mejore la salud individual y colectiva, y posibilite su incremento sustancial, el Consejo Superior de Deportes ha elaborado un *Plan Integral para la Actividad Física y el Deporte*, a ejecutar en el periodo de 2010 a 2020, en estrecha relación con las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, las Universidades y otros organismos ministeriales¹¹.

En el plano autonómico, nosotros nos centraremos en el estudio del fomento de la práctica deportiva saludable, ligada a una alimentación equilibrada, recogido en la actividad de planificación –deportiva y de salud– emprendida por la Junta de Andalucía, a través de sus Consejerías de Salud y de Turismo, Comercio y Deporte. Para ello, analizaremos, en concreto, los siguientes planes: el Plan General del Deporte de Andalucía, el Plan Estratégico del Deporte andaluz, el Plan Director y los Planes Locales de Instalaciones Deportivas de Andalucía, el III Plan Andaluz de Salud, el Plan para la Promoción de la Actividad Física y la Alimentación Equilibrada, el II Plan Integral de Salud Mental de Andalucía y, de plena actualidad, el futuro Plan Local de Salud que trae consigo la nueva Ley de Salud Pública de Andalucía.

Las disposiciones recogidas en estos instrumentos de planificación han encontrado acomodo en los programas deportivos en materia de promoción de la actividad física y deportiva con fines de salud elaborados por los Ayuntamientos que conforman la Comunidad Autónoma andaluza.

Desde este enfoque, en este trabajo de investigación vamos a centrarnos en el ejemplo normativo y planificador andaluz, en la labor llevada a cabo por

¹¹ Conviene recordar que, con anterioridad a este plan, el Ministerio de Sanidad aprobó la *Estrategia Naos* para luchar contra la obesidad y el sedentarismo a través de la actividad física y el cambio en los hábitos de alimentación.

los Poderes públicos de la Comunidad Autónoma andaluza con vistas a promover la actividad física y el deporte con fines de salud, incorporando el conjunto de la población andaluza a una práctica deportiva real, cotidiana y, por ende, saludable, de la que todos nosotros, como ciudadanos, podamos beneficiarnos.

2. NUEVOS RETOS EN LA SALUD PÚBLICA: LOS EFECTOS BENEFICIOSOS DE LA ACTIVIDAD FÍSICA Y EL DEPORTE PARA LA SALUD

La relación entre salud y actividad física se conoce desde la Antigüedad, como pone de manifiesto Miguel Ángel RECUERDA GIRELA, a quien aquí seguimos¹², identificándose la actividad física y la alimentación como dos factores claves que inciden en nuestro estado de salud. En este sentido, es famosa la máxima de Juvenal «*mens sana in corpore sano*» y la concepción que la escuela hipocrática¹³ griega tenía del concepto «*diaita*», origen etimológico de nuestra palabra «dieta», que entronca con la idea de recta ordenación del régimen –integral– de vida, que comprende todos sus aspectos básicos, y donde se incluye la alimentación y el ejercicio físico.

La Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁴ define la actividad física como "todos los movimientos que forman parte de la vida diaria, incluyendo el trabajo, la recreación, el ejercicio y las actividades deportivas". Se trata de un concepto sumamente amplio, que engloba cualquier movimiento corporal producido por el aparato locomotor, gracias a la contracción de la musculatura, que suponga consumo de energía. Cuando la actividad se estructura y sistematiza con el objetivo de mejorar alguna de las funciones orgánicas, la denominamos «ejercicio», y cuando se somete a una serie de reglas preestablecidas, entraríamos en el mundo del «juego» o del «deporte».

A este respecto, Yolanda ESCALANTE constata cómo la práctica de la actividad física en la población es cada vez menos frecuente, de manera especial en

los niños¹⁵, pese a que el cuerpo del ser humano está diseñado para moverse y, es más, necesita hacerlo, muy especialmente en su infancia.

A mayor abundamiento, acrecentando la gravedad de este problema, la referida autora¹⁶ expone con acierto cómo a ello debemos de sumar una falta de planificación de los programas de ejercicio físico relacionados con la salud, lo que limita su eficacia de cara a mejorar la condición física de la población.

Ismael FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁷, por su parte, nos alerta sobre el aumento alarmante en España de las denominadas enfermedades hipocinéticas¹⁸, tales como las cardiopatías coronarias, la hipertensión, la diabetes y la osteoporosis, entre otras; así como un aumento espectacular de la obesidad¹⁹.

¹⁵ La obesidad –otro de los factores de riesgo para las enfermedades cardiovasculares– afecta a entre el 8 y el 25% de los adultos de la UE, y a uno de cada cinco niños europeos. La Asociación Española de Pediatría ha alertado de que el sobrepeso y la obesidad infantil que sufre España es "mucho más peligrosa" que la que padecían los niños de hace 20 años, y no sólo porque ésta esté aumentando y afecte ya a casi la mitad de los niños de 6 a 9 años, sino porque conlleva complicaciones "más graves" que entonces. Véase el boletín, editado por la Consejería de Comercio, Turismo y Deporte de la Junta de Andalucía, *Noticias de Medicina del Deporte*, núm. 229.

¹⁶ ESCALANTE, Yolanda: "Actividad física, ejercicio físico y condición física en el ámbito de la salud pública", *Revista Española de Salud Pública*, Vol. 85, núm.4, 2011, pp. 325-328.

En palabras de esta autora: «en algunas ocasiones los programas que llegan a la ciudadanía están lejos de contar con la planificación y estructuración requerida, o no se sustentan en un soporte científico claro. Por ejemplo, son escasos los estudios sobre programas de ejercicio físico tan de moda como el aquaerobic o el pilates. Así, parece necesario que desde el ámbito de la Salud Pública se fomente la práctica de programas de ejercicio físico bien planificados que permitan una mejora de la condición física relacionada con la salud».

¹⁷ Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Ismael: *Actividad física y Salud, dos caras de una misma moneda* [online]. Disponible en la URL: <http://www.arenasport.com/descargas/Art%EDculo%20revista.pdf> [Con acceso el 7.10.2011].

¹⁸ Dada la situación de los países desarrollados en la actualidad con respecto a la práctica de actividad física, los expertos americanos han descrito ya un conjunto de patologías conocidas como enfermedades hipocinéticas. En los EE.UU., incluso se ha acuñado el término S.e.D.S. (*Sedentary death syndrome* o síndrome de la muerte sedentaria) para englobar todas aquellas enfermedades que se agravan por la falta de ejercicio físico. Ahora se engloban 35 procesos bajo esta denominación, por nombrar sólo algunos: la hipertensión, la hiperlipidemia, episodios de ansiedad y estrés, enfermedades vasculares periféricas, infartos, osteoporosis, apneas de sueño, cáncer de colon, etc.

¹⁹ La tasa nacional de obesidad y sobrepeso ha rebasado ya la frontera del 40%. España está entre los primeros Estados de la Unión Europea con este problema y nos vamos acercan-

¹² RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel: "La protección de la salud a través del derecho administrativo social...", *op. cit.*, en esp., pp. 43 y ss.

¹³ LAIN ENTRALGO, Pedro: *La medicina hipocrática*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 320.

¹⁴ A la luz del *Informe sobre la Salud en el Mundo 2002 "Reducir los Riesgos y Promover una Vida Sana"* de la Organización Mundial de la Salud [online]. Disponible en la URL: <http://www.who.int/whr/previous/es/> [Con acceso el 7.10.2011].

Todo ello cuando son incuestionables, desde el punto de vista científico, los beneficios que comporta la práctica de la actividad física y su impacto en la salud individual y colectiva de la población. Por ello, cada vez son más las llamadas de atención de las organizaciones profesionales y políticas de la salud, como la OMS, que reclaman la necesidad de un impulso decidido a la generalización de la actividad física en nuestra sociedad²⁰; ya que la falta de actividad física eleva la incidencia del sobrepeso, la obesidad y una serie de enfermedades crónicas, como las cardiovasculares o la diabetes, que disminuyen la calidad de vida, ponen en riesgo la misma y constituyen una carga para los presupuestos sanitarios y para la economía²¹.

Y es que, junto a las razones sanitarias ya apuntadas, hemos de sumar, además, razones de índole económica: un aumento de la práctica deportiva conlleva un menor gasto sanitario, como dejó patente un estudio de la Fundación Andalucía Olímpica realizado en el año 2001²².

La OMS recomienda un mínimo de treinta minutos diarios de actividad física moderada para adultos y de sesenta minutos para niños (que incluye el deporte, pero no se limita sólo a él). Las autoridades

do a pasos agigantados al país paradigmático de la obesidad mundial: los Estados Unidos.

²⁰ La Organización Mundial de la Salud estima que la inactividad física causa, en conjunto, 1,9 millones de defunciones a nivel mundial y que está detrás de un 10% a un 16 % de los casos de cáncer de mama, cáncer colorrectal y diabetes mellitus y aproximadamente un 22% de los casos de cardiopatía isquémica.

²¹ Véase el *Libro Blanco sobre el Deporte* elaborado por la Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas, 11.07.2007. COM (2007) 391 final. Diversas iniciativas a nivel de la Unión Europea han puesto de manifiesto la estrecha relación entre la actividad física y la buena o mala salud de la población. En este campo, resulta de especial interés la propuesta de la Unión Europea de que parte de los fondos que se obtienen por la comercialización de los grandes eventos deportivos se destine al fomento de la práctica deportiva con fines de salud.

Al efecto, véanse las *Directrices de actividad física de la UE. Actuaciones recomendadas para apoyar la actividad física que promueve la salud*, publicadas en la página web institucional del Consejo Superior de Deportes [online]. Disponible en la URL: <http://www.csd.gob.es/csd/estaticos/dep-salud/Directrices-Actividad-Fisica-UE-web.pdf> [Con acceso el 7.10.2011].

²² Sobre la base de que cada persona con hábitos deportivos produce un ahorro sanitario anual en Andalucía de 21.000 pesetas de media (126.21€), el estudio asegura que la Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía dejaría de gastar 34.000 millones anuales (204.344.115,49€) gracias a una suficiente rutina deportiva.

públicas y las organizaciones privadas de los Estados miembros deberían contribuir a alcanzar este objetivo. Estudios recientes, como el Libro Blanco sobre el Deporte de la Comisión Europea, muestran que no se está progresando lo suficiente.

La Comisión Europea recomienda que se fomente en los Estados miembros, a nivel ministerial, una colaboración más estrecha entre los sectores sanitario, educativo y deportivo, al objeto de definir e implementar estrategias coherentes para reducir el sobrepeso, la obesidad y otros riesgos para la salud.

En este contexto, la Comisión anima a los Estados miembros a estudiar la manera de promover el concepto de “vida activa” a través de los sistemas nacionales de educación y formación, incluida la formación del personal docente. En esta línea se mueve, en Andalucía, el Plan andaluz para la Promoción de la Actividad Física y la Alimentación Equilibrada, elaborado por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, y que examinaremos más adelante.

En el ámbito de la Unión Europea, a fin de mejorar la salud pública, hemos de destacar la utilización de la actividad física y el deporte como estrategia de salud pública para la prevención y el control de enfermedades, tanto en el Programa de acción comunitaria para el fomento de la salud (1996-2002)²³ como en el Programa de acción comunitaria en el sector de la salud (2003-2008)²⁴. Estos instrumentos comunitarios luchan contra factores de riesgo como el tabaquismo y el alcohol, y promueven modos de vida saludable, principalmente, fomentando la práctica de actividad física y deportiva y el seguimiento de una dieta equilibrada.

Pese a todo lo dicho anteriormente, las experiencias de promoción de la actividad física y el deporte en el ámbito sanitario andaluz son escasas, no así en el ámbito deportivo local, donde se han acogido las llamadas de atención de la OMS y de la Unión Europea para que se fomente el deporte y la actividad fisi-

²³ Decisión 96/645/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de marzo de 1996, por la que se adopta un programa de acción comunitario de fomento, de información, de educación y de formación en materia de salud, en el marco de la acción en el ámbito de la salud pública (1996-2000) [DO L 95 de 16.04.1996]. Modificado por la Decisión 521/2001/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2001, por la que se prorrogan algunos programas de acción comunitaria en el ámbito de la salud pública [DO L 79 de 17.03.2001].

²⁴ Decisión 1786/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, por la que se adopta un programa de acción comunitario en el ámbito de la salud pública (2003-2008) [DO L 271 de 09.10.2002].

ca con fines de salud, como una estrategia sanitaria más en el campo de la salud pública. En este sentido, como podremos comprobar a lo largo de este trabajo, los Ayuntamientos andaluces prestan una amplia oferta de servicios deportivos saludables e incluso se han llevado a cabo experiencias de sustitución de medicación por actividad física, como en el caso del Ayuntamiento de La Algaba (Sevilla), en colaboración con el Servicio Andaluz de Salud, a la que nos referiremos en el presente estudio por su especial interés.

3. LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS PODERES PÚBLICOS DE FOMENTAR LA PRÁCTICA DEL DEPORTE CON FINES DE SALUD Y SU DESARROLLO EN LA LEGISLACIÓN DEPORTIVA Y DE SALUD

Desde este trabajo defendemos la obligación constitucional de los poderes públicos de fomentar la práctica del deporte con fines de salud, a la luz de la interpretación que del término “deporte” se ha realizado tanto por la jurisprudencia como por la doctrina (CAZORLA PRIETO, JIMÉNEZ SOTO, REAL FERRER o DE LA PLATA CABALLERO²⁵). Todo ello, principalmente, en base a tres pilares: la propia ubicación sistemática del artículo 43.3 de nuestra Constitución²⁶, la postura a este respecto de los orga-

nismos internacionales²⁷ y/o el reconocimiento jurisprudencial propiciado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1988²⁸.

De la lectura de estos documentos, se colige, claramente, que el deporte representa un bien jurídico querido por nuestro Constituyente, que está íntimamente relacionado con otros bienes jurídicos como la salud, el ocio y la educación (BARRANCO VELA), y que debe ser fomentado por los Poderes públicos con el objetivo primordial de aumentar su conocimiento y ejercicio²⁹. Los Poderes públicos —en especial, los Ayuntamientos³⁰— han de promover la práctica deportiva del ciudadano de a pié, como actividad espontánea, desinteresada y lúdica, con fines educativos y sanitarios. No toda práctica deportiva

todo ciudadano a conocer y practicar libre y voluntariamente el deporte en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna».

²⁷ Por ejemplo, téngase en cuenta la Carta Europea del Deporte para Todos, de 1976, donde se afirma que «Todo individuo tiene derecho a la práctica del deporte», siendo en su artículo 2 donde se señala que «La promoción del deporte, como factor importante del desarrollo humano, debe ser favorecida y sostenida de forma apropiada por los fondos públicos» (artículo 1); o la Carta Europea del Deporte, de 1992, donde se recoge, por su parte, que «Se tomarán medidas que permitan a todos los ciudadanos la posibilidad de que practiquen deporte y, si fuera necesario, medidas suplementarias que permitan a los individuos o a los jóvenes dotados, así como a las personas o grupos desfavorecidos o con minusvalías beneficiarse realmente de estas posibilidades» (artículo 4.2).

²⁸ Un brillante estudio de estos tres pilares se contiene en JIMÉNEZ SOTO, Ignacio: “El derecho al deporte y al ocio”, en MOLINA NAVARRETE, C., MONEREO PÉREZ, J. L. y MORENO VIDA, M^a N. (Coords.): *Comentario a la constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 1567-1606.

²⁹ Ver estas consideraciones y otras adicionales en BARRANCO VELA, Rafael: “El papel de la legislación autonómica en la promoción del deporte”, en DE LA PLATA CABALLERO, N. (Dir.): *Las Leyes del Deporte de la Democracia: Bases para una Ley del Siglo XXI*, Dykinson, Madrid, 2002.

³⁰ Tanto la Ley del Deporte de Andalucía [el artículo 7.1.a) sostiene que a los Ayuntamientos le corresponde “La promoción del deporte, especialmente del deporte de base y deporte para todos”] como el Estatuto de Autonomía de Andalucía [en su artículo 92.2 m) determina que los Ayuntamientos tienen competencias propias en los términos que determinen las leyes en materia de promoción del deporte y gestión de equipamientos deportivos de uso público] y la recientemente aprobada Ley de Autonomía Local de Andalucía (en cuyo artículo 9.18 se reconoce a los Ayuntamientos Andaluces competencias para la promoción del deporte base y deporte para todos) reservan a los Ayuntamientos andaluces la competencia de promocionar el deporte —y, en especial, el deporte para todos— en sus respectivos ámbitos territoriales de competencia.

²⁵ Véase, por ejemplo, DE LA PLATA CABALLERO, Nicolás: *Los servicios públicos deportivos*, Universidad Europea de Madrid CEES IAD, Madrid, 2001.

²⁶ Como es sabido, el artículo 43.3. de la Constitución dispone: “Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte. Asimismo facilitarán la adecuada utilización del ocio”. El deporte no es presentado en el artículo 43.3 CE como un derecho, sino como un principio rector. Lo que implica, en virtud del artículo 53.3 CE, que su reconocimiento, respeto y protección informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos, y que sólo podrá ser alegado ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. No obstante, el propio Tribunal Supremo (en Sentencia de 9 de mayo de 1986) indicó que este tipo de principios no eran meras normas programáticas. Su eficacia no se circunscribe al campo de la retórica política. Son principios vitales, vivos, que otorgan y limitan los poderes del Gobierno de nuestra Nación.

No obstante, aunque no hay reconocido directamente un derecho al deporte en la Constitución, sí hay un reconocimiento indirecto o tangencial del mismo, en la medida en que hay una obligación de promoverlo por parte de los poderes públicos (AGUIRREAZKUEÑAGA). En este sentido, por ejemplo, se manifiesta el artículo 2, letra a), de la Ley del Deporte andaluza, donde se contempla como uno de los principios rectores de los Poderes públicos de Andalucía en su actividad de fomento del deporte y tutela de su ejercicio: «el derecho de

debe ser objeto de la misma promoción; los Poderes públicos han de prestar una especial atención a la actividad física realizada con objetivos fundamentales de ocupación del tiempo libre y mejora de la salud.

No le cabe ninguna duda a nuestro Tribunal Supremo³¹ de la especial promoción a la que obliga nuestro Texto constitucional de la práctica deportiva con fines educativos y sanitarios. Para el Tribunal Supremo es éste el sentido y significado que se le ha dado al término “deporte” en la Constitución. Para nuestro Alto Tribunal, el fenómeno deportivo que ha de ser objeto de fomento por parte de los Poderes públicos es el “deporte activo” o “deporte popular”³², que contribuye a mejorar la salud o a prevenir aquella. Es sobre este deporte sobre el que obliga la Constitución a los Poderes públicos a emplear todas las técnicas de intervención administrativa de que se dispongan, desde el fomento³³ hasta la prestación de servicios de forma directa o indirecta.

En este sentido, en el Fundamento Jurídico 7º de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23 de marzo de 1988, éste afirma: «la circunstancia de que la disposición que establece el deber de fomento del deporte es un apartado del precepto donde se reconoce el derecho de todo ciudadano a la protección de su salud y, en buena medida el apartado que alude al «fenómeno deportivo» está imbuido del espíritu de todo el artículo 43, la protección a la salud, lo cual sólo se puede lograr mediante el deporte activo y cuanto más extendido mejor, es decir, mediante el deporte popular» (o “deporte para todos”³⁴).

³¹ Véase al efecto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 23 de marzo de 1988.

³² REAL FERRER clasifica los campos de la actividad deportiva en la forma que sigue: a) Deporte aficionado, de masas, para todos o popular; b) Deporte Profesional y c) Deporte de alta competición. Véase REAL FERRER, Gabriel: *Derecho Público del Deporte*, Civitas, Madrid, 1991, p. 166.

³³ La Constitución española, en su artículo 43.3, obliga a los Poderes públicos a fomentar el deporte. Para no entrar de nuevo en la polémica que se suscitó recién aprobada la Constitución sobre el alcance y significado del término “fomento”, que desde el punto de vista del Derecho Administrativo es una técnica de intervención administrativa, con gran acierto se utiliza la expresión “promocionar”, que es un término más amplio, que comprende el uso de todas las técnicas de intervención administrativa de que dispone la Administración Pública.

³⁴ El “deporte para todos” es un concepto diferenciado de otras prácticas más competitivas y agonísticas. Reivindica la esencia original del deporte moderno y tiene como meta inicial la preservación de los elementos constitutivos del ocio (ocupación voluntaria, descanso, diversión, formación, información, participación social, capacidad creadora, recupera-

Un deporte de cuyos efectos positivos sobre la salud y el bienestar han de poder beneficiarse todos los ciudadanos y ciudadanas, prestando una especial atención, como así lo proclama el artículo 3 de la Ley del Deporte andaluza (con un mandato expreso a los Poderes públicos andaluces), a los niños, jóvenes, mujeres, personas mayores, a los discapacitados, así como a los sectores sociales más desfavorecidos, teniendo especialmente en consideración aquellas zonas (municipios pequeños, zonas de difícil acceso o barrios marginales) o grupos a los que la ayuda en estas actividades pueda suponer un mecanismo de integración social o una mejora de su bienestar social (tales como inmigrantes, toxicómanos, reclusos...) ³⁵.

El deporte se erige como un factor corrector de desequilibrios sociales, un elemento favorecedor de la inserción social y, por supuesto, un elemento determinante de la calidad de vida que incide decisivamente sobre la salud física y mental de quienes lo practican, en conexión con la definición amplia de salud propuesta por la OMS³⁶. Por ello, toda la po-

ción). Este deporte se desarrolla desde el placer por el movimiento, buscando valores higiénicos de salud física y mental, y como búsqueda de ocupación del ocio, independientemente de la edad, el sexo, la capacidad física. A tenor de lo dispuesto en el *Plan General del Deporte de Andalucía*, en especial, pp. 238 y ss.

³⁵ La Ley del Deporte estatal es, en este campo, mucho más escueta que nuestra norma autonómica: en su artículo 4, apartado 1, atiende a la promoción de la práctica deportiva realizada por los jóvenes, y en su apartado 2, a la realizada por las personas con minusvalías, olvidándose, así, de la mujer y de las personas mayores. La Administración del Estado, por otra parte, sí procurará los medios necesarios que posibiliten a los deportistas residentes en los territorios insulares y de Ceuta y Melilla la participación en competiciones deportivas no profesionales de ámbito estatal en condiciones de igualdad.

³⁶ En esta dirección, confirmando nuestra posición, se pronuncian tanto la Exposición de Motivos de la Ley del Deporte estatal: «El deporte se constituye como un elemento fundamental del sistema educativo y su práctica es importante en el mantenimiento de la salud y, por tanto, es un factor corrector de desequilibrios sociales que contribuye al desarrollo de la igualdad entre los ciudadanos, crea hábitos favorecedores de la inserción social y, asimismo, su práctica en equipo fomenta la solidaridad. Todo esto conforma el deporte como elemento determinante de la calidad de vida y la utilización activa y participativa del tiempo de ocio en la sociedad contemporánea»; como de la Ley del Deporte andaluza: «La práctica deportiva constituye hoy un fenómeno social de especial trascendencia; por una parte, se ha confirmado su importancia como elemento coadyuvante a la salud física y mental de quienes lo practican, por otra parte, se ha revelado como un gran factor de corrección de desequilibrios sociales, crea hábitos favorecedores de la inserción social, canaliza el cada vez más creciente tiempo de ocio y fomenta la solidaridad mediante su práctica en grupo o en equipo».

blación, sin exclusiones, debe poder acceder a sus beneficios.

En este sentido, en primer lugar, todos los programas públicos de desarrollo del deporte incorporarán, a nivel estatal y autonómico, la efectiva consideración del principio de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución³⁷, ya que el deporte sigue siendo un territorio muy estereotipado, marcado por el género, en el que se reproducen los modelos dominantes y la clásica división de roles.

Ha sido muy tardía la incorporación de la mujer al mundo del deporte y de la actividad física. El acceso a la práctica deportiva tiene que ser un derecho universal del que la mujer no puede verse privada. Muchos han sido los factores que han generado esta situación, principalmente, por un lado, la falta de tiempo libre, al haber ocupado ésta la mayor parte de su tiempo en hacer posible el de otras personas³⁸, y, por otro, las rígidas estructuras que tradicionalmente han caracterizado al mundo del deporte y que han discriminado el acceso y participación de la mujer en todos los niveles deportivos. Por ello, es más que necesaria la integración del objetivo de la igualdad real también en el diseño y en la aplicación de las políticas deportivas y de ocio (*mainstreaming*).

El fomento del deporte prestará también una especial atención a los niños, a los jóvenes, a las personas mayores, a los discapacitados (físicos, psíquicos³⁹, sensoriales o mixtos), así como a los sectores

sociales más desfavorecidos; es decir, a todos aquellos colectivos que presentan unas necesidades especiales y que requieren, por ello, una mayor atención por parte de los Poderes públicos.

De ello no sólo se da cuenta, en Andalucía, en lo que atiene a la práctica de la actividad física, en la propia Ley del Deporte andaluza, si no que también las diferentes normas sectoriales que se ocupan de regular la intervención de la Administración autonómica y local en relación con estos colectivos hacen específicas menciones a este respecto⁴⁰. Basten tres ejemplos en apoyo de nuestras palabras:

El artículo 37 de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores⁴¹, en donde se establece que se fomentarán las actividades deportivas (adecuadas a sus necesidades) de las personas mayores, facilitándoles, por ejemplo, el uso y disfrute de instalaciones deportivas.

El artículo 12.2 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor, donde se afirma que todos los menores tienen derecho a que el juego forme parte de su actividad cotidiana, como elemento esencial para su desarrollo evolutivo y proceso de socialización, y que las Administraciones públicas fomentarán la realización de actividades deportivas y recreativas, así como la creación y ampliación de las instalaciones deportivas que éstos necesitan⁴².

O, por último, el artículo 45 de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía, donde se proclama que las Administraciones públicas establecerán los cauces normativos y las medidas de fomento adecuadas para

³⁷ Así lo proclama, a nivel estatal, el artículo 29 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y, a nivel andaluz, el artículo 4 del borrador de la futura Ley del Deporte de Andalucía. Este aspecto ha sido estudiado con detalle por uno de los autores de este artículo: BOMBILLAR SÁENZ, Francisco Miguel: "La actividad de fomento a favor de la mujer en el ámbito del deporte y el ocio, con especial referencia a la Comunidad Autónoma andaluza", *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 5, 2005, pp. 17-47; y "El derecho a la salud de la mujer deportista profesional", *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 18 (2006-2), pp. 31-46.

³⁸ Véase COMISIÓN CONSULTIVA EMAKUNDE: "Mujeres y ocio: ser en otro espacio, en otro tiempo", en SETIÉN, M. L. y LÓPEZ MARUGÁN, A. (Eds.): *Mujeres y ocio: nuevas redes de espacios y tiempos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2002, pp. 87 y 89; así como MURILLO DE LA VEGA, Soledad: *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*, Ed. Siglo XXI, Madrid, 1996, y BALAGUER CALLEJÓN, María Luisa: *Mujer y Constitución: La construcción jurídica del género*, Feminismos, Cátedra, Universitat de València, Instituto de la Mujer, Madrid, 2005.

³⁹ Tomemos en este campo como referencia el *II Plan Integral de Salud Mental de Andalucía, 2008-2012* de la Consejería Salud de la Junta de Andalucía; o el *Plan Municipal de*

Actuación Integral con Personas con Discapacidad, 2005-2010 del Excmo. Ayuntamiento de Córdoba.

⁴⁰ Nos remitimos a los interesantes trabajos de Francisco J. DURÁN RUIZ en este ámbito: "El fomento de la actividad deportiva de grupos con necesidades especiales en Andalucía", *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 4, 2004, pp. 137-162; o, particularizado en el campo de la extranjería, "El derecho al deporte de los extranjeros: una oportunidad para la integración (con especial referencia a la Comunidad Autónoma andaluza)", *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 2, 2002, pp. 39-75.

⁴¹ Las especiales implicaciones de este colectivo con la actividad física han sido analizadas en LUNA QUESADA, Javier y DE LA PLATA CABALLERO, Nicolás: "Aproximación al marco jurídico de las relaciones entre las personas mayores y el deporte", *Derecho deportivo*, núm. 3-4, 2003, pp. 139-151.

⁴² A este fin, se promoverán las actuaciones urbanísticas destinadas a ampliar o crear los equipamientos e instalaciones necesarios y adecuados, en función de la población infantil y juvenil existente en la zona.

facilitar el acceso de las personas con discapacidad a las actividades deportivas. Las entidades responsables de esta oferta contarán con los profesionales adecuados en las actuaciones que desarrollen⁴³, y prestarán una especial atención a la incorporación en este ámbito de las nuevas tecnologías, pues éstas permiten y mejoran el uso y disfrute de estos recursos por parte de este colectivo.

Los Ayuntamientos, como Poder público andaluz, están obligados, pues, a fomentar el deporte entre sus ciudadanos y ciudadanas, prestando una especial atención a los grupos más desfavorecidos o que presentan necesidades especiales, en consonancia con el artículo 3 de la Ley del Deporte andaluza. Ello se traduce, en la práctica, en diversas y exitosas iniciativas puestas en marcha por los Ayuntamientos andaluces en relación con estos colectivos; en especial, con las personas mayores⁴⁴, las personas con discapacidad⁴⁵ o los menores en situación de riesgo⁴⁶.

4. ACTIVIDAD FÍSICA Y SALUD EN LA NUEVA LEY ESTATAL SOBRE SALUD PÚBLICA

Volviendo al ámbito estatal, hemos de tener muy en cuenta la reciente aprobación por el Congreso de los Diputados de la Ley General de Salud Pública⁴⁷. Esta norma, promovida por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, garantiza la extensión universal del derecho a la asistencia sanitaria pública a toda la población. Destaca, sin embargo, la escasa mención que se hace en la misma de la práctica regu-

lar de la actividad física como herramienta de prevención en materia de salud pública. En esta nueva norma estatal apenas se alude a la actividad física, pese a la declaración de “intenciones” que se contiene al respecto en su Exposición de Motivos⁴⁸, como medida principal de prevención ante enfermedades no transmisibles (obesidad, cardiovasculares, coronarias...), que también producen un elevado gasto en la sanidad pública. De hecho, únicamente se hace referencia en esta norma a la actividad física en la parte destinada a la promoción de la salud en el lugar de trabajo, a través del fomento y desarrollo de entornos y hábitos de vida saludables.

Esta Ley tiene por objeto establecer las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible. Este objetivo pretende lograrse a través de políticas, programas, servicios y, en general, actuaciones de toda índole, desarrolladas por los Poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas, con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud. De esta forma, se pretende prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como en la colectiva.

La insuficiente regulación de la Ley estatal referida contrasta con la regulación que de esta materia realiza el proyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía, que examinaremos más adelante.

5. LA PROMOCIÓN Y DEFENSA DE LA SALUD A TRAVÉS DE LA ACTIVIDAD FÍSICA Y EL DEPORTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ANDALUZ.

5.1. Regulación actual.

Se expone a continuación la regulación actual, que gira en torno a la Ley del Deporte de 1998 y su posterior y prolijo desarrollo reglamentario operado, hasta la actualidad, por la Junta de Andalucía⁴⁹.

⁴⁸ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley General de Salud Pública se refiere, en su Capítulo III, a la actividad física en los siguientes términos: «El capítulo III establece las líneas generales que deben seguir las políticas en materia de prevención de problemas de salud y sus determinantes, que tienen por objeto reducir la incidencia y la prevalencia de ciertas enfermedades, lesiones y discapacidades en la población y atenuar sus consecuencias negativas mediante políticas de carácter sanitario, ambiental, económico, laboral, alimentario o de promoción de la actividad física, entre otras».

⁴⁹ Destacados estudios doctrinales sobre el ordenamiento jurídico-deportivo andaluz se han llevado a cabo por parte de los integrantes de la Asociación Andaluza de Derecho Deportivo. La labor de esta importante asociación, entidad privada

⁴³ Véase, a modo de ejemplo, el *Plan de Acción para las Personas Mayores, 2003-2007* del IMSERSO, Ministerio de Trabajo del Gobierno de España.

⁴⁴ La Diputación de Málaga, como se verá más adelante, ha sido pionera en la implantación de programas deportivos especialmente dirigidos a mayores.

⁴⁵ El Ayuntamiento de Granada, con la creación de la Oficina Municipal del Deporte Adaptado, ha sido pionero en la realización de un programa de actividades deportivas dirigido a las personas con discapacidad. Puede consultarse esta iniciativa [online] en la siguiente URL: www.pmdgranada.org

⁴⁶ La práctica deportiva contribuye a la adquisición de valores y de un estilo de vida saludable. Esa es la experiencia del Ayuntamiento de Granada en los programas de colaboración con las Asociaciones de Vecinos para la ejecución de actividades deportivas en barrios ubicados en zonas de actuación preferencial, en los que el deporte sirve de medio para la integración y la adquisición de hábitos saludables. También puede consultarse esta experiencia en la web del Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Granada: www.pmdgranada.org [Con acceso 7.10.2011].

⁴⁷ Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (BOE, núm. 240, de 5 de octubre de 2011).

5.1.1. La Ley del Deporte de Andalucía

Tal como se hace constar en la Exposición de motivos de la Ley del Deporte de Andalucía⁵⁰, «la práctica deportiva constituye hoy un fenómeno social de especial trascendencia; por una parte, se ha confirmado su importancia como elemento coadyuvante a la salud física y mental de quienes lo practican. Con dicha finalidad se aprueba esta ley, inspirada en el principio de fomento al deporte dentro del respeto a la iniciativa privada, lo que no impide, sin embargo, que se intervenga de forma decidida en todo cuanto contribuya a reforzar los derechos de los ciudadanos, en general, y de los deportistas, en particular, a practicar el deporte con garantía para su salud y con respeto a los principios que desde la antigüedad vienen inspirando su ejercicio».

La Ley citada se propone que la actividad física y el deporte contribuyan al desarrollo y a la formación integral de las personas y a la mejora de su calidad de vida, adquiriendo con su práctica hábitos saludables que contribuyan a la mejora de la salud pública de la población.

5.1.2. El Decreto de Acreditación de Centros Deportivos

Aunque no es una norma de obligado cumplimiento, salvo para los centros deportivos que se acrediten en algunas de las tres categorías que contempla el mismo (básico, superior y excelente), el Decreto de Acreditación de Centros Deportivos⁵¹ resulta de gran interés para nuestro estudio por las propuestas que contiene.

El Decreto dispone, en su artículo 19, que la programación técnico-deportiva de los Centros Deportivos Superiores y Excelentes contará con mecanismos de evaluación, previstos por la Dirección Técnica⁵², que permitan asignar a los usuarios el nivel de desa-

rollo de la actividad deportiva⁵³ que les corresponda en función de su edad, sexo, discapacidad o patología médica, mediante una actividad físico deportiva adaptada.

Los Centros Deportivos Superiores, por su parte, deberán contar con un servicio médico, situado dentro de las instalaciones deportivas, que realizará las funciones propias de la especialidad de Medicina Deportiva. Este servicio dispondrá de un espacio físico de, al menos, 30 metros cuadrados y estará dotado de mobiliario de consulta, material clínico general para exploración y curas, desfibrilador semiautomático, electrocardiógrafo, espirómetro y ergómetro para pruebas de esfuerzo.

Entre las funciones de este servicio médico (artículo 20) se encuentran asesorar a la dirección del centro en materia de prácticas deportivas saludables, en orden a obtener un mejor rendimiento de los usuarios y en prevención de accidentes o potenciales riesgos para su salud; expedir a los usuarios certificados o informes de aptitud deportiva para la práctica deportiva, mediante una anamnesis personal y deportiva cuyo examen médico comprenderá el análisis de la función cardiopulmonar y del aparato locomotor; el control médico-deportivo de la condición física y de la salud de los usuarios, con una periodicidad mínima de seis meses; la prescripción y orientación médico-deportiva del programa de actividad física adaptada a las características y necesidades de los usuarios, según su edad; la formación del personal técnico del centro deportivo en este ámbito; o velar por la correcta dotación de los dispositivos de seguridad en materia de protección de la salud.

5.1.3. Normativa sobre Deporte Escolar

El Decreto por el que se regula el deporte en edad escolar en Andalucía⁵⁴ obliga a que toda práctica deportiva realizada por un deportista en edad escolar⁵⁵ se desarrolle bajo la dirección técnica de una

de referencia en el estudio del Derecho Deportivo en España, puede consultarse en su página web institucional: www.derechodeportivo.org/

⁵⁰ Ley 6/1998, de 14 de diciembre, del Deporte (BOJA núm. 148, de 29 de diciembre de 1998).

⁵¹ Decreto 183/2006, de 17 de octubre, por el que se regula la acreditación de centros deportivos y se crea y regula el Registro Andaluz de Acreditación de Centros Deportivos (BOJA núm. 221, de 15 de noviembre de 2006).

⁵² La Dirección Técnica contará con el historial individual de cada uno de los usuarios, donde se recogerá, además de sus datos personales, el certificado o informe médico de aptitud deportiva, si lo hubiere, así como los antecedentes en la práctica de actividades físico-deportivas.

⁵³ Son servicios deportivos, a los efectos del referido Decreto, las actividades físico-deportivas cuyos objetivos sean la prevención, recuperación, mantenimiento o recreación, mediante juegos, deportes o ejercicios físicos de toda índole, dentro del concepto “deporte para todos”, las prestaciones de carácter médico-deportivas y aquellas otras destinadas a la salud de la persona deportista.

⁵⁴ Decreto 6/2008, de 15 de enero, por el que se regula el deporte en edad escolar en Andalucía (BOJA núm. 21, de 30 de enero de 2008).

⁵⁵ En el ámbito del deporte en edad escolar, es imprescindible la consulta de la monografía de DE LA IGLESIA PRA-DOS, Gonzalo: *Régimen jurídico del deporte en edad escolar*,

persona que esté en posesión de una de las siguientes titulaciones oficiales (artículo 7): Licenciatura en Ciencias de la Actividad Física y el Deporte, Maestro especialista en Educación Física, Técnico Superior en Animación de Actividades Físicas y Deportivas, Técnico en Conducción de Actividades Físico Deportivas en el Medio Natural y Técnico Deportivo Superior o Técnico Deportivo en cada una de las modalidades y especialidades deportivas.

La Orden por la que se regula el Plan de Deporte en Edad Escolar de Andalucía⁵⁶ establece que la misión del mismo es atender a las necesidades deportivas de la población en edad escolar en Andalucía y potenciar el ocio activo y saludable a través de la práctica deportiva, mediante una oferta ordenada y coordinada, entre las Administraciones con competencias en materia de educación, salud y deporte, las Entidades locales y las Entidades deportivas andaluzas (artículo 6)⁵⁷; proporcionando a toda la población andaluza en edad escolar⁵⁸ la oportunidad de practicar el deporte que más se adapte a sus necesidades, intereses y capacidades, en condiciones de excelencia.

Este Plan tiene entre sus ejes estratégicos la práctica deportiva impulsora de hábitos de ocio saludables desde la edad escolar y para siempre; planteándose, para ello, en su artículo 11, incrementar la oferta de práctica deportiva adaptada a las necesidades de la población en edad escolar y orientada a la consolidación de hábitos saludables y de vida acti-

va, a través de una serie de objetivos fijados en su artículo 8⁵⁹.

Finalmente, con relación a la protección del deportista en edad escolar, el artículo 16 de la Orden referida dispone que la Comisión de Seguimiento y las Comisiones Provinciales de Seguimiento del Plan de Deporte en Edad Escolar de Andalucía adoptarán las medidas necesarias para garantizar, en sus respectivos ámbitos territoriales, la coordinación entre la Administración de la Junta de Andalucía con las Entidades locales andaluzas, a fin de que tanto los deportistas participantes en los programas como sus representantes legales dispongan de información sobre las características y modalidades de las actividades deportivas, su repercusión sobre la salud, así como su adecuación a las necesidades de los grupos escolares, especialmente en el caso de menores que presenten algún problema o situación que pueda suponer limitación o riesgo para su salud.

5.1.4. La obligación de los Poderes públicos andaluces, establecida en las leyes autonómicas de mayores, personas con discapacidad y menores, de facilitar el acceso a las actividades deportivas.

Nos remitimos en este punto a lo dicho anteriormente en este mismo trabajo en el epígrafe 3 *in fine*, en relación con el artículo 37 de la Ley 6/1999, de 7 de julio, de Atención y Protección a las Personas Mayores, el artículo 12.2 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los derechos y la atención al menor o, por último, el artículo 45 de la Ley 1/1999, de 31 de marzo, de atención a las personas con discapacidad en Andalucía.

Bosch, Barcelona, 2004. También es interesante la lectura del capítulo de TEROL GÓMEZ, Ramón: "Deporte en edad escolar y deporte universitario", en ESPARTERO CASADO, J. (Coord.): *Introducción al derecho del deporte*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 479-506.

⁵⁶ Orden de 11 de enero de 2011, conjunta de las Consejerías de Educación, Salud, y Turismo, Comercio y Deporte, por la que se regula el Plan de Deporte en Edad Escolar de Andalucía, y se aprueban los programas que lo integran en el curso 2010-2011 (*BOJA*, núm. 53, de 16 de marzo de 2011).

⁵⁷ Se tenga en cuenta también a este respecto, el análisis de DE LA PLATA CABALLERO, Nicolás: "La competición en edad escolar: aspectos competenciales entre el Estado y las CC.AA.", en CARRETERO LESTÓN, J. L. (Coord.): *La Constitución y el deporte: X Jornadas Unisport sobre Derecho deportivo*, UNISPORT, 1994, pp. 63-69.

⁵⁸ Específicamente, en relación con la situación del deporte en edad escolar en Andalucía, nos remitimos al estudio de ROMERO GRANADOS, Santiago: "El deporte escolar en Andalucía", en FRAILE ARANDA, A. (Coord.): *El deporte escolar en el siglo XXI: análisis y debate desde una perspectiva europea*, Graó, Barcelona, 2004, pp. 117-132.

⁵⁹ El artículo 8 contempla los siguientes objetivos: incrementar la tasa de práctica deportiva de la población en edad escolar, hasta conseguir su universalización, con especial énfasis en la participación femenina; realizar una oferta de programas de deporte en edad escolar que atienda a la diversidad de necesidades e intereses de la población en edad escolar, con especial interés por colectivos vulnerables (como las personas con problemas de salud o discapacidad, las personas inmigrantes y los colectivos con dificultades socioeconómicas); concienciar a la sociedad de la importancia que para la salud de la población en edad escolar tiene una práctica físico-deportiva regular y sistemática; conseguir la plena autonomía de la población en edad escolar participante en el proceso de formación físico-deportiva, para que el deporte llegue a formar parte de un estilo de vida saludable como la manera más adecuada de ocupación y disfrute activo en su tiempo de ocio presente y futuro; y fomentar la práctica del deporte como parte esencial de un estilo de vida activo y favorecedor de salud presente y futura.

5.2. Regulación de futuro

En la actualidad, se encuentran en trámite de elaboración tres borradores de leyes en Andalucía –el borrador de la nueva Ley del deporte, el borrador de la Ley reguladora de las profesiones del deporte y el anteproyecto de la Ley de salud pública–, de gran transcendencia para nuestro estudio, toda vez que formalizarán, si llegan a feliz término, el compromiso de los Poderes públicos andaluces para con la promoción de la actividad física y el deporte saludable, aunque en la trayectoria de muchos Ayuntamientos y Diputaciones andaluzas se trate de un servicio consolidado. Analicemos a continuación cada uno de los textos referidos.

5.2.1. La futura nueva Ley del Deporte

El borrador de esta Ley⁶⁰ señala, en su Exposición de motivos, que aquélla pretende adaptar el marco legal andaluz a la realidad deportiva de esta Comunidad Autónoma, incidiendo y facilitando la búsqueda de la calidad y la excelencia. Siguiendo dicha finalidad e inspirada en los principios de igualdad y seguridad de la práctica deportiva, este borrador de ley tiene la ambiciosa pretensión de extender la cultura del deporte a toda la ciudadanía andaluza con posibilidades de practicarlo, garantizando el efectivo aprovechamiento de sus valores intrínsecos y, especialmente, de los beneficios que reporta para la salud y la educación la práctica deportiva.

Esta futura norma se marca como objetivo que la práctica deportiva se realice en las mejores condiciones de seguridad y salubridad. En este sentido, se introducen importantes novedades en este texto, regulando un completo catálogo de derechos y deberes de los deportistas, considerados en un sentido muy amplio, e incidiendo en los diferentes niveles de rendimiento y práctica deportiva, prestando una especial

atención al ámbito de la protección de la salud del deportista⁶¹.

Del examen de este articulado, deben destacarse con relación a nuestro estudio los siguientes preceptos que pasamos a comentar:

El artículo 2 del borrador, donde se reconoce una concepción universal del derecho al deporte en los términos que siguen: «Todas las personas físicas, en el ámbito territorial de Andalucía, tienen derecho a que la práctica del deporte se ajuste a sus intereses y a sus características personales, de acuerdo con las condiciones y requisitos que se establecen en esta ley y las disposiciones que la desarrollen».

El artículo 3, por su parte, entre las funciones del deporte, señala su contribución a la adquisición de hábitos saludables en las personas y a la mejora de la salud pública de la población, lo que representa un claro compromiso de la Administración autonómica andaluza con la promoción de la actividad física y el deporte saludable.

Por ello, la futura Ley define el término “deporte para todos” como «toda práctica deportiva basada en los intereses, aptitudes y aspiraciones de las personas participantes, realizada con objetivos fundamentales de ocupación del tiempo libre y mejora de la salud, así como de adquisición de hábitos deportivos».

Es más, en los principios rectores de esta Ley, se ordena que se formule la práctica deportiva como un factor esencial para la salud, el aumento de la calidad de vida, el bienestar social y el desarrollo integral de la persona. Esto implica la obligación de los Poderes públicos de informar y asesorar a los usuarios deportivos para que la práctica deportiva se ajuste a su situación y sea la adecuada a sus necesidades. Es decir, que sea saludable, factible y atractiva, como acerta-

⁶⁰ En relación con la vigente Ley del Deporte andaluza, podemos reseñar, entre otros, los siguientes trabajos doctrinales: BERMEJO VERA, José: “Comentario a la Ley del Deporte de Andalucía, de 14 de diciembre de 1998”, *Revista española de derecho deportivo*, núm. 13, 2001, pp. 119-124; DE LA PLATA CABALLERO, Nicolás: “Análisis de los orígenes de la Ley del Deporte de Andalucía y su aplicación reglamentaria”, *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 6, 2001, pp. 45-54; PÉREZ MONGUIÓ, José María: “Tramitación parlamentaria de la Ley del Deporte de Andalucía”, *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 3, 2003, pp. 121-140 o GAMERO CASADO, Eduardo: “Aproximaciones al objeto y a los principios rectores de la Ley del Deporte de Andalucía”, *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 4, 2004, pp. 97-110.

⁶¹ En relación con la protección de la salud del deportista por el ordenamiento jurídico andaluz, recomendamos la lectura de GAMERO CASADO, Eduardo: “Régimen jurídico de los reconocimientos médicos previos a la práctica deportiva”, *MD. Revista científica de medicina del deporte* (Ejemplar dedicado a: Muerte súbita en el deporte (II)), núm. 2, 2005, pp. 33-38. En cuanto al papel en este campo de los seguros deportivos, nos remitimos a GAMERO CASADO, Eduardo: *Los seguros deportivos obligatorios: régimen público vigente y perspectivas, con especial referencia al ámbito andaluz*, Bosch, Barcelona, 2004; JIMÉNEZ SOTO, Ignacio: “Naturaleza y contenido de los seguros previstos en la Ley 6/1998, de 14 de diciembre, del deporte. Los seguros de responsabilidad civil”, *Revista española de seguros*, núm. 102, 2000, pp. 333-368; y a FERNÁNDEZ LUQUE, José Manuel: “Los seguros obligatorios previstos en el artículo 37 de la Ley del Deporte de Andalucía”, *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 5, 2005, pp. 77-98.

damente exige el artículo 10 del anteproyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía.

Por otro lado, como no podía ser de otro modo, se mantiene en este texto la obligación de los Poderes públicos andaluces de fomentar, especialmente, el deporte entre los grupos de atención especial, en parecidos términos a los del actual artículo 3 de la Ley del Deporte vigente⁶².

De esta forma, el artículo 5 del citado anteproyecto, tras enunciar en el artículo precedente el principio de igualdad real y efectiva entre hombres y mujeres en este ámbito, dispone, como ya apuntamos, que: «El fomento del deporte prestará especial atención a los niños, jóvenes, personas mayores, a las personas con discapacidad, así como a los sectores sociales más desfavorecidos, teniendo en cuenta aquellas zonas o grupos a los que la ayuda pueda suponer un mecanismo de integración social o una mejora de su bienestar social».

Como novedad, el anteproyecto dedica, además, su artículo 6 al deporte para personas con discapacidad, abogando por que las Administraciones deportivas de Andalucía (Junta de Andalucía, Ayuntamientos y Diputaciones), en sus respectivos ámbitos competenciales, promuevan y fomenten la práctica de la actividad física y el deporte de las personas con discapacidades⁶³ físicas, psíquicas, sensoriales o mixtas, con el compromiso de impulsar medidas adecuadas por las Administraciones deportivas de Andalucía para favorecer la capacitación específica de las personas encargadas de la preparación deportiva de las personas con discapacidad⁶⁴.

⁶² Nos remitimos, de nuevo, a algunos de los trabajos en este ámbito de DURÁN RUIZ, Francisco J. “El fomento de la actividad deportiva de grupos con necesidades especiales en Andalucía”, *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 4, 2004, pp. 137-162; LUNA QUESADA, Javier y DE LA PLATA CABALLERO, Nicolás: “Aproximación al marco jurídico de las relaciones entre las personas mayores y el deporte”, *Derecho deportivo*, núm. 3-4, 2003, pp. 139-151 o BOMBILLAR SÁENZ, Francisco Miguel: “La actividad de fomento a favor de la mujer en el ámbito del deporte y el ocio, con especial referencia a la Comunidad Autónoma andaluza”, *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 5, 2005, pp. 17-47.

⁶³ En este campo, son de destacar dos artículos doctrinales: MOLINA FERNÁNDEZ, Cristóbal: “Deporte, turismo y discapacidad”, *Revista andaluza de derecho del deporte*, núm. 7, 2009, pp. 369-392; y GÓMEZ VALLECILLO, Javier: “El deportista con discapacidad en el proceso de integración del deporte adaptado”, *Revista española de derecho deportivo*, núm. 27, 2011, pp. 69-76.

⁶⁴ Esto último resulta de gran importancia, pues, en la práctica, muchos servicios municipales de deportes en Andalu-

Finalmente, y también como novedad, el artículo 36 del texto en cuestión, entre los derechos de los deportistas, consigna el de «recibir información y orientación adecuada acerca de los requisitos exigibles y recomendables para la práctica del deporte en sus diversos ámbitos y modalidades», lo que sin duda alguna, como ya se ha apuntado, contribuye a que la práctica deportiva sea saludable y no perjudique al practicante, en tanto que la actividad física realizada es la adecuada a sus circunstancias.

5.2.2. El Proyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía

El artículo 10 del proyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía⁶⁵ reconoce, en el ámbito de la promoción de la salud de la población andaluza, entre otros derechos, el derecho a la información adecuada sobre la importancia de la actividad física y cómo llevarla a cabo sin riesgos y con el mejor aprovechamiento; y el derecho a disponer de planes de promoción de actividades físicas saludables y a poder disponer de espacios públicos para realizar actividades físicas deportivas o lúdicas en condiciones de seguridad y accesibilidad en las ciudades y los pueblos de Andalucía.

El artículo 38 de este proyecto de ley se refiere a los planes locales de acción en salud, como un instrumento básico de planificación y coordinación de las actuaciones que se realizan en el ámbito municipal para la promoción de la salud. El anteproyecto establece el contenido mínimo de estos planes, dentro de los cuales obligatoriamente han de consignarse medidas que favorezcan estilos de vida saludable, lo que supone la promoción de la actividad física y el deporte junto con una alimentación equilibrada y la lucha contra el tabaquismo. Más abajo, al analizar los

lucía, entre ellos, el servicio municipal de deportes del Ayuntamiento de Granada, vienen realizando cursos internos para capacitar al personal que presta sus servicios profesionales a estos colectivos. Por otra parte, lo previsto en este artículo sobre capacitación está plenamente recogido en el borrador de Ley de Regulación de las Profesiones del Deporte y forma parte, además, de las prioridades del Instituto Andaluz del Deporte, quien ha publicado varias guías de ayuda al personal que imparte enseñanzas en este ámbito deportivo e, incluso, ha organizado cursos de Monitores deportivos para trabajar con mayores. Estas guías, así como los cursos programados dentro del Plan de formación anual, pueden consultarse *on line*, en la web institucional del IAD: www.iad.es [Con acceso el 7.10.2011].

⁶⁵ Puede consultarse este proyecto de ley en el *Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía (BOPA)*, núm. 736, de 2 de septiembre de 2011.

instrumentos de planificación, estudiamos con detalle esta cuestión.

El artículo 64 del referido proyecto obliga, por otra parte, a las Administraciones Públicas andaluzas a prestar una especial atención a la promoción de la salud de todas las personas residentes en Andalucía, promoviendo las acciones destinadas a fomentar el desarrollo físico, mental y social de éstas y a crear las condiciones que les faciliten las opciones más saludables. Todo ello para conseguir que, de manera efectiva, se promueva la actividad física; que, además de ser saludable para quien la practique, tiene que ser factible y atractiva⁶⁶.

Especial hincapié se hace en el citado artículo sobre la importancia de desarrollar acciones de promoción de la actividad física en los diferentes ámbitos y edades en los que se desenvuelve la vida: la familia, el ámbito educativo, el lugar de trabajo, los espacios de ocio⁶⁷, el sistema sanitario y la comunidad.

De este modo, la Administración Sanitaria Pública de Andalucía, en el ámbito de la promoción de la salud, desarrollará acciones: informativas, dirigidas a toda la población o a grupos específicos, sobre los estilos de vida y los entornos más saludables; de sensibilización y motivación, dirigidas tanto a comunidades como a personas o instituciones, y orientadas a favorecer actitudes saludables y solidarias, así como a difundir el valor de la salud como un activo individual y social; educativas, para personas de distintos tipos y edades, y con diversas estrategias pedagógicas, con el fin de mejorar las competencias de las personas en la toma de decisiones respecto de los aspectos de su vida relacionados con la salud y el desarrollo personal⁶⁸; formativas, destinadas a mejorar las competencias de quienes participen en actividades de promoción de salud⁶⁹; e investigadoras, con el fin de

⁶⁶ En este año, el Instituto Andaluz del Deporte ha publicado dos guías electrónicas en las que se recomiendan actividades deportivas adaptadas a jóvenes, adultos y mayores. Pueden consultarse en la web del IAD: www.iad.es [Con acceso el 7.10.2011].

⁶⁷ En este sentido, a modo de ejemplo práctico, cada vez son más los parques y plazas que cuentan con aparatos para la realización, de forma gratuita, de ejercicios físicos.

⁶⁸ A este respecto, son de destacar iniciativas como las del Instituto Municipal de Deportes de Sevilla, para informar y asesorar a los usuarios de servicios deportivos saludables, de cuya práctica ya cuenta este organismo con una atesorada trayectoria. Estas experiencias cobran una especial importancia ahora, al establecerse como norma en la futura nueva Ley de salud pública de Andalucía.

⁶⁹ Recordemos que el Decreto andaluz de acreditación de Centros Deportivos prevé que en los centros deportivos supe-

mejorar los conocimientos científicos sobre los estilos de vida de la población andaluza y los efectos de estos y de los diferentes entornos sobre la salud.⁷⁰

Finalmente, resulta de interés el mandato que el proyecto de ley hace a la Agencia de Salud Pública de Andalucía para que, con la colaboración institucional pública y privada, potencie la identificación y el aprovechamiento de los recursos o activos con los que cuentan las personas y los colectivos, como factores protectores, para mejorar su nivel de salud y bienestar y con especial atención a la promoción del deporte. Esta Agencia andaluza elaborará y desarrollará, directamente y en colaboración, entre otras instituciones, con las Corporaciones Locales andaluzas, acciones y programas de promoción de la salud, entre los que se encuentran los programas de promoción de la actividad física y el deporte.

Si hasta ahora las colaboraciones entre los servicios deportivos y los servicios sanitarios eran apenas inexistentes, con la excepción del proyecto de La Algabe, que más adelante se describe, este proyecto de ley obliga ahora a las Administraciones públicas andaluzas a colaborar y cooperar en este campo, lo que, sin duda alguna, redundará de forma positiva en todos los ciudadanos andaluces⁷¹.

5.2.3. El borrador de la Ley reguladora de las profesiones del deporte en Andalucía

Con este anteproyecto⁷², cuyo texto está fechado el 21 de febrero de 2011, la Junta de Andalucía persigue reconocer, de forma expresa, las profesiones de

riores y de excelencia el servicio médico deportivo oriente y asesore tanto a los usuarios como al personal técnico de estas instalaciones deportivas.

⁷⁰ El Centro Andaluz de Medicina Deportiva (CAMD) viene desarrollando una interesante labor de divulgación de los avances en la investigación asociada al deporte. El Centro edita un boletín semanal con una recopilación de noticias sobre salud y deporte. Puede consultarse gratuitamente en la web del CAMD, alojada en la de la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía: <http://www.juntadeandalucia.es/turismocomercioydeporte/> [Con acceso el 7.10.2011].

⁷¹ Este paso hacia delante de la leyes en materia de salud pública es analizado y reclamado por CIERCO SEIRA, César: "La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública", *Derecho y salud*, Vol. 17, núm. extra 1, 2009, pp. 23-45.

⁷² El borrador de Ley se presentó por la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía en un seminario, celebrado el día 2 de marzo de 2011, que reunió a representantes de Administraciones, federaciones y del propio Gobierno andaluz, así como a gestores, juristas y educadores, con el fin de estudiar el texto referido.

este sector, delimitar su ámbito funcional y determinar los títulos⁷³ académicos necesarios para su desempeño, tanto dentro de la región como en desplazamientos a concentraciones y competiciones fuera de Andalucía. El texto normativo será de aplicación a aquellos colectivos profesionales que presten servicios con carácter remunerado a entidades estrictamente deportivas o bien a empresas que tengan objetivos afines al rendimiento, el ocio saludable o la recreación.

La futura regulación de las profesiones del deporte se suma a otras modificaciones normativas impulsadas recientemente por el Gobierno autonómico de Andalucía con el propósito de fomentar el ejercicio físico como práctica saludable para la población⁷⁴.

Del examen del articulado del referido borrador destacan los siguientes preceptos que pasamos a exponer por su relación con la salud de los practicantes de actividad física y deporte:

El artículo 2, cuando dispone el establecimiento de sistemas de control e inspección de las profesiones del deporte para garantizar el respeto a la salud y la seguridad de los usuarios de servicios deportivos.

El artículo 3, que reconoce como profesiones del deporte las siguientes: Profesor de educación física, Director deportivo, Entrenador deportivo y Monitor deportivo. De entre las profesiones relacionadas, merecen una especial atención las de Director Deportivo y Monitor Deportivo, dado que ambas están vinculadas al ámbito de los servicios deportivos con objetivos vinculados al ocio saludable.

Atendiendo al artículo 5, la profesión de Director Deportivo permite realizar el conjunto de actividades profesionales relacionadas con la planificación, di-

rección, programación, coordinación, control o supervisión respecto a centros, instalaciones, entidades, servicios y actuaciones deportivas, aplicando los conocimientos y técnicas propias de las ciencias de la actividad física y del deporte. Para ejercer esta profesión será necesario estar en posesión del título de graduado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte⁷⁵.

La exigencia de una dirección deportiva como garantía de calidad y seguridad ya se exige para aquellos centros que quieren tener la calificación de centros básicos por el PDIDA, y también en los programas de deporte escolar⁷⁶.

Con relación a la profesión de Monitor Deportivo, el artículo 7 la regula de forma pormenorizada y amplia, en la forma que sigue, correspondiéndole a éste las siguientes funciones: la planificación, dirección y supervisión de actividades dirigidas a la expresión, mejora o mantenimiento de la condición física y preparación personal; la supervisión y control de la actividad deportiva; y la realización de actividades de animación deportiva, guía o acompañamiento o análogas.

Como garantía de calidad, el citado artículo se cierra en su redacción con la exigencia, entendemos que muy acertada, de que la prestación de los servicios propios del monitor deportivo requieren de su presencia física en el desarrollo de las actividades deportivas, salvo que su función sea de planificación o programación⁷⁷.

⁷³ Consúltase la obra de referencia en este campo: JIMÉNEZ SOTO, Ignacio: *El ejercicio profesional de las titulaciones del deporte*, Bosch, Barcelona, 2001.

⁷⁴ Entre esas iniciativas, sobresale, por un lado, el borrador de la nueva Ley del Deporte de Andalucía, que tiene, entre sus principales objetivos, regular de forma más exhaustiva el ejercicio profesional, clarificar el papel que han de desempeñar las Administraciones dentro de la organización deportiva, revisar el régimen existente de titulaciones y la formación de técnicos y profesionales; y, por otro lado, el anteproyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía, en el que destaca el reconocimiento a todos los andaluces del derecho a la información y al asesoramiento sobre las actividades deportivas más adecuadas para la mejora de la salud. Ambas iniciativas ya han sido analizadas con detenimiento previamente en este trabajo de investigación. El borrador de la Ley reguladora de las profesiones del deporte en Andalucía se mueve también en esta misma dirección, consciente de la repercusión de la actividad deportiva en la salud y educación de las personas.

⁷⁵ Excepcionalmente, si la dirección se proyecta sobre una única modalidad o especialidad deportiva, también podrán ejercer la profesión de Director Deportivo, en este caso, quienes ostenten el título de Técnico deportivo superior en la modalidad o especialidad deportiva correspondiente. Si la dirección se proyecta sobre actividades deportivas de animación, también podrán ejercer esta profesión quienes ostenten el título de Técnico superior en animación de actividades físicas y deportivas.

⁷⁶ El artículo 3 del Decreto 6/2008, de 15 de enero, por el que se regula el deporte en edad escolar en Andalucía, en sus principios rectores, obliga a que la preparación de los deportistas en edad escolar y de todas las actividades deportivas programadas para los mismos, se realicen bajo la dirección y supervisión técnica de personal capacitado.

⁷⁷ Si la actividad profesional de monitor deportivo se ejerce para acondicionamiento físico en gimnasios y salas de entrenamiento polivalente o en cualquier espacio, a excepción del medio acuático, se requiere alguna de las siguientes titulaciones: Graduado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte o Técnico superior en Animación de Actividades Físicas y Deportivas.

Cuando la actividad profesional de monitor deportivo se ejerce para acondicionamiento físico con soporte musical en clases dirigidas, a excepción del medio acuático, se exige,

En el ejercicio de las profesiones del deporte objeto de la presente Ley, estos profesionales deberán: velar por la seguridad en la práctica deportiva de las personas destinatarias de sus servicios y colaborar activamente en la erradicación de prácticas que pueden resultar perjudiciales a la salud de los deportistas; prestar unos servicios adecuados a las condiciones y necesidades de las personas destinatarias de acuerdo con el estado de los conocimientos científicos de cada momento y con los niveles de calidad y seguridad que se establezca en la normativa vigente; y ofrecer a los destinatarios de los servicios una información suficiente y comprensible de las actividades deportivas que vayan a desarrollarse bajo su dirección o supervisión.

además de una de las titulaciones mencionadas en el párrafo anterior, formación complementaria o experiencia adecuada en las actividades deportivas a desarrollar.

Si la actividad profesional de monitor deportivo se ejerce para acondicionamiento físico en el medio acuático, puede optarse a la misma, además de por los títulos ya expuestos, por los de Técnico deportivo superior, Técnico deportivo y Ciclo inicial de Técnico Deportivo en Natación, en los tres casos contando con formación complementaria o experiencia adecuada en las actividades deportivas a desarrollar.

Si la actividad profesional de monitor deportivo se ejerce específicamente en una modalidad o especialidad deportiva, se exige uno de los siguientes títulos: Técnico deportivo superior o Técnico Deportivo en la modalidad o especialidad deportiva correspondiente.

Para ejercer la referida profesión en actividades deportivas en el medio natural, exceptuadas las modalidades deportivas reconocidas oficialmente, se exige uno de los siguientes títulos: Graduado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte o Técnico en Conducción de Actividades Físico-deportivas en el Medio Natural, en ambos casos con formación complementaria o experiencia adecuada en las actividades deportivas a desarrollar.

Si la actividad profesional de monitor deportivo se desarrolla en escuelas de iniciación deportiva dirigidas a la población en edad escolar, se exige uno de los siguientes títulos: Graduado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte, Graduado en educación primaria con la cualificación en educación física, Técnico Superior en Animación de Actividades Físicas y Deportivas, en todos estos casos con formación complementaria o experiencia adecuada en las actividades deportivas a desarrollar; o Técnico Deportivo Superior, Técnico Deportivo o Ciclo inicial de Técnico Deportivo en la modalidad o especialidad deportiva correspondiente.

Si la actividad deportiva objeto de la profesión de Monitor Deportivo se dirige a personas que requieran especial atención en razón a la edad, capacidad física y psíquica y circunstancias sociales o vinculadas a la salud, se exigirán los títulos de: Graduado en Ciencias de la Actividad Física y del Deporte o, en edad escolar, Graduado en Educación Primaria con la cualificación en Educación Física, en ambos casos con formación complementaria o experiencia adecuada a las necesidades específicas de deportistas.

6. EL PAPEL DEL CENTRO ANDALUZ DE MEDICINA DEL DEPORTE CON RELACIÓN A LA PROMOCIÓN DE LA SALUD PÚBLICA MEDIANTE LA ACTIVIDAD FÍSICA Y EL DEPORTE.

El Centro Andaluz de Medicina del Deporte (CAMD) es un órgano administrativo, creado en 1999⁷⁸, adscrito a la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte de la Junta de Andalucía y dependiente de su Dirección General de Planificación y Promoción del Deporte. Este Centro, con sedes en todas las provincias andaluzas, representa el compromiso de la Junta de Andalucía con la prevención en salud pública a través de la actividad física y deportiva.

Entre los fines y funciones⁷⁹ del CAMD se encuentran la prevención y programación en materia de salud deportiva, el control de la aptitud general para el deporte, el seguimiento médico del entrenamiento de alto nivel y alto rendimiento, mejorando y aumentando la atención médica que reciben estos deportistas, la prevención y control de sustancias no autorizadas dirigidas a aumentar artificialmente la capacidad física de los deportistas (dopaje), así como la promoción del estudio y la investigación en el campo de la medicina deportiva⁸⁰.

En relación con la promoción del estudio y la investigación en el campo de la medicina deportiva, el CAMD colabora en la actividad formativa de especialistas en medicina deportiva, manteniendo para ello una especial relación con las Universidades de Cádiz y Málaga⁸¹, así como con aquellas otras Universidades andaluzas que ofrezcan la titulación superior en Ciencias de la Actividad Física y el Deporte; e investiga sobre el binomio salud y deporte a través de la Comisión Científica del Centro⁸².

No obstante, a los fines de este estudio, lo que más nos interesa destacar es la colaboración de este Centro tanto con instituciones públicas (como Ayun-

⁷⁸ Decreto 224/1999, de 9 de noviembre, por el que se crea el Centro Andaluz de Medicina del Deporte (BOJA, núm. 132, de 13 de noviembre de 1999).

⁷⁹ La Carta de servicios del Centro Andaluz de Medicina del Deporte puede consultar en MD. *Revista científica de medicina del deporte*, núm. 6, 2006, pp. 31-38

⁸⁰ Artículo 2 del Decreto 224/1999, de 9 de noviembre.

⁸¹ En estas dos Universidades se encuentran las dos únicas Escuelas Universitarias de Formación de Médicos especialistas en Medicina de la Educación Física y el Deporte que existen en Andalucía.

⁸² A través de la *Revista Andaluza de Medicina del Deporte* el CAMD difunde tanto sus investigaciones propias como aquellas otras que se realizan por parte de otras instituciones.

tamientos⁸³ o Universidades) como privadas (Federaciones, clubes deportivos y otros) para difundir el mensaje del deporte como factor esencial para la salud de toda la población, asesorando sobre la forma en la que deben realizarse los programas deportivos con fines de salud.

7. EL FOMENTO DE LA PRÁCTICA DEPORTIVA SALUDABLE EN LA PLANIFICACIÓN –DEPORTIVA Y DE SALUD– DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA: ANÁLISIS DE LOS PRINCIPALES PLANES

El compromiso de la Junta de Andalucía con la promoción de la salud a través del deporte queda patente en el breve análisis que a continuación se realiza de los principales planes aprobados por las Autoridades sanitarias y deportivas andaluzas en la última década. Las disposiciones recogidas en estos planes se han plasmado en los diferentes programas de promoción de la actividad física y deportiva con fines de salud aprobados por los Ayuntamientos de nuestra Comunidad Autónoma.

Como colofón, se hace una reseña del que será el futuro Plan Local de Salud, si el proyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía se aprueba finalmente por el Parlamento de Andalucía, donde se tramita en la actualidad por vía de urgencia. La mención viene obligada por el hecho de que el texto de esta futura Ley recoja entre los contenidos mínimos del Plan Local de Salud el establecimiento de planes de promoción de la actividad física.

7.1. El Plan General del Deporte de Andalucía

El vigente *Plan General del Deporte de Andalucía*⁸⁴ se aprobó por acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 27 de enero de 2004⁸⁵. El

⁸³ No obstante, a día de hoy, no se ha aprobado aún por el CAMD ningún convenio de colaboración con alguno de los Ayuntamiento andaluces que conforman nuestra Comunidad Autónoma.

⁸⁴ El vigente Plan General del Deporte de Andalucía [online], de noviembre de 2005, fecha de realización 2004-2007, se encuentra disponible a texto completo en la siguiente URL [Con acceso el 7.10.2011]:

http://www.juntadeandalucia.es/turismocomercioydeporte/opencms/planificacion/deporte/plan_0002.html

⁸⁵ El artículo 4 de la Ley del Deporte de Andalucía dispone que la Consejería competente en materia de deporte (en la actualidad, la Consejería de Turismo, Comercio y Deporte) elaborará, y el Consejo de Gobierno andaluz aprobará, el Plan General del Deporte, una vez informado por el Consejo Andaluz del Deporte y previo debate de sus líneas básicas por el

Plan General del Deporte tiene como objetivo básico el desarrollo sostenible del deporte como actividad de interés general que cumple funciones sociales, culturales y económicas.

En el citado Plan se reconocen como principios rectores, entre otros, la práctica deportiva como un factor esencial para la salud, la calidad de vida y el desarrollo integral de la persona y se ponen de manifiesto los beneficios que para la salud del deportista/ciudadano reporta la práctica deportiva, constituyendo una de sus principales líneas de actuación la universalización de la práctica deportiva.

Especial atención le concede el Plan a la promoción del deporte entre la población escolar, por los beneficios que para su salud éste les proporcionará, proponiéndose la creación de un certificado de actividad física y salud para escolares.

7.2. El Plan Estratégico del Deporte andaluz

Tras constatar que la práctica deportiva ciudadana está ligada a la salud integral de la sociedad, el *Plan Estratégico General del Deporte andaluz*⁸⁶ se propone como primer objetivo incrementar los niveles de práctica deportiva de los ciudadanos andaluces, y especialmente la actividad asociada al deporte de ocio saludable, todo ello mediante las siguientes líneas estratégicas asociadas:

a) Extender la implantación, con las modificaciones necesarias para mejorar la eficacia del mismo, del programa *El deporte en la escuela*.

b) Potenciar el desarrollo y fortalecer el deporte en el ámbito local (Diputaciones y Ayuntamientos, especialmente en los de menos habitantes).

c) Desarrollar con la Administración sanitaria andaluza acciones en torno a la consideración de la actividad física y el deporte como “medicamento genérico universal”.

d) Promocionar la práctica deportiva en el medio natural y abordar el acondicionamiento de espacios urbanos y naturales para la misma.

e) Impulsar la práctica de la actividad física y el deporte en las Universidades andaluzas.

Parlamento de Andalucía. Este Plan General del Deporte puede consultarse en el *BOJA* número 64, de 1 de abril de 2004.

⁸⁶ El *Plan Estratégico General del Deporte* se formuló por Decreto 390/2008, de 17 de junio (*BOJA*, n. 101, de 28 de mayo de 2009) para el periodo 2009-2016 [online]. Disponible en la URL: http://www.acgep.cat/fitxer/401/859_plan_estrategico_deporte.pdf [Con acceso 7.10.2011].

Se constata en el Plan referido que las investigaciones y datos que la Organización Mundial de la Salud maneja señalan la importancia de la actividad física y deportiva de cara a la prevención de enfermedades y escenarios negativos para la salud (obesidad, sobrepeso, sedentarismo, etc...) ⁸⁷. Sin embargo, hasta el momento, el papel de las autoridades sanitarias en este campo se ha limitado a llamamientos genéricos y acciones publicitarias en torno a la necesidad de la práctica deportiva.

Se defiende en el citado Plan, que el Sistema de Salud Andaluz debe implicarse en programas efectivos de impulso a la práctica de la actividad física de los andaluces, inicialmente (período 2009-2012) mediante proyectos piloto y acciones puntuales; y, en un segundo ciclo del Plan (desde el año 2012 en adelante), mediante la generalización de las medidas y proyectos desarrollados.

El Plan ha acuñado el término “Deporte: Medicamento genérico Universal”, generado en la Secretaría General para el Deporte de la Junta de Andalucía. Es este un concepto con mucha fuerza mediática que debe de ser aprovechado en ese sentido.

Uno de los problemas más importantes de las políticas de promoción de la actividad física asociadas a la salud es que los resultados de éstas se ven a más largo plazo que el horizonte común del resto de las políticas. Programas potentes puestos en marcha en estos momentos pueden empezar a tener visibilidad en los resultados de la salud de los andaluces a partir de los 12-15 años de su comienzo: ese plazo es muy extenso en política y, por lo tanto, siempre muy difícil de implantar.

El Plan se propone con carácter piloto y experimental la instauración en al menos cuatro ciudades de Andalucía, de Unidades de Actividad Física y Salud y una Oficina de atención al “deportista ciudadano”.

7.3. El Plan Director y los Planes Locales de Instalaciones Deportivas de Andalucía

El *Plan Director de Instalaciones Deportivas de Andalucía* ⁸⁸ (PDIDA) tiene como misión impulsar y

⁸⁷ Véase, a este respecto, los trabajos de RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel: “La actividad física y el deporte como estrategias de salud pública para la prevención y el control de la obesidad”, en *Derecho deportivo*, núm. 6, Junta de Andalucía, Sevilla, 2005, pp. 131 y ss. y, en especial, el referenciado “La protección de la salud a través del Derecho administrativo social...”, *op. cit.*, pp. 37-69.

⁸⁸ La Ley del Deporte andaluz establece, en su artículo 50, que la Consejería competente en materia deportiva elaborará

generalizar la práctica del deporte, mejorar las condiciones de los espacios que alojan las instalaciones deportivas y corregir los desequilibrios territoriales existentes en cuanto a calidad, ubicación y número de instalaciones deportivas para, en definitiva, acercar el deporte a toda la sociedad andaluza.

La creación de las infraestructuras deportivas en la Comunidad Autónoma se adecuará a las necesidades de la población, a la disponibilidad de los recursos, a la política deportiva y a los criterios de planificación territorial de la Junta de Andalucía.

Enmarcada de esta forma su misión, el PDIDA se guía por los siguientes objetivos generales:

a) La cualificación del sistema deportivo andaluz mediante el establecimiento de un conjunto de estrategias y programas de ampliación, diversificación, mejora y modernización del parque deportivo existente en la Comunidad Autónoma andaluza.

b) La generalización de la práctica deportiva acercando el deporte a toda la sociedad andaluza, para garantizar el derecho de todo ciudadano a conocer y practicar libre y voluntariamente el deporte en condiciones de igualdad y sin discriminación alguna.

c) El aumento de la calidad de vida, el bienestar social y el desarrollo integral y saludable de los ciudadanos andaluces, a través de la mejora de las instalaciones deportivas, del equipamiento deportivo y de su accesibilidad.

Para planificar el conjunto de instalaciones deportivas de un territorio, es aconsejable distinguir entre los distintos niveles de servicio que conforman el sistema de equipamientos deportivos. Estos niveles pueden agruparse en tres grandes bloques: Red básica, Red complementaria y Red especial.

A nosotros, por el objeto de nuestro estudio, nos interesa la Red básica ⁸⁹, que definiremos como el

el Plan Director de Instalaciones Deportivas de Andalucía (PDIDA), que tendrá la consideración de plan con incidencia en la ordenación del territorio, con el fin de ordenar las actuaciones de las Administraciones Públicas en materia de infraestructura deportiva para el desarrollo del sistema deportivo andaluz. El Decreto 144/2001, de 19 de junio, sobre los Planes de Instalaciones Deportivas establece que el Consejo de Gobierno acordará la formulación del Plan Director de Instalaciones Deportivas de Andalucía, lo que llevó a cabo éste en 2004, entrando en vigor en 2007. Véase, a este respecto, el Acuerdo de 8 de mayo de 2007, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Director de Instalaciones Deportivas de Andalucía (BOJA, núm. 117, de 14 de junio de 2007).

⁸⁹ El Plan Director diferencia dos grupos de equipamientos deportivos integrantes de la red básica: equipamientos deportivos convencionales (pistas polideportivas, piscinas, salas

conjunto de equipamientos deportivos que da servicio al deporte escolar (con carácter obligatorio), a la práctica deportiva generalizada (jóvenes, ancianos y cualquier segmento de población que desee practicar deporte) y a la práctica deportiva relativa a la competición de carácter local.

La Red básica debe cumplir con unos requisitos mínimos de proximidad territorial que garanticen su utilización, proximidad que podrá ser evaluada mediante indicadores referentes al número de espacios deportivos por habitante, la diversidad de las posibles prácticas deportivas, la edad del parque deportivo, etc. El PDIAD, a través de la Red básica, pretende, por tanto, universalizar la práctica deportiva, aproximar las instalaciones a los usuarios, distribuyendo las mismas de manera equilibrada a lo largo de todo el territorio de nuestra región.

De este modo, resulta claro el compromiso del legislador andaluz con la promoción del deporte, en tanto que la normativa referida obliga a los Poderes públicos a planificar la presencia de estos equipamientos deportivos, y este es un mandato con incidencia en el planeamiento urbanístico. Este mandato persigue que los ciudadanos andaluces tengan a su disposición una red de instalaciones (Red básica) que les permita la práctica deportiva, haciendo especial hincapié el legislador en que estas instalaciones sirvan para mejorar la salud de aquéllos a través de la correspondiente práctica deportiva. Además, estas instalaciones se ubicarán de forma equilibrada en el territorio, para que la distancia no sea un obstáculo. Es decir, que el PDIDA primero, y los planes locales⁹⁰ después, contribuyen de manera decidida a la

cubiertas, etc.) y equipamientos deportivos no convencionales, de bajo coste y carácter muy popular (pistas de petanca, carriles de bicicleta, circuitos deportivos en paseos y parques públicos, etc.).

⁹⁰ Las determinaciones del PDIDA se han de trasladar a los planes locales de instalaciones deportivas, que, obligatoriamente, deben redactarse en cada municipio y donde se concretan aquéllas. Estos planes vinculan al planeamiento urbanístico, de manera que las determinaciones que se contienen en el mismo obligan, caso de existir contradicción, a la modificación del planeamiento. En tal sentido se pronuncia el artículo 7. j de la Ley del Deporte de Andalucía.

Por otro lado, previene el artículo 51 de la meritada Ley que «En desarrollo de las determinaciones del Plan Director de Instalaciones Deportivas de Andalucía y, en su caso, de acuerdo con las previsiones de la planificación territorial, las entidades locales correspondientes elaborarán y aprobarán planes locales de instalaciones deportivas en los que se recojan las actuaciones a llevar a cabo en sus ámbitos territoriales. Una vez aprobados los referidos planes, deberán ser remitidos a la Consejería competente en materia deportiva. En caso de que las determinaciones sobre instalaciones deportivas conte-

factibilidad y accesibilidad a la práctica deportiva, compromiso que se recoge en el anteproyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía⁹¹.

7.4. El III Plan Andaluz de Salud

El *III Plan Andaluz de Salud*⁹² parte de la constatación de que la salud precisa para su pleno desarrollo del concurso de otros sectores públicos, entre ellos, el deportivo, sin los que no es posible conseguir sus objetivos. Para mejorar las respuestas a los problemas de salud es necesaria una dimensión del trabajo intersectorial. Por ello, este Plan aboga por un “compromiso local por la Salud” y subraya la necesidad de hacer converger, bajo una planificación conjunta, la acción de los diferentes actores implicados en este campo.

El Plan se plantea la necesidad de que se realice por la Consejería de Salud autonómica, como complemento del mismo, un Plan de promoción de la actividad física adecuada y de la alimentación equilibrada, objeto de nuestro siguiente subepígrafe. Nos encontramos ante la otra cara de la misma moneda, como ya hemos puesto de manifiesto a lo largo de todo este estudio. Una actividad física adecuada junto a una alimentación equilibrada⁹³ son dos determinantes claves de salud, que nos ayudarán a prevenir enfermedades prevalentes como las enfermedades cardiovasculares, la diabetes y algunos tipos de cáncer.

No en vano, la Encuesta de Salud de Andalucía del año 1999, elaborada por la mencionada Consejer-

nidas en un plan local no se ajusten al planteamiento urbanístico, se exigirá, con carácter previo a la aprobación del plan, la modificación o revisión de dicho planeamiento urbanístico». Asimismo, el artículo 52 de la citada Ley determina que «El planeamiento urbanístico establecerá las reservas de suelo necesarias para el desarrollo de las actuaciones previstas en los planes locales de instalaciones deportivas».

⁹¹ Varias ciudades andaluzas han elaborado ya, a este respecto, planes locales de instalaciones. Así pueden consultarse, como ejemplo, el Plan Local de Instalaciones Deportivas del Ayuntamiento de Marbella, en la siguiente dirección web: www.marbella.org, y el Plan Local de Instalaciones Deportivas del Ayuntamiento de Granada, en esta otra dirección web: www.pmdgranada.org

⁹² El *III Plan Andaluz de Salud* [online] se encuentra disponible en la URL de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía: <http://www.juntadeandalucia.es/salud/>; así como en la URL de la AAIS: www.aaiss.com/documentos/2007/IIIPAS.pdf [Con acceso el 7.10.2011].

⁹³ Este enfoque multisectorial es defendido por RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel: “La protección de la salud a través del derecho administrativo social...”, *op. cit.*, en esp., p. 59, como una herramienta imprescindible en la prevención y el control de la obesidad.

ía autonómica, pone de manifiesto el predominio del sedentarismo entre la población andaluza. En concreto, el 53,47% de la población andaluza no hace ningún tipo de ejercicio físico en el tiempo libre⁹⁴. Esta inactividad física trae causa de diversos factores, todos ellos con incidencia en nuestro estilo de vida, en nuestro régimen integral de vida (como los avances en las tecnologías, el uso de los transportes, o el ocio pasivo), y que han llevado a una paulatina reducción de la práctica de ejercicio físico, a un ahorro de la energía física de nuestro organismo.

Los datos son aún más preocupantes entre la población infantil. La población infantil española pasa una media de 2 horas y 30 minutos al día frente al televisor, y 30 minutos adicionales de media navegando en Internet, minutos que estos menores ya no emplean en el desarrollo de una práctica o actividad física⁹⁵.

Contra estos datos han de actuar los Poderes públicos de nuestra Comunidad (Junta de Andalucía, Ayuntamientos y Diputaciones), fomentando, con todos los medios que estén a su alcance, la actividad física y deportiva con fines de salud.

7.5. El Plan para la Promoción de la Actividad Física y la Alimentación Equilibrada

El *Plan para la Promoción de la Actividad Física y la Alimentación Equilibrada* de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía⁹⁶ se ha elaborado en el marco de desarrollo del referido III Plan Andaluz de Salud⁹⁷.

El objetivo final del Plan consiste en favorecer la toma de decisiones de los andaluces, respecto a una correcta y saludable alimentación, y un ejercicio físico adecuado a sus condiciones particulares. Bajo esta premisa, el Plan está sustentado en tres ejes esenciales:

⁹⁴ El 35,16% realiza alguna actividad física o deportiva ocasional, el 7,8% realiza actividad física varias veces al mes, y el 3,9% hace ejercicio físico varias veces a la semana.

⁹⁵ Datos recogidos en la Encuesta de Audiencia Infantil, correspondiente al año 2004, de la Asociación para la Investigación de Medios de Comunicación (AIMC).

⁹⁶ El *Plan para la Promoción de la Actividad Física y la Alimentación Equilibrada* [online] se encuentra disponible en la URL de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía: <http://www.juntadeandalucia.es/salud/> [Con acceso el 7.10.2011].

⁹⁷ Esta Plan es analizado en RECUERDA GIRELA, Miguel Ángel: "La protección de la salud a través del derecho administrativo social...", *op. cit.*, en esp., pp. 68 y 69, destacando sus medidas en el terreno educativo, tanto en la educación nutricional como en la educación física y en el deporte.

El primer eje se basa en el desarrollo de la promoción de la salud a través de la actividad física y la alimentación equilibrada, en aras a prevenir el sobrepeso y la vida sedentaria, y en definitiva, con el fin de evitar sus últimas consecuencias negativas en términos de enfermedad.

El segundo eje, en línea con el aludido proceso de construcción conjunto y compartido de todos los actores implicados, precisa de la participación, a veces más decisiva, de otros sectores ("intersectorialidad") como son las empresas de producción y del ocio, las instituciones (en el campo del Deporte, la Educación, la Agricultura o el Consumo), y las asociaciones de consumidores y usuarios; todo ello bajo el asesoramiento directo de las sociedades científicas.

El tercer eje se refiere a la participación directa de los ciudadanos, de forma que el programa cumplirá sus objetivos si, al final, los andaluces logran no sólo mejorar su alimentación y estado físico, sino disfrutar con ello, en la conciencia de que así se está consiguiendo, además, reducir los riesgos de padecer graves enfermedades.

El Plan viene, pues, a dar respuesta a un problema emergente reconocido por toda la comunidad científica, y que se corresponde con una demanda social sentida por la ciudadanía en su conjunto.

En última instancia, se anima a la población andaluza a la adopción de hábitos de vida saludables (en especial, a través de la práctica diaria del ejercicio físico y del seguimiento de una dieta equilibrada); y ello se propicia por este Plan desde el ámbito de responsabilidad de los Poderes públicos andaluces, quienes informarán al ciudadano al respecto y emprenderán las medidas oportunas que posibiliten que estos hábitos de vida saludables sean una realidad.

Este Plan, en definitiva, está dirigido a todos los ciudadanos andaluces, concita la participación directa de otros sectores, además del sanitario, y pretende no sólo prevenir la enfermedad sino también promover la salud.

7.6. El II Plan Integral de Salud Mental de Andalucía

La atención a las personas con trastornos mentales es una prioridad para el Sistema Sanitario Público de Andalucía. El *II Plan Integral de Salud Mental de Andalucía 2008-2012*⁹⁸ se orienta a la promoción de

⁹⁸ El *II Plan Integral de Salud Mental de Andalucía (2008-2012)* [online] se encuentra disponible a texto completo

la salud mental, desde el convencimiento de los beneficios importantes que produce ésta en la salud de los individuos y, en general, en toda la sociedad, favoreciendo el bienestar y la calidad de vida de la población.

La promoción de la salud mental implica la creación de las condiciones individuales, sociales y ambientales que permitan un óptimo desarrollo psicológico y psicofisiológico. Aquí juega un papel fundamental la promoción de la actividad física y deportiva con fines de salud.

En este sentido, el Plan constata cómo la salud mental y los problemas mentales, al igual que la salud y la enfermedad, están determinados por muchos factores que interactúan de forma social, psicológica y biológica. Al efecto, se dice que “de manera específica, existe evidencia creciente sobre cómo las redes de apoyo social y los estilos de vida saludables, especialmente la actividad física, contribuyen de manera efectiva a promover la salud mental en la población general⁹⁹”.

7.7. El fomento de la práctica deportiva en el futuro Plan Local de Salud

El texto de la futura Ley de Salud Pública de Andalucía, ya aludida, da carta de naturaleza a lo que se ha denominado *Plan Local de Acción en Salud*. Un Plan que servirá para incorporar los objetivos de salud pública en la agenda de los gobiernos locales (Ayuntamientos y Diputaciones), el entorno más inmediato para la ciudadanía, para que éstos, bajo su liderazgo y en desarrollo de sus competencias propias en esta materia, encaucen su acción local en salud.

La Junta de Andalucía pretende con esta iniciativa facilitar un equilibrio territorial en materia de salud, que se adopten acciones concretas adaptadas al espacio territorial donde van a ser aplicadas, que converjan los esfuerzos de todos los responsables públicos implicados en la aplicación de estas medidas (“intersectorialidad”) y que la población adquiera el protagonismo que le corresponde y participe, realmente, en la adopción de las mismas.

Así las cosas, el artículo 38 del proyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía define el Plan Local

de Salud como «*el instrumento básico que recoge la planificación, ordenación y coordinación de las actuaciones que se realicen en materia de salud pública en el ámbito de un municipio o de una mancomunidad de municipios*». La elaboración, aprobación, implementación y ejecución de este Plan corresponderá a los municipios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9.13 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía (Ley 5/2010, de 11 de junio).

En concreto, por lo que aquí nos atañe, el Plan Local de Salud abordará, entre otros contenidos mínimos, dos directrices que son de particular trascendencia para nuestro estudio: Estilos de vida saludable (actividad física, alimentación equilibrada y lucha contra el tabaquismo) y Entornos saludables y estrategias sostenibles (escuelas, lugares de encuentro, ocio y paseo) [artículo 38, letras d) y e) del proyecto de ley].

8. LOS PROGRAMAS DE DEPORTE Y SALUD EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS DEPORTIVOS MUNICIPALES ANDALUCES

Los Ayuntamientos son, desde los años ochenta, los grandes “dinamizadores” e impulsores de la práctica deportiva en España¹⁰⁰. Desde la democratización de los municipios con la aprobación de la Constitución, las Corporaciones locales han llevado a cabo una apuesta firme por universalizar la práctica deportiva, a cuyo desarrollo han contribuido con grandes esfuerzos, convencidas de la función social, educadora y especialmente de salud que la práctica deportiva conlleva. Defendiendo una práctica deportiva de calidad, al servicio del ciudadano.

El compromiso de los Ayuntamientos por universalizar la práctica deportiva, con el apoyo de las Comunidades Autónomas, que en Andalucía ha supuesto la mayor inversión que se haya conocido en la construcción de nuevas instalaciones deportivas, les ha llevado a crear servicios municipales de depor-

en la URL de la mencionada Consejería de Salud de la Junta de Andalucía: http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/documentosAcc.asp?pagina=pr_GestCal_SM_2 [Con acceso el 7.10.2011].

⁹⁹ *II Plan Integral de Salud Mental de Andalucía (2008-2012)*, p. 82. Referenciado en nota a pié núm. 88.

¹⁰⁰ Permita el lector que hagamos referencia aquí a la obra en este ámbito de uno de los autores de este artículo: LUNA QUESADA, Javier: “Consideraciones generales sobre la incidencia de la Ley de Autonomía Local de Andalucía en la gestión del deporte municipal”, *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 9, 2009, pp. 3-17; “¿Están obligados los Ayuntamientos andaluces a promocionar el deporte espectáculo?”, *Anuario andaluz de derecho deportivo*, núm. 9, 2009, pp. 183-193; y, junto a ROCA CRUZ, Antonio: “Las políticas de calidad en la Administración Pública: la calidad como objetivo de los servicios públicos municipales”, *Derecho deportivo*, núm. 3-4, 2003, pp. 451-456.

tes¹⁰¹, contribuyendo de manera exponencial al aumento porcentual del hábito deportivo de los andaluces y andaluzas.

Aunque en el origen de los servicios deportivos municipales, los Ayuntamientos emprendieron este camino casi en solitario, hoy en día nadie discute que éstos han sido los grandes artífices del cambio de hábitos deportivos de los españoles, y que han conseguido que el deporte abandone su concepto de elitismo y competición para convertirse en una práctica que abarca todos los ámbitos y sectores de la vida social, independientemente de la edad, el sexo o el estatus social.

En este apartado, haremos mención a varias experiencias que merecen especial interés por cuanto confirman la fortaleza del binomio deporte y salud, y la extraordinaria importancia de las determinaciones en este campo del ya comentado anteproyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía. El relato de estas experiencias, además, pondrá de manifiesto que los Ayuntamientos andaluces se han anticipado a esta futura nueva norma, dando respuesta a las demandas de la ciudadanía, tal como así se constata en el *Estudio sobre hábitos y actitudes de la población andaluza ante el Deporte*¹⁰², publicado en el año 2009.

En primer lugar, el Instituto Municipal de Deportes (IMD) de Sevilla desarrolla el *Programa Deporte y Salud*¹⁰³ para atender a la demanda, cada vez mayor, de los practicantes de cualquier actividad físico-deportiva de contar con información, formación y asistencia en todo tipo de cuestiones relacionadas con

la práctica del deporte y los beneficios que éste conlleva para la salud de las personas.

Para ello, el IMD está llevando a cabo distintas actuaciones, en coordinación con otras Administraciones públicas, que se desarrollan fundamentalmente en los centros deportivos municipales, para dar cobertura al mayor número posible de usuarios, aunque también con medidas para grupos concretos, como son los niños participantes en los Juegos Deportivos Municipales y las personas mayores.

En segundo lugar, el Ayuntamiento de Cádiz ofrece con el *Club de la Salud* la posibilidad de practicar de forma gratuita durante todo el año natación o paseo organizado, con la supervisión y ayuda de monitores especializados. La finalidad de esta iniciativa es mejorar la calidad de vida de los ciudadanos gaditanos, de tal forma que la natación o la marcha se puedan incorporar a los hábitos de aquéllos en los próximos años, además de intentar promover el interés y el conocimiento sobre la salud propia, la alimentación más adecuada y todo ello en convivencia con otras personas¹⁰⁴.

La Diputación de Málaga, en tercer lugar, con el fin de promover hábitos de ejercicio físico en el mayor número posible de ciudadanos, inició, en el año 2000, el *Programa Municipal de Actividades Físico-deportivas para Mayores*, dirigido, preferentemente, a pueblos de menos de 20.000 habitantes. Cada Ayuntamiento se encarga de crear los grupos en función de la demanda y de sus posibilidades; se conforman grupos de personas de más de 60 años lo más homogéneos posibles, para trabajar en dos o más sesiones semanales de actividad física, de mínimo una hora de duración, dirigidas por un profesor titulado¹⁰⁵.

El Patronato Municipal de Deportes del Ayuntamiento de Granada¹⁰⁶, en cuarto lugar, desarrolla

¹⁰¹ Una obra clave en este campo es la monografía de DE LA PLATA CABALLERO, Nicolás: *Los servicios públicos deportivos*, Instituto Andaluz del Deporte, Villaviciosa de Odón (Madrid), 2001.

¹⁰² Véase, de nuevo, el interesante *Estudio sobre hábitos y actitudes de la población andaluza ante el deporte*. Sevilla, 2009, editado por la Empresa de Deporte Andaluz. En el mismo se destaca el importante aumento de personas que realizan actividades deportivas por mantener y/o mejorar la salud, lo que pone de manifiesto que se está consiguiendo concienciar a la población andaluza de la relación existente entre la práctica deportiva y la salud. Por el contrario, la razón que menos influye en los andaluces para realizar actividades físico-deportivas es la competición. Así, por ejemplo, las mujeres que practican deporte lo hacen porque les gusta y por mantener y mejorar la salud, convirtiéndose éste en el principal motivo de práctica para las mujeres de más de 65 años; o son cada vez más los ciudadanos andaluces que demandan servicios deportivos saludables, como la natación terapéutica.

¹⁰³ El Programa Deporte y Salud se desarrolla fundamentalmente en dos líneas de actuación: una primera línea denominada informativa/formativa, y otra segunda línea denominada asistencial. Se puede consultar el programa en la siguiente dirección de Internet: <http://imd.sevilla.org/salud> [Con acceso el 7.10.2011].

¹⁰⁴ Al Club de la Salud se han destinado los recursos económicos y el esfuerzo necesario para hacer realidad la generalización de ambas prácticas deportivas: paseo y natación. Así, por ejemplo, se ha dispuesto que, durante un mes, se pueda hacer uso de un bonobús gratuito para el desplazamiento de los gaditanos a las piscinas, de tal forma que la distancia no se convierta en un obstáculo. Además, los circuitos urbanos se han diseñando para garantizar que exista siempre un punto de encuentro lo más próximo posible al domicilio de los participantes interesados en esta actividad.

¹⁰⁵ Los profesionales contratados para este programa deberán ser Técnicos en Actividades Físicas y Actividad Deportiva (TAFAD), Maestros Especialistas en Educación Física o Licenciados en Ciencias de la Actividad Física y el Deporte.

¹⁰⁶ El PMD desarrolla, desde el año 1990, un programa de deporte terapéutico. Disponible en la siguiente URL:

también un consolidado programa de deporte terapéutico que incluye un paquete de actividades deportivas, la mayoría de ellas ligadas a la natación, con fines esencialmente de salud.

En último lugar, hemos de hacer mención a la siempre ilusionante experiencia emprendida en La Algaba. El Centro Andaluz de Medicina del Deporte de la Junta de Andalucía, en colaboración con el Ayuntamiento de La Algaba, municipio sevillano perteneciente a la comarca de La Vega del río Guadalquivir, presentó, a finales de octubre de 2008, el Proyecto "La Algaba", sobre la prescripción médica de actividad física en un centro de atención primaria a un seleccionado grupo de pacientes adultos crónicos¹⁰⁷ (11 hombres y 49 mujeres, con una edad media de 65,18 años en el caso de los hombres y de 56,63 en las mujeres). Esta interesante iniciativa ha arrojado ya un dato muy significativo: la puesta en marcha de la misma ha llevado a un notablemente descenso, del 56%, del número de visitas de estos pacientes a urgencias.

Los pacientes participantes en este proyecto, todos ellos enfermos crónicos estables y autónomos para desenvolverse por sus propios medios, son seleccionados, por un equipo multidisciplinar (constituido por un médico de familia, un facultativo especializado en medicina deportiva y un monitor deportivo), siguiendo unos protocolos médicos donde se detallan unos criterios cerrados de inclusión y exclusión (por ejemplo, tener más de 14 años, lo que excluye a la población pediátrica, no haber sufrido un infarto recientemente o no padecer enfermedades cardiovasculares o pulmonares), atendiendo siempre a su historial y circunstancias médicas.

En definitiva, se pretende que estos pacientes – siempre que no resulten excluidos de esta iniciativa, al existir la posibilidad de que el ejercicio físico, en su caso particular, este contraindicado para su dolencia– se beneficien, cada uno en su justa medida, y de acuerdo con su situación médica, convenientemente evaluada, de las ventajas que trae consigo, como regla general, la práctica de una actividad física mode-

rada, que quedará incorporada a su propio tratamiento médico.

9. CONCLUSIONES

Hemos analizado en este trabajo las insoslayables imbricaciones existentes entre los conceptos “actividad física”, “deporte”, “salud”, “bienestar” u “ocio”. A la luz de los beneficiosos efectos que la actividad física y deportiva generan para nuestra salud, y más en una sociedad sedentaria como la nuestra, desde aquí exigimos que se cumpla la obligación constitucional de los poderes públicos de fomentar la práctica del deporte con fines de salud, que se promueva y defienda la salud a través de la actividad física y el deporte; como ya recoge nuestro actual –y, en especial, hará nuestro futuro– ordenamiento jurídico andaluz (deportivo y no deportivo) y como ya ha sido puesto en práctica por los diferentes servicios deportivos municipales andaluces.

<http://pmdgranada.es/secciones/medicina/descargas/fechasinscripcionverano2011.pdf> [Con acceso el 7.10.2011].

¹⁰⁷ Se puede encontrar más información en torno a esta interesante experiencia en la página web del Colegio Profesional de Licenciados en Educación Física del Principado de Asturias:

<https://www.colefasturias.es/Documentos/Articulos/2009/EstudioMunideporte-PrescripciondeActFca.pdf> [Con acceso el 7.10.2011].

ESTATUTO MARCO Y ESTATUTO BÁSICO

Juan Manuel Alegre Ávila

*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria.
Ex Letrado del Tribunal Constitucional*

I

1. La Ley 55/2003, de 16 de diciembre aprueba el Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud [en adelante, Estatuto Marco]. Ley dictada al amparo de la competencia que al Estado atribuye el artículo 149.1.18ª de la Constitución para dictar las bases del régimen estatutario de los funcionarios (apartado 1 de la Disposición final primera, que consigna, además, los artículos 149.1.16ª -bases de la sanidad- y 149.1.7ª -legislación laboral- como cobertura competencial de la Ley: apartados 2 y 3, respectivamente).

La Ley 7/2007, de 12 de abril aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público [en adelante, Estatuto Básico]. Ley dictada al amparo del artículo 149.1 de la Constitución, epígrafes 18ª, 7ª y 13ª -bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica- (Disposición final primera).

2. La promulgación del Estatuto Básico plantea la cuestión del desplazamiento (derogación tácita) del Estatuto Marco en todo aquello que sea incompatible con aquél. Una cuestión que se suscita a la vista de lo dispuesto en el artículo 2 del Estatuto Básico, que define su ámbito de aplicación. En concreto, su apartado 3 dice así:

“El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84”.

II

1. El sistema de fuentes del personal estatutario de los servicios de salud puede exponerse, de acuerdo al referido artículo 2.3 del Estatuto Básico, de la siguiente manera:

A) Este personal se rige por la legislación específica dictada por el Estado y por las Comunidades Autónomas.

B) Asimismo, le es de aplicación el Estatuto Básico, con las siguientes excepciones:

a) En primer lugar, el Capítulo II del Título III. Este Capítulo II del Título III (“Derechos y deberes. Código de Conducta de los empleados públicos”) lleva por rótulo “Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación de desempeño”, y comprende los artículos 16 (“Concepto, principios y modalidades de la carrera profesional de los funcionarios de carrera”), 17 (“Carrera horizontal de los funcionarios de carrera”), 18 (“Promoción interna de los funcionarios de carrera”), 19 (“Carrera profesional y promoción del personal laboral”) y 20 (“La evaluación del desempeño”).

No obstante, sí es de aplicación el artículo 20 (“La evaluación del desempeño”).

b) En segundo lugar, los artículos 22.3 y 24 (comprendidos dentro del Capítulo III -“Derechos retributivos”- del Título III), referidos a las retribuciones complementarias.

c) En tercer lugar, el artículo 84, precepto que, incluido en el Capítulo III (“Provisión de puestos de trabajo y movilidad”) del Título V (“Ordenación de la actividad profesional”), regula la movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas.

2. A los efectos de la “legislación específica” a que se refiere el artículo 2.3 del Estatuto Básico, la norma de cabecera es, justamente, el Estatuto Marco. A este propósito, la Ley 55/2003 establece, como se ha dicho, el régimen del personal estatutario de los servicios de salud. Un régimen, tal es su objeto, que define una “relación funcionarial especial” (artículo 1), cuyas “bases reguladoras” conforman, precisamente, el Estatuto Marco de dicho personal. La razón de ser de la regulación se explica así en el apartado I de la Exposición de Motivos:

“La organización política y territorial y el esquema de distribución de competencias en materia de sanidad y asistencia sanitaria que establecen la Constitución y los Estatutos de Autonomía, provocan el nacimiento, en el año 1986 y mediante la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, del Sistema Nacional de Salud, concebido como el conjunto de los servicios de salud con un funcionamiento armónico y coordinado.

La Ley General de Sanidad establece que en los servicios de salud se integrarán los diferentes servicios sanitarios públicos del respectivo ámbito territorial. Tal integración se realiza con las peculiaridades organizativas y funcionales de los correspondientes centros, entre ellas el régimen jurídico de su personal, lo que motiva que en los servicios de salud y en sus centros sanitarios se encuentre prestando servicios personal con vinculación funcionarial, laboral y estatutaria.

Si bien el personal funcionario y laboral ha visto sus respectivos regímenes jurídicos actualizados tras la promulgación de la Constitución Española, no ha sucedido así respecto al personal estatutario que, sin perjuicio de determinadas modificaciones normativas puntuales, viene en gran parte regulado por estatutos preconstitucionales. Resulta, pues, necesario actualizar y adaptar el régimen jurídico de este personal, tanto en lo que se refiere al modelo del Estado Autonómico como en lo relativo al concepto y alcance actual de la asistencia sanitaria.

Tal es el objetivo que afronta esta Ley, a través del establecimiento de las normas básicas relativas a este personal y mediante la aprobación de su estatuto-marco, todo ello conforme a las previsiones del artículo 149.1.18ª de la Constitución Española”.

Actualización y adaptación, pues, del régimen del personal estatutario (hoy, de los servicios de salud que conforman el Servicio Nacional de Salud), sin perjuicio, en los términos que se dirá a continuación, del mecanismo arbitrado en relación con el personal sanitario ya funcionario ya laboral que no ostenta la condición de personal estatutario.

3. El artículo 2 de la Ley 55/2003 define su ámbito (subjetivo) de aplicación. Un ámbito integrado por:

-El personal estatutario de las Comunidades Autónomas y del Estado.

En los términos del artículo 2.1: “[...] personal estatutario que desempeña sus funciones en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas o en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado”.

-El personal sanitario funcionario y el personal sanitario laboral de las Comunidades Autónomas.

En los términos del artículo 2.3: “[...] personal sanitario funcionario y [...] personal sanitario laboral que preste servicios en los centros del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por entidades creadas por las distintas Comunidades Autónomas para acoger los medios y recursos humanos y materiales procedentes de los procesos de transferencias del Insalud”.

III

1. De acuerdo al Estatuto Marco, el *sistema de fuentes*, esto es, la “legislación específica” *ex* artículo 2.3 del Estatuto Básico, viene establecido en los artículos 2.2, 2.3 y 3, amén de en las Disposiciones adicionales quinta (“Integraciones de personal”), décima (“Aplicación de esta Ley en los servicios administrativos”) y undécima (“Instituto Social de la Marina”).

2. El sistema de fuentes del *personal estatutario* se recoge en los artículos 2.2 y 3 del Estatuto Marco.

A) Este personal se rige, en primer lugar, por el Estatuto Marco (artículo 2.2).

A este efecto, ha de traerse a colación la habilitación competencial del mismo. Una habilitación que, según la Disposición final primera, se desglosa del modo siguiente:

a) Con carácter general, el Estatuto Marco se dicta al amparo del artículo 149.1.18ª de la Constitución, de modo que sus disposiciones “constituyen bases del régimen estatutario del personal incluido en su ámbito de aplicación” (apartado 1).

b) Además, la Disposición adicional segunda (“Jornada y descansos de los centros del Sistema Nacional de Salud”) se dicta al amparo del artículo 149.1.16ª de la Constitución, “por lo que sus previsiones constituyen bases de la sanidad” (apartado 2).

c) La Disposición adicional segunda, en cuanto al personal con vínculo laboral de los centros del Sistema Nacional de Salud, y la Disposición transitoria primera (“Aplicación paulatina de la jornada de trabajo al personal en formación mediante residencia”) se dictan al amparo del artículo 149.1.16ª -legislación laboral- (no, por tanto, del artículo 149.1.18ª, de modo que “se exceptúan de lo establecido en el anterior apartado 1”) (apartado 3).

B) En segundo lugar, el personal estatutario se rige, según el artículo 2.2, por “las normas a que se refiere el artículo siguiente”, es decir, el artículo 3, cuyo primer párrafo tiene este texto:

“En desarrollo de la normativa básica contenida en esta Ley, el Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, aprobarán los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud”.

Previsión que trae causa del reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y que permite a éstas, en virtud de su competencia de desarrollo legislativo de las bases estatales *ex* artículo 149.1.18ª de la Constitución (e, incluso, de las dictadas por el Estado al amparo del artículo 149.1.16ª, cual acaece, como antes se ha dicho, con la Disposición adicional segunda del Estatuto Marco -apartado 2 de la Disposición final primera-, con la salvedad, en cuanto al personal con vínculo laboral, de lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición final primera, respecto del que la competencia legislativa del Estado es plena, no susceptible de desarrollo legislativo, al tratarse de la legislación laboral *ex* artículo 149.1.7ª) dictar una legislación propia en relación con el “personal estatutario que desempeña su función en los centros e instituciones sanitarias de los servicios de salud de las Comunidades Autónomas” (artículo 2.1 del Estatuto Marco).

Si, por el contrario, dicho personal estatutario desempeña su función “en los centros y servicios sanitarios de la Administración General del Estado” (artículo 2.1 del Estatuto Marco) es claro que la legislación que complementa el Estatuto Marco sólo pueda provenir del Estado.

En todo caso, en la elaboración de estas normas, ya autonómicas ya estatales, por las que se aprueben “los estatutos y las demás normas aplicables al personal estatutario de cada servicio de salud”, ha de observarse lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 3 del Estatuto Marco, que impone, de un lado, la negociación en las mesas correspondientes de las propuestas contenidas en aquéllas, en los términos del capítulo III de la Ley 9/1987 (ley derogada por el

Estatuto Básico -Disposición derogatoria única c)-, por lo que la pertinente referencia ha de entenderse hoy hecha a lo dispuesto en el Capítulo IV del Título III del Estatuto Básico -“Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión”-); y, de otro, la toma en consideración, por “los órganos en cada competente”, de “los principios generales establecidos en el artículo siguiente [artículo 4: “Principios y criterios de ordenación del régimen estatutario”], las peculiaridades propias del ejercicio de las profesiones sanitarias, y las características organizativas de cada servicio de salud y de sus diferentes centros e instituciones”.

C) En tercer lugar el personal estatutario a que se refiere el artículo 2.1 del Estatuto Marco se rige por “los pactos o acuerdos regulados en el capítulo XIV” [“Representación, participación y negociación colectiva”] (artículo 2.2).

D) Finalmente, y con carácter supletorio, esto es, “en lo no previsto” en las normas y pactos o acuerdos reseñados con anterioridad, “serán aplicables al personal estatutario las disposiciones y principios generales sobre función pública de la Administración correspondiente” (artículo 2.2).

3. El sistema de fuentes del *personal funcionario sanitario* es, de acuerdo al artículo 2.3 del Estatuto Marco:

A) En primer lugar, “su normativa específica”.

B) En segundo lugar, este persona se rige por el Estatuto Marco “en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación”, y siempre que así lo prevean “la disposiciones aplicables al personal funcionario [...] de cada Comunidad Autónoma”.

4. Y, por lo que se refiere al *persona laboral sanitario*, el orden de prelación es el mismo, con la pertinente adaptación que el consignado con anterioridad, a saber:

A) Este personal se rige, en primer lugar, por “su normativa específica”.

B) En segundo lugar, por el Estatuto Marco “en todo aquello que no se oponga a su normativa específica de aplicación”, y siempre que así lo prevean “los convenios colectivos aplicables al personal laboral de cada Comunidad Autónoma”.

5. La Disposición adicional quinta (“Integraciones de personal”) prevé la integración del personal funcionario sanitario y del personal laboral sanitario “en la condición de personal estatutario”, fijo o temporal, según corresponda.

A) Así, y por lo que se refiere al personal que ostente la condición de funcionario de carrera o de contratado laboral fijo, el párrafo primero de la referida Disposición, “al objeto de homogeneizar las relaciones de empleo del personal de cada uno de los centros, instituciones o servicios de salud, y con el fin de mejorar la eficacia en la gestión”, habilita a las Administraciones sanitarias públicas “para establecer procedimientos para la integración directa, con carácter voluntario, en la condición de personal estatutario, en la categoría y titulación equivalente, de quienes presten servicio en tales centros, instituciones o servicios con la condición de funcionario de carrera o en virtud de contrato laboral fijo”.

Integración directa y voluntaria en la condición de personal estatutario (fijo *ex* artículo 8 del Estatuto Marco) a la que se han referido las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo y 3 de junio de 2009.

B) Asimismo, el párrafo segundo de la Disposición adicional quinta permite la convocatoria de procedimientos “para la integración directa del personal laboral temporal y funcionario interino en la condición de personal estatutario temporal, en la categoría, titulación y modalidad que corresponda”.

6. Finalmente, las Disposiciones adicionales décima y undécima prevén, respectivamente, que “los servicios de salud podrán establecer la aplicación del régimen estatutario previsto en esta Ley a las estructuras administrativas y de gestión del servicio de salud respectivo”, y su aplicación “al personal estatutario del Instituto Social de la Marina”.

IV

1. El Estatuto Marco consta de 80 artículos, divididos en 14 Capítulos, 14 Disposiciones adicionales, 6 transitorias, 1 derogatoria y 3 finales. Su estructura sistemática es la siguiente:

-Capítulo I: “Normas generales”: artículos 1-4.

-Capítulo II: “Clasificación del personal estatutario”: artículos 5-9.

-Capítulo III: “Planificación y ordenación del personal”: artículos 10-16.

-Capítulo IV: “Derechos y deberes”: artículos 17-19.

-Capítulo V: “Adquisición y pérdida de la condición de personal estatutario fijo”: artículos 20-28.

-Capítulo VI: “Provisión de plazas, selección y promoción interna”: artículos 29-35.

-Capítulo VII: “Movilidad del personal”: artículos 36-39.

-Capítulo VIII: “Carrera profesional”: artículo 40.

-Capítulo IX: “Retribuciones”: artículos 41 a 45.

-Capítulo X: “Jornada de trabajo, permisos y licencias”: artículos 46-61.

-Sección 1ª: “Tiempo de trabajo y régimen de descansos”: artículos 46-59.

-Sección 2ª: “Jornadas parciales, fiestas y permisos”: artículos 60-61.

-Capítulo XI: “Situaciones del personal estatutario”: artículos 62-69.

-Capítulo XII: “Régimen disciplinario”: artículos 70-75.

-Capítulo XIII: “Incompatibilidades”: artículos 76-77.

-Capítulo XIV: “Representación, participación y negociación colectiva”: artículos 78-80.

2. El Estatuto Básico consta de 100 artículos, divididos en 100 artículos, 11 Disposiciones adicionales, 8 transitorias, 1 derogatoria y 4 finales. Su estructura sistemática es la que sigue:

-Título I: “Objeto y ámbito de aplicación”: artículos 1-7.

-Título II: “Clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas”: artículos 8-13.

-Subtítulo I: “Personal directivo”: artículo 13.

-Título III: “Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos”: artículos 14-54.

-Capítulo I: “Derechos de los empleados públicos”: artículos 14-15.

-Capítulo II: “Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño”: artículos 16-20.

-Capítulo III: “Derechos retributivos”: artículos 21-30.

-Capítulo IV: “Derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional. Derecho de reunión”: artículos 31-46.

-Capítulo V: “Derecho a la jornada de trabajo, permisos y vacaciones”: artículos 47-51.

-Capítulo VI: “Deberes de los empleados públicos. Código de conducta”: artículos 52-54.

-Título IV: “Adquisición y pérdida de la relación de servicio”: artículos 55-68.

-Título V: “Ordenación de la actividad profesional”: artículos 69-84.

-Capítulo I: “Planificación de recursos humanos”: artículos 69-71.

-Capítulo II: “Estructuración del empleo público”: artículos 72-77.

-Capítulo III: “Provisión de puestos de trabajo y movilidad”: artículos 78-84.

-Título VI: “Situaciones administrativas”: artículos 85-92.

-Título VII: “Régimen disciplinario”: artículos 93-98.

-Título VIII: “Cooperación entre las Administraciones Públicas”: artículos 99-100.

V

1. El Estatuto Básico fue publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 13 de abril de 2007. Su entrada en vigor, gradual o escalonada y, en los términos en que ahora se dirá, asimétrica o variable se regula en la Disposición final cuarta.

A) Con carácter general, y de acuerdo al apartado 1 de la referida Disposición, entró en vigor el día 13 de mayo de 2007, de acuerdo a lo dispuesto en el apartado 1 (“El presente Estatuto entrará en vigor en el plazo de un mes a partir de su publicación en el <Boletín Oficial del Estado>”).

B) No obstante, la entrada en vigor de determinados partes del Estatuto Básico se demora, de acuerdo al apartado 2 de la referida Disposición final cuarta, a la entrada en vigor de las Leyes de Función Pública dictadas en desarrollo del mismo, de conformidad a lo previsto en el artículo 6 y en la Disposición final primera del Estatuto Básico.

a) Esta demora afecta (párrafo primero del referido apartado 2), a:

-El Capítulo II (“Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño”) del Título III (“Derechos y deberes. Código de conducta de los empleados públicos”).

-El Capítulo III (“Derechos retributivos”) del Título III, con excepción del artículo 25.2 (trienios de los funcionarios interinos), que, en consecuencia, es inmediatamente aplicable.

-El Capítulo III (“Provisión de puestos de trabajo y movilidad”) del Título III (“Ordenación de la actividad profesional”).

b) Igualmente se pospone la eficacia, “en cada Administración Pública”, a “la aprobación de las Leyes de Función Pública de las Administraciones Públicas que se dicten en desarrollo de este Estatuto” de la Disposición final tercera.2 del Estatuto Básico, que da nueva redacción al artículo 16.1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

C) Finalmente, el apartado 3 de la Disposición final cuarta mantiene la vigencia en cada Administración Pública, “hasta que se dicten las Leyes de Función Pública y las normas reglamentarias de desarrollo” ex artículo 6 y Disposición final primera del Estatuto Básico, de las “normas vigentes sobre ordenación, planificación y gestión de recursos humanos en tanto no se opongan” al Estatuto Básico.

2. La indeterminación del apartado 3 de la Disposición final cuarta llevó al Ministerio para las Administraciones Públicas a acotar, a través de una instrucción interpretativa, los preceptos de la legislación anterior al Estatuto Básico que permanecen vigentes en tanto no se dicten las leyes de desarrollo de aquél. Este es el objeto de la Resolución de 21 de junio de 2007, por la que se dispone la publicación (llevada a cabo en el Boletín Oficial del Estado de 23 de junio de 2007) de las Instrucciones de la Secretaría General de Administración Pública de 5 de junio de 2007. Instrucciones, que se adjuntan como Anexo de la referida Resolución, para la aplicación del Estatuto Básico del Empleado Público en el ámbito de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, y que concretan la entrada en vigor, en los términos de la Disposición derogatoria y de los diferentes apartados de la Disposición final cuarta del Estatuto Básico, de las diferentes partes de este último.

Instrucciones similares a la referida han sido dictadas, para sus propias funciones públicas, por las Comunidades Autónomas.

VI

1. La promulgación del Estatuto Básico plantea la fundamental cuestión de la compatibilidad con el mismo del Estatuto Marco. Cuestión que estriba en determinar si, fuera de los aspectos expresamente excluidos por el Estatuto Básico (el Capítulo II del Título III -con la salvedad, a su vez, del artículo 20-, que regula la carrera profesional, comprensiva de la carrera horizontal y de la promoción interna, y los artículos 22.3 y 24 -retribuciones complementarias- y 84 -movilidad interadministrativa-), el Estatuto Básico

co ha desplazado, esto es, ha derogado tácitamente, al Estatuto Marco, en todo aquello, lógicamente, en que entre en colisión con aquél, o, por el contrario, la aplicación del Estatuto Básico al personal estatutario de los Servicios de Salud está supeditada a su no contradicción con el Estatuto Marco.

2. En todo caso, y de aceptarse, en los términos señalados, a efectos meramente hipotéticos el desplazamiento del Estatuto Marco por el Estatuto Básico, la expresa exclusión que de su (eventual) aplicación directa hace el artículo 2.3 del Estatuto Básico comporta que al personal estatutario de los Servicios de Salud no sean de aplicación, con el consiguiente mantenimiento de los preceptos equivalentes del Estatuto Marco, los siguientes extremos.

A) El Capítulo II del Título III del Estatuto Básico (“Derecho a la carrera profesional y a la promoción interna. La evaluación del desempeño”: artículos 16 a 20, salvo el artículo 20 -“La evaluación del desempeño”-, que sí sería de aplicación.

En consecuencia, no se verían afectados los siguientes aspectos del Estatuto Marco:

-Los artículos 34 (“Promoción interna”) y 35 (“Promoción interna temporal).

-El artículo 40 (“Criterios generales de la carrera profesional”). En todo caso, y como se ha señalado, sí sería de aplicación a la carrera profesional del personal estatutario de los Servicios de Salud el artículo 20 del Estatuto Básico, que consagra los criterios para la evaluación del desempeño.

B) Los artículos 22.3 y 24 del Estatuto Básico, relativos a las retribuciones complementarias.

Por tanto, se mantendría la aplicación del artículo 43 (“Retribuciones complementarias”) del Estatuto Marco.

C) El artículo 84 (“La movilidad voluntaria entre Administraciones Públicas”) del Estatuto Básico.

En consecuencia, no se vería afectado el Capítulo VII (“Movilidad del personal”: artículos 36 a 39) del Estatuto Marco.

3. Con independencia de lo señalado en el anterior apartado, la prevalencia del Estatuto Básico, y, en consecuencia, el desplazamiento en tanto resulte incompatible con el mismo del Estatuto Marco, puede fundarse no sólo en su carácter de norma posterior sino, sobre todo, en su condición de norma central del sistema de empleo público.

Por el contrario, la del Estatuto Marco puede sustentarse en la propia dicción del artículo 2.3 del Esta-

tuto Básico, que, al consignar el sistema de fuentes del personal estatutario de los Servicios de Salud, cita en primer lugar “la legislación específica” de este personal, esto es, el Estatuto Marco, para añadir a continuación la referencia al propio Estatuto Básico (con las salvedades antes mencionadas), amén de en el carácter de norma especial del Estatuto Marco frente al Estatuto Básico.

En este sentido, podría argüirse, frente a la aplicación prioritaria del Estatuto Marco y, consiguientemente, la del Estatuto Básico sólo en la medida en que no entre en colisión con aquél, que dicha tesis (que, en definitiva, vendría a postular una suerte de aplicación supletoria del Estatuto Básico) se solapa con el artículo 2.5 del Estatuto Básico, que dispone su “carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación”. Argumento que es, sin embargo, de fácil refutación desde el momento en que el personal estatutario de los Servicios de Salud sí está comprendido en el ámbito de aplicación del Estatuto Básico, de suerte que, en este sentido, el referido artículo 2.5 no se erige en óbice a la apuntada aplicación prioritaria del Estatuto Marco.

4. En esta tesitura, por tanto (a saber, el desplazamiento del Estatuto Marco por el Estatuto Básico en lo que resulte incompatible con este último o, por el contrario, la aplicación al personal estatutario de los Servicios de Salud del Estatuto Básico en tanto no entre en contradicción con lo dispuesto en el Estatuto Marco, vale decir en la medida en que complementa sus previsiones), el presupuesto inexcusable pasa por la identificación de las discrepancias entre ambos textos. A modo de ejemplo:

A) El artículo 44 del Estatuto Marco excluye los trienios de las retribuciones del personal estatutario temporal. En cambio, el artículo 25 del Estatuto Básico, que regula las retribuciones de los funcionarios interinos, reconoce en su apartado 2 “los trienios correspondientes a los servicios prestados antes de la entrada en vigor del presente Estatuto que tendrán efectos retributivos únicamente a partir de la entrada en vigor del mismo” [La entrada en vigor de este artículo 25.2 se produjo, de acuerdo a lo dispuesto en el apartado 2, en conexión con su apartado 1, de la Disposición final cuarta, el día 13 de mayo de 2007].

B) A propósito de las vacaciones el Estatuto Marco y el Estatuto Básico ofrecen regulaciones diferentes. Así, el artículo 53.1 de aquél dispone:

“Anualmente, el personal tendrá derecho a una vacación retribuida cuya duración no será inferior a 30 días naturales, o al tiempo que proporcionalmente corresponda en función del tiempo de servicios”.

Por su parte, el artículo 50 del Estatuto Básico dice así:

“Los funcionarios públicos tendrán derecho a disfrutar como mínimo, durante cada año natural, de unas vacaciones retribuidas de veintidós días hábiles, o de los días que correspondan proporcionalmente si el tiempo de servicio durante el año fue menor.

A los efectos de lo previsto en el presente artículo, no se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales”.

No obstante el distinto tenor de los preceptos transcritos, la duración de las vacaciones *ex* artículo 53.1 del Estatuto Marco (treinta días naturales) es la misma que la que se desprende del artículo 50 del Estatuto Básico (veintidós días hábiles, excluidos, a estos efectos, los sábados), si bien este último plazo puede ser ampliado por las leyes que se dicten en desarrollo del Estatuto Básico (“como mínimo”, dice el párrafo primero de su artículo 50). La diferencia, en realidad, se consagraba en la normativa anterior al Estatuto Básico, como se desprende de la redacción introducida en el artículo 68 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 por el artículo 51 de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, que decía así:

“1. Todos los funcionarios tendrán derecho, por año completo de servicios, a disfrutar de una vacación retribuida de un mes natural o de veintidós días hábiles anuales, o a los días que corresponda proporcionalmente al tiempo de servicios efectivos.

2. Asimismo, tendrán derecho a un día hábil adicional al cumplir quince años de servicio, añadiéndose un día hábil más al cumplir los veinte, veinticinco y treinta años, respectivamente, hasta un total de veintiséis días hábiles por año natural.

Este derecho se hará efectivo a partir del año natural siguiente al del cumplimiento de los años de servicio señalados en el párrafo anterior.

3. A los efectos previstos en el presente artículo, no se considerarán como días hábiles los sábados, sin perjuicio de las adaptaciones que se establezcan para los horarios especiales”.

La adición, hasta un máximo de veintiséis días hábiles por año natural, a que se refiere el párrafo primero del artículo 68.2 (en la redacción, se insiste, dada por la Ley 53/2002) no fue recogida por el Estatuto Marco (aprobado por la Ley 55/2003), que fijó las vacaciones en treinta días naturales (duración no coincidente con la del “mes natural” consagrada en el artículo 68.1 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, según la versión de la citada Ley 53/2002). Este artículo 68, si bien derogado por el Estatuto Básico, ha sido considerado vigente en tanto no se dicten las leyes de desarrollo del Estatuto Básico, de

acuerdo a la Disposición final cuarta. 3 de aquél, por las Instrucciones de la Secretaría General de Administración Pública de 5 de junio de 2007.

C) El régimen de los permisos aparece regulado en el artículo 61 del Estatuto Marco (“Régimen de fiestas y permisos”) y en los artículos 48 (“Permisos de los funcionarios públicos”) y 49 (“Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género”) del Estatuto Básico.

a) Con carácter general, el artículo 61.1 del Estatuto Marco se remite a lo dispuesto “en el ámbito de cada una de las Comunidades Autónomas”. Una remisión que, asimismo, se contiene en los números 2 y 3 de este artículo 61 a propósito de los permisos para, respectivamente, “la realización de estudios o para la asistencia a cursos de formación o especialización que tengan relación directa con las funciones de los servicios sanitarios e interés relevante para el servicio de salud” y “para la asistencia a cursos o seminarios de formación o para participar en programas acreditados de cooperación internacional o en actividades y tareas docentes o de investigación sobre materias relacionadas con la actividad de los servicios de salud”.

Por su parte, el artículo 68 del Estatuto Básico establece un elenco no cerrado, al disponer que los permisos y su duración serán “al menos”, esto es, “en defecto de legislación aplicable”, los allí establecidos.

En este punto, en consecuencia, no hay una incompatibilidad entre el Estatuto Marco y el Estatuto Básico, de modo que, en los términos señalados, el régimen de permisos del personal estatutario de los servicios de salud será, al menos, el establecido en el artículo 68 del Estatuto Básico.

b) El número 2 del artículo 61 del Estatuto Marco contiene una remisión a la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, sobre Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras. El artículo 49 pormenoriza, asimismo con un carácter no cerrado (“En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas”), los “permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral”, además de los “por razón de violencia de género”.

El contraste entre la Ley 39/1999 y el artículo 49 del Estatuto Básico permitirá verificar la compatibilidad entre este último y el Estatuto Marco, de suerte que la resolución de la eventual asimetría se sujetará, en atención al sistema de fuentes del artículo 2.3 del Estatuto Básico, al orden normativo establecido en este último.

D) El Capítulo XIV del Estatuto Marco regula la “representación, participación y negociación colectiva”. De un modo más pormenorizado, el Capítulo IV del Título III del Estatuto Básico contiene la disciplina del “derecho a la negociación colectiva, representación y participación institucional”, así como lo relativo al derecho de reunión.

Los tres preceptos que engloba el Capítulo XIV del Estatuto Marco no albergan una normativa contradictoria con la de los preceptos homólogos del Estatuto Básico, dada la sustancial identidad entre, respectivamente, los artículos 78 del Estatuto Marco (“Criterios generales”) y 31 del Estatuto Básico (“Principios generales”); el artículo 79 del Estatuto Marco (“Mesas sectoriales de negociación”) y los 34 (“Mesas de Negociación”), 35 (“Constitución y composición de las Mesas de Negociación”) y 36 (“Mesas Generales de Negociación”) del Estatuto Básico; y, finalmente, el artículo 80 del Estatuto Marco (“Pactos y acuerdos”) y los artículos 37 (“Materias objeto de negociación”) y 38 (“Pactos y acuerdos”) del Estatuto Básico.

A este propósito, cabría quizá detectar una cierta divergencia entre el artículo 79.2 del Estatuto Marco, que impone con carácter preceptivo la existencia “en el ámbito de cada servicio de salud” de una mesa sectorial de negociación, y el artículo 34.4 del Estatuto Marco, que remite al acuerdo de las correspondientes Mesas Generales de Negociación la constitución de Mesas Sectoriales. Una divergencia que, dada la índole de la materia, parece que ha de resolverse, en todo caso, en favor de la aplicación del Estatuto Marco, sin perjuicio de la del Estatuto Básico respecto de todos aquellos extremos no contemplados expresamente en aquél.

¿QUÉ EL BIODERECHO CONSTITUCIONAL TIENE PARA DECIR SOBRE LA DONACIÓN DE ÓRGANOS DE ANENCÉFALOS?

Adriano Sant'Ana Pedra

Doctor en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo – PUC/SP, Máster en Derechos y Garantías Fundamentales por la Facultad de Derecho de Vitória – FDV, Profesor de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Vitória – FDV (pregrado, postgrado y maestría), Profesor de la Escuela de la Magistratura del Estado de Espírito Santo – EMES, Procurador Federal de Abogacía General de la Unión – AGU (Brasil)

RESUMEN: A partir de los principios de la bioética, son analizadas cuestiones ético-jurídicas envolviendo los trasplantes de órganos y tejidos de un anencéfalo. Se distingue la posibilidad de la disposición de órganos en vida y la extracción de órganos del cadáver. Se sustenta que el debate de estas cuestiones sea hecho a la luz del bioderecho constitucional.

PALABRAS-CLAVES: anencefalia; bioética; derechos fundamentales; trasplante de órganos.

SUMMARY: 1. Introduction; 2. Constitutional biolaw and bioethics; 3. Disposal of organs from living and dead donors; 4. Disposal of organs from anencephalic infants; 5. Conclusion; 6. References.

ABSTRACT: This study examines, from the principles of bioethics, ethical and legal questions involving transplantations of organs and tissues from anencephalic infants. A distinction is made between disposal of organs from living and dead donors. This paper argues that the debate on these questions must be made in accordance with the constitutional biolaw.

KEYWORDS: anencephaly; bioethics; fundamental rights; organ transplantation.

1. INTRODUCCIÓN

El progreso que la medicina viene sufriendo, ha ampliado las oportunidades de éxito en la realización de trasplantes de órganos, tejidos y otras partes del cuerpo humano, haciendo que esto sea visto como un importante repertorio, lo que nos lleva inevitablemente a una serie de cuestiones ético-jurídicas envolviendo este tema. Una de estas cuestiones, la cual vamos a analizar aquí, habla con respecto a la posibilidad de un anencéfalo ser donador de órganos, tejidos y otras partes de su cuerpo.

En Brasil, el Consejo Federal de Medicina aprobó la Resolución CFM nº 1.752, del 08 de septiembre de 2004, donde se dispuso acerca de la “autorización ética del uso de órganos y/o tejidos de anencéfalos para trasplante, mediante autorización previa de los padres”. Establece el artículo 1º de la referida resolución que “una vez autorizado formalmente por los padres, el médico podrá realizar el

trasplante de órganos y/o tejidos del anencéfalo, después de su nacimiento”.

La citada Resolución del Consejo Federal de Medicina autoriza la realización del trasplante de cualquier órgano o tejido, teniendo como donador un ser humano que aún mantiene signos vitales, siendo que el ordenamiento jurídico brasileiro da tal permiso solamente cuando es posible preservar la vida y la integridad física del donador.

Las situaciones que involucran a los anencéfalos también son discutidas en otros países, como en Chile, donde Ángela Vivanco Martínez escribe que, “al carecer de gran parte del cerebro, la situación de los niños anencefálicos ha dado lugar a una discusión acerca de si pueden ser considerados o no como personas titulares de derechos”¹.

Este estudio tratará ésta cuestión a la luz de los postulados de la bioética, siendo necesario analizar la conducta humana en el ámbito de las ciencias de la vida y de la salud, mientras tal conducta esté examinada a la luz de los valores y principios morales. La posibilidad de la utilización de los órganos, tejidos u otras partes del cuerpo de un anencéfalo será analizada a partir del sistema jurídico que regula los trasplantes, bajo la óptica del bioderecho constitucional.

2. EL BIODERECHO CONSTITUCIONAL Y LA BIOÉTICA

Maria Helena Diniz conceptúa el bioderecho como el “estudio jurídico que, teniendo como fuente inmediata la bioética y la biogenética, tiene como objeto principal la vida”². Maria García³ perfecciona éste concepto, apuntando además, que el bioderecho es el conjunto de normas jurídicas que tienen como principios informadores la dignidad de la persona humana y la protección de la vida, además del equilibrio ecológico. El bioderecho constitucional encontrará abrigo en el artículo 5° de la Constitución brasileña, y deberá servir de matriz para las normas jurídicas atinentes al trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano.

José Alfredo de Oliveira Baracho define, entonces, *bioconstitución* como el

conjunto de normas (principios y reglas) formales o materialmente constitucionales, que tienen como objeto las acciones u omisiones del Estado o de entidades privadas, con base en la tutela de la vida, en la identidad y integridad de las personas, en la salud del ser humano actual o futuro, tomando en cuenta también sus relaciones con la biomedicina⁴.

Lo que se nos presenta con las normas jurídicas que disponen acerca del trasplante de órganos, es un dilema entre las garantías individuales de todo ser humano, tales como la libertad, la dignidad de la persona humana, la indisponibilidad de la vida y de la salud y la auto-afirmación, delante del poder del Estado, en busca de intereses colectivos, de procurar órganos y tejidos.

La Constitución brasileña dispone que debe ser facilitada “la remoción de órganos, tejidos y sustancias humanas para fines de trasplante, pesquisa y tratamiento, bien como la recolección, procesamiento y transfusión de sangre y sus derivados, siendo prohibido todo tipo de comercialización” (artículo 199, §4°). No obstante, es preciso indagar hasta que punto puede el Estado, bajo la égida del poder a él atribuido en función del cumplimiento de una función social, interferir en la esfera íntima de los individuos y requerir, a él o a su familia, órganos, tejidos y partes de sus cuerpos para fines de trasplante.

De allí la necesidad de una respuesta ética a las situaciones oriundas de la ciencia en el ámbito de la salud, lo que se producirá a través de la bioética. “La bioética deberá ser un estudio deontológico, que proporcione directrices morales para la actuación humana ante los dilemas levantados por la biomedicina”⁵. Las leyes éticas, como expone Goffredo Telles Junior, se caracterizan por ser imperativas.

Precisamente por ser enunciativas e imperativas del deber, son leyes éticas, aunque son integrantes de una orden normativa, son verdaderas normas. Ellas son, de hecho, mandamientos de normalización del comportamiento. Determina lo que debe ser hecho en consonancia con un sistema de concepciones dominantes⁶.

¹ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006): *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 274.

² DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, pág. 9.

³ GARCIA, Maria (2003): “Biodireito constitucional: uma introdução”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 42, págs. 105-113.

⁴ OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (2000): “Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano”, *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos* 27, págs. 6-7.

⁵ DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, pág. 15.

⁶ TELLES JUNIOR, Goffredo (2003): *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, São Paulo, Juares de Oliveira, pág. 205.

Las normas que componen el ordenamiento jurídico pueden asumir dos configuraciones básicas: reglas y principios. Robert Alexy formuló fecunda teoría distinguiendo precisamente las reglas de los principios. Las reglas son normas que son o no son cumplidas. Así si la regla es válida, tenemos que hacer exactamente aquello que ella exige, ni más ni menos. En ese sentido, la diferencia entre principios y reglas es cualitativa. Robert Alexy sostiene que el punto decisivo para la distinción entre principios y reglas es que los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mejor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. De esa forma, los principios constituyen *mandatos de optimización*. Segundo Robert Alexy, “los principios son *mandatos de optimización*, que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida del debido cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas es determinado por los principios y reglas opuestos”⁷.

La bioética se pauta en cuatro principios básicos, que constituyen racionalizaciones abstractas de valores que derivan de la interpretación de la naturaleza humana y de las necesidades individuales. Ellos son los principios de la *autonomía* y de la *beneficencia*, de carácter teleológico, y los principios de la *no-maleficencia* y de la *justicia*, de carácter deontológico.

El *principio de la autonomía* impone que se debe respetar la voluntad, los valores morales y las creencias de cada persona, denotando que todos deben ser responsables por sus actos. De esa forma, el profesional de la salud debe respetar la voluntad del paciente, o la de su representante, considerándolo capaz de ejercer sus opciones. Siendo así, la disposición de órganos debe transcurrir dentro de un contexto de consentimiento libre y conocido. El Derecho debe proteger a aquel que no tuviere autonomía suficiente para tomar decisiones, sea por coacción o deficiencia mental, por ejemplo.

El *principio de la beneficencia* indica la obligatoriedad del profesional de la salud y del investigador, de promover primeramente el bien del paciente, buscando atender su bienestar, maximizando los beneficios, no causando daños, y minimizando posibles riesgos. En el juramento de Hipócrates⁸, el principio

de la beneficencia es el hilo conductor; el profesional de la salud solamente puede utilizar el tratamiento para el bien del paciente, y nunca para causarle mal o promover la injusticia.

El *principio de la no-maleficencia* es un desdoblamiento del principio de la beneficencia, porque contiene la obligación de no causar daño intencional y por derivar de la máxima de la ética médica *primum non nocere*.

El *principio de la justicia* indica una obligación que garantice una distribución justa, equitativa y universal de los bienes y servicios (beneficios) de la salud⁹, además de una relación ecuánime en los riesgos y encargos.

Además de estos principios cardinales de la bioética, José Alfredo de Oliveira Baracho¹⁰ afirma que existen principios generales de protección del cuerpo humano que deben ser observados, siendo ellos la primacía de la persona, la dignidad de la persona, el respeto del ser humano delante de la comercialización de su vida, la inviolabilidad del cuerpo humano y su integridad, la necesidad terapéutica (consentimiento y límites), la integridad de la especie humana, la extrapatrimonialidad del cuerpo humano, la no remuneración del donador, el anonimato, la esterilización, la voluntad de procreación, la asistencia médica a la procreación, y la protección del embrión humano.

Merece ser destacado el *principio de la dignidad de la persona humana*, que es el fundamento del Es-

hacer el mal a quien quiera que sea. A nadie dará, remedio mortal para agradar, ni consejos que induzcan a la destrucción, consejo que la induzca a la destrucción. Tampoco suministraré a una señora presario abortivo. [...] En la casa donde yo fuere, entraré solamente por el bien del doliente, absteniéndome de cualquier mal voluntario o de toda seducción”.

⁹ Nos recuerda Daury Cesar Fabriz “que para ciertas dolencias la penicilina ofrece la cura, haciendo el bien al paciente. Sin embargo Gandhi dejó morir a su mujer, sin que le fuese aplicada la dosis posiblemente salvadora. Actuó según lo que le parecía derecho, y tal vez haya creído que le hacía un bien. Pero...¿fue justo? [...] Tal perspectiva demuestra como el hacer justicia o la idea de justicia puede expresarse en su efectividad como algo cruel o inclusive despojarse de cualquier sentimiento humano”. Cf. FABRIZ, Daury Cesar (2003): *Bio-ética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*, Belo Horizonte, Mandamentos, pág. 112.

¹⁰ OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (1997): “O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica”, *O sino do Samuel* 21, pág. 5. Cf. también: OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (2004): “Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 10, pág. 167.

⁷ ALEXY, Robert (1997): *Teoría de los derechos fundamentales*, Traducción de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pág. 86.

⁸ “Se aplicarán los regímenes para el bien de los dolientes, según mi conocimiento y mi razón, y nunca para perjudicar o

tado Democrático de Derecho (artículo 1º, III, de la Constitución brasileña), y la esencia de todo el ordenamiento jurídico.

Fábio Konder Comparato explica que la dignidad de la persona humana “es el fundamento de toda vida ética, de ese fundamento, la raíz más profunda deviene, lógicamente, de las normas universales del comportamiento, las cuales representan la expresión de esa dignidad en todos los tiempos y lugares y tienen por objetivo su preservación.”¹¹

El principio de la dignidad de la persona humana, según Paulo Bonavides, fundamenta “la totalidad de los derechos humanos positivos como derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico-constitucional”¹². Según José Joaquim Gomes Canotilho, la dignidad de la persona humana como base de la República, significa el reconocimiento del individuo “como límite y fundamento del dominio político de la República. En este sentido, la República es una organización política que sirve al hombre y no el hombre que sirve a los aparatos político-organizativos”¹³.

Conforme enseña Maria García, “la dignidad de la persona humana corresponde a la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente”¹⁴. De allí la necesidad de la imposición de los límites de la ciencia, reconociéndose que el respeto al ser humano sólo se alcanza si observamos la dignidad humana. La ciencia debe estar al servicio del ser humano para que su vida sea cada vez más digna de ser vivida.

3. DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS EN VIDA Y DISPOSICIÓN DE ÓRGANOS *POST MORTEM*

El ordenamiento jurídico brasileiro permite el trasplante de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano tanto entre vivos como después de la muerte del donador.

Tratándose de la disposición de órganos en vida, la preocupación primordial es preservar la vida y la integridad física del donador. José Alfonso da Silva registra que “agredir el cuerpo humano es un modo de agredir la vida, pues ésta se realiza en aquello. La integridad físico-corporal constituye, por lo tanto, un bien vital y revela un derecho fundamental del individuo”¹⁵.

De ésta forma, es prohibido el transplante cuando se refiere a partes vitales, en razón del derecho a la vida y a la integridad física¹⁶. Siendo así, es posible la donación de órganos dobles, como los riñones, o que se regeneran, como el hígado, no comprometiéndolo las funciones vitales.

El artículo 13 del Código Civil brasileiro, con el propósito de proteger la integridad física de la persona, prohíbe cualquier acto de disposición *inter vivos* que pueda venir a lesionarla.

Art. 13. Salvo por exigencia médica, es prohibido el acto de disposición del propio cuerpo, cuando implique disminución permanente de la integridad física, o contrariar a las buenas costumbres.

Parágrafo único. El acto previsto en éste artículo será admitido para fines de trasplante, en la forma establecida en ley especial.

Como bien destaca Maria Helena Diniz, “la donación de órganos, tejidos y partes del propio cuerpo para trasplante *inter vivos* es una decisión exclusiva de la persona. Nada hay que pueda imponer a alguien donar, en vida, sus órganos favoreciendo a otra”¹⁷.

Y para evitar que haya comercio de órganos y otras partes del cuerpo humano, la ley brasileña (artículo 9º, de la Ley nº 9.434/1997, con redacción dada por la Ley nº 10.211/2001) dispone que es permitida a la persona jurídicamente capaz, disponer gratuitamente de sus tejidos, órganos y partes del propio cuerpo vivo, para fines terapéuticos o para trasplantes en cónyuge o parientes consanguíneos hasta el cuarto grado, inclusive. Si la donación fuera para cualquier otra persona, solamente podrá suceder a través de autorización judicial, para cohibir la práctica del comercio.

Son exigidos además, autonomía y consentimiento libre y declarado del donador, sin el cual la disposición de órganos en vida no podrá ocurrir.

¹¹ KONDER COMPARATO, Fábio (2006): *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo, Companhia das Letras, pág. 484.

¹² BONAVIDES, Paulo (2001): *Teoria constitucional da democracia participativa*, São Paulo, Malheiros, pág. 10.

¹³ GOMES CANOTILHO, José Joaquim (2002): *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, pág. 225.

¹⁴ GARCIA, Maria (2004): *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade*, São Paulo, RT, pág. 211.

¹⁵ AFONSO DA SILVA, José (2005): *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros, pág. 199.

¹⁶ BITTAR, Carlos Alberto (1995): *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, pág. 79.

¹⁷ DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, pág. 346.

Para ilustrar la necesidad de información y del amplio consentimiento del donador, Maria de Fátima Freire de Sá¹⁸ trae el triste caso de una criatura de cinco años de edad, con insuficiencia renal regresiva, que no se adaptaba a la hemodiálisis. El equipo médico, considerando la posibilidad del trasplante renal, realizó análisis de histocompatibilidad en los parientes próximos, verificando que el padre, por sus características anatómicas y circulatorias, era la persona indicada para la donación. En consulta realizada tan sólo en su presencia, el padre se decidió por la no donación de su riñón, alegando que sentía miedo de la cirugía, el pronóstico era incierto, había la posibilidad de la obtención de un riñón de un donador cadáver, etc. Conforme a lo solicitado por el padre, que no quería que los motivos reales de su decisión fuesen revelados, el médico afirmó su imposibilidad de donación de un riñón “por razones médicas”.

También debe traerse el caso de un joven con síndrome de Down con 22 años de edad, único pariente de su padre en condiciones de donarle un riñón que le salvaría la vida. Quedó demostrado que el joven tenía menor expectativa de vida, estaría mucho más sujeto a complicaciones y a infecciones, debido al bajo índice de defensa inmunológica, con riesgo quirúrgico aumentado en comparación a las personas en general. Debe ser resaltado que el joven no podía transmitir consentimiento voluntario, libremente expreso, exactamente por las condiciones mentales y físicas, no pudiendo conocer jamás los riesgos que tenía que enfrentar. Al verificar el cuadro de hecho, la decisión del juez fue en el sentido de no acoger el pedido de la madre del joven, aún y cuando ésta argumentase que “la negación sería lo mismo que decretarse la muerte del padre del requerido, con el consentimiento de la justicia”¹⁹.

En la transferencia de órganos entre personas vivas, el acto es realizado *intuitu personae*, o sea, entre donador y receptor individualizado, pero siempre de forma gratuita. Existe así una sutil diferencia entre el acto de donación entre vivos y *post mortem*: en éste, parte de la doctrina sustenta recurrir a la transferencia de los tejidos, órganos y partes del cuerpo humano retirados del cadáver para el Estado²⁰, mientras que en aquel, no hay esa transmisión.

Pasemos entonces a la disposición de órganos *post mortem*.

A pesar de que la persona civil acaba con la muerte, conforme al artículo 6º del Código Civil brasileño, el derecho de la persona se prolonga después de la vida. El cuerpo humano después de la muerte es una cosa, pero una cosa *extra commercium*. El derecho de la persona y la dignidad humana deben orientarse a la donación *post mortem* de órganos y tejidos, que solamente puede ocurrir con fines altruistas. En ese sentido es obra de Adriano De Cupis:

Si la persona no existe después de la muerte, ni aún siendo cadáver deja de ser considerado por parte del ordenamiento jurídico. Por el contrario, el cuerpo humano, después de la muerte, se torna una cosa sometida a la disciplina jurídica, cosa, entretanto, que, no pudiendo ser objeto de derechos privados patrimoniales, debe clasificarse entre las cosas *extra commercium*. No siendo la persona, mientras está viva, objeto de derechos patrimoniales, no puede serlo tampoco el cadáver, lo cual, a pesar de la mudanza de sustancia y de función, conserva el sello y el residuo de la persona viva. La comerciabilidad estaría, pues, en nítido contraste con tal esencia del cadáver, y ofendería la dignidad humana²¹.

Los diversos ordenamientos jurídicos del mundo han dado tratamiento diverso a las normas que regulan la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano, siendo posible clasificar este conjunto de normas en tres modelos: un sistema de *manifestación obligatoria*, un sistema de *consentimiento presumido*, y un sistema de *consentimiento*.

Cuando se adopta la *manifestación obligatoria*, todos los ciudadanos, mientras sean capaces, deben formalmente optar por la donación o no de sus órganos. Este sistema exige una declaración expresa por parte del individuo, basado en una estructura binaria de consentimiento u oposición, sin que haya una presunción positiva o negativa, cabiendo al legislador disciplinar los efectos jurídicos resultantes del silencio.

Otros países adoptan el sistema de *consentimiento presumido* o sistema de *oposición* o sistema de *disentimiento* (*opting out system*), que parte del principio de que todo individuo es donador de órganos. Se divide en *sistema fuerte* y *sistema frágil*. El primer sistema posibilita al médico la extracción de todo órgano de cualquier cadáver, tal como ocurre en Austria, en Dinamarca, en Polonia, en Suiza y en Francia. El segundo sistema posibilita que el médico retire los

¹⁸ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (2003): *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*, Belo Horizonte, Del Rey, págs. 79-80.

¹⁹ FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (2003): *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*, Belo Horizonte, Del Rey, págs. 78-79.

²⁰ PESSOA PEREIRA DA SILVA, Rodrigo (2002): *Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais*, In:

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (coord.) (2002): *Biodireito*, Belo Horizonte, Del Rey, pág. 429.

²¹ DE CUPIS, Adriano (1961): *Os direitos da personalidade*, Lisboa, Morais, pág. 93.

órganos apenas de aquellas personas que no declararan oposición a tal procedimiento. Es lo que ocurre en Finlandia, en Grecia, en Italia, en Noruega, en España, en Suecia, y ocurrió en Brasil desde 1997 a 2001, bajo la égida de la antigua redacción del artículo 4º de la Ley nº 9.434/1997, que establecía:

Art. 4º Salvo manifestación de voluntad en contrario, en los términos de ésta Ley, se presume autorizada la donación de tejidos, órganos o partes del cuerpo humano, para finalidad de trasplantes o terapéutica *post mortem*.

Tal dispositivo, que promovió la estatización del cuerpo humano, recibió diversas críticas, por ofender a la intimidad, la dignidad de la persona humana, y la capacidad de autodeterminación, por una intervención exagerada del Estado en la esfera privada, por discriminar a los no-donadores, y por despreciar completamente la realidad brasilera, donde la falta de información de la población es un factor que impide la manifestación consciente de la voluntad, no existiendo allí ningún altruismo o sentimiento de solidaridad humana.

Brasil entonces pasó a adoptar el sistema de *consentimiento (opting in system)*, que exige la concordancia expresa del donador o de su familia. En ese sentido, la nueva redacción del artículo 4º de la Ley nº 9.434/1997, dada por la Ley nº 10.211/2001, dispone:

Art. 4º La retirada de tejidos, órganos y partes del cuerpo de personas fallecidas con fines de trasplantes u otra finalidad terapéutica, dependerá de la autorización del cónyuge o pariente, mayor de edad, cumpliéndose con la línea sucesoria recta o colateral, hasta el segundo grado inclusive, firmada bajo documento suscrito por dos testigos presentes ante la verificación de la muerte.

Además de Brasil, este sistema también es adoptado en México, en Inglaterra, en los Países Bajos, en los Estados Unidos y en Turquía, y parece ser el sistema más acertado para tal situación.

4. DISPOSICIÓN DE ORGANOS DE ANENCÉFALOS

Tal como fue visto, en Brasil es posible la disposición de órganos *post mortem* y la disposición de órganos en vida. En ese sentido, la discusión gira en torno de la posibilidad de aplicarse al anencéfalo las normas que rigen la disposición de órganos y tejidos *post mortem* o las normas que rigen la disposición en vida.

El anencéfalo puede ser un embrión, feto o recién nacido que, por malformación congénita, no posee sus hemisferios cerebrales, pero que tiene una parte del tronco encefálico que mantiene sus funciones vi-

tales, lo que permite que pueda nacer con vida, llegando a fallecer horas, días o semanas después.

De allí que precisamos identificar a partir de qué momento la vida humana comienza y debe ser protegida por el Derecho.

El Pacto de San José de Costa Rica, del cual Brasil es signatario, establece en su artículo 4º que “1. Toda persona tiene el derecho de que se respete su vida. Ese derecho debe ser protegido por la ley y, en general, desde el momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. En Brasil, aunque, el pronunciamiento del Supremo Tribunal Federal sea diferente, el Superior Tribunal de Justicia decidió que, de acuerdo con el artículo 5º, § 3º, de la Constitución brasilera,

la Convención continúa en vigor, con fuerza de enmienda constitucional. La regla emanada por el dispositivo en comento, es clara en el sentido de que los tratados internacionales concernientes a los derechos humanos en los cuales Brasil sea parte deben ser asimilados por la orden jurídica del país como normas de jerarquía constitucional; (...) El Pacto de San José de Costa Rica fue rescatado por la nueva disposición constitucional (art. 5º, §3º), la cual posee eficacia retroactiva²².

Este pronunciamiento también es confirmado por Ángela Vivanco Martínez, para quien “es lógico concebir que los derechos esenciales reconocidos en un tratado tengan rango constitucional”²³.

Se puede afirmar que el ordenamiento jurídico brasilero considera que la vida humana comienza y debe ser protegida desde la concepción. En tal sentido es el magisterio de Maria García, para quien “la vida se inicia con la concepción y el art. 5º de la Constitución brasileña, garantizando la inviolabilidad del derecho a la vida, va a extenderla hasta ese momento específico de la formación de la persona”²⁴.

Este también es el pronunciamiento de Paulo Otero, para quien la garantía de inviolabilidad de la vida humana impone al Poder Público el deber de preservar el derecho a la vida antes y después del nacimiento, lo que debe ser reforzado tanto más frágil

²² Superior Tribunal de Justicia. Primera Turma. Unanimidad. Recurso en *Habeas Corpus* nº 18.799-RS. Relator Ministro José Delgado.

²³ VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2007): *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, pág. 434.

²⁴ GARCIA, Maria (1998): “A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 24, pág. 73.

fuera esa manifestación de vida humana o más insuficiente o débil fuera su titular. De allí que deben ser abandonados los argumentos de aquellos que afirman que los anencéfalos no podrán tener vida relacional, y que su propia vida biológica será reducida. Segundo Paulo Otero²⁵:

Es que la Constitución no se limita a reconocer el derecho *de la* vida, como expresión de la conservación de una vida ya nacida, incluye también la garantía de un derecho *a la* vida, traducido en el desarrollo de todas las manifestaciones de la vida humana, incluyendo el derecho al nacimiento.

Maria Helena Diniz²⁶ da a conocer que en 1987 una señora grávida por medio de inseminación artificial, a fin de que el feto fuese utilizado como donador de tejido nervioso para tratamiento de su padre, afectado por la dolencia de Parkinson. Esta situación caracteriza una afrenta a la dignidad del hijo como ser humano, reduciéndolo a la condición de medio, e ignorando que el ser humano es un fin en sí mismo, lo que torna ilícita su instrumentación a simple medio de algo o de alguna cosa. De allí el imperativo práctico puesto por Kant: “Actúe de tal suerte que considere la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre y simultáneamente como fin y nunca como simple medio”²⁷. No se puede olvidar que el Derecho existe en función de la persona y para propiciar su desarrollo.

De allí entendemos el porqué es equivocada la autorización para utilizar un anencéfalo vivo como donador de órganos, tanto por razones técnicas como por razones éticas. Aún y cuando normalmente no se apliquen a los anencéfalos los criterios de muerte encefálica, esto no significa que no haya otro medio para verificar la cesación de su vida humana. Es oportuna la cita de Paulo Otero, que entiende que “cualquier eventual duda debería ser resuelta jurídicamente a través del principio *in dubio pro vitae*”²⁸.

Según María Helena Diniz, para que haya trasplante de órganos vitales de anencéfalo “será imprescindible aguardar su muerte o la cesación completa

de sus funciones cerebrales”²⁹. Más aún afirma Maria Helena Diniz:

El anencéfalo es un ser humano tanto como un hombre que sufra una grave lesión en los hemisferios cerebrales o perdido parte de su cerebro en un accidente automovilístico o en una intervención quirúrgica para extirpación de un tumor maligno, perdiendo la capacidad de cualquier contacto con el mundo exterior, pero susceptible de regular su homeóstasis, en virtud de la persistencia del funcionamiento adecuado del tronco cerebral. Si así fuere se deberá respetar como persona humana, no hiriéndose su dignidad. (...) El bebé anencéfalo solamente podrá ser donador de órganos y tejidos si llena los criterios legales de la muerte cerebral, o sea, cesación completa del tronco cerebral, que incluya el mesencéfalo, puente y bulbo raquídeo. Para tal proceso de donación, tendrá que ser de la iniciativa de los padres y no por solicitud de algún profesional de la salud. Sus órganos o sus tejidos, por tanto, no podrán ser retirados de su cuerpo mientras no estuviera legalmente muerto. Si no se puede disponer de los órganos de paciente terminal mientras no ocurra su muerte encefálica, tampoco es posible remover órgano o tejido de anencéfalo mientras la muerte cerebral no se configure o no quede comprobada³⁰.

De ésta forma, no obstante que el trasplante traiga beneficios al receptor, no se puede admitir que esto venga a causar daños al donador que esté vivo, aunque éste donador sea un anencéfalo. Según la enseñanza de María García, “la dignidad de la persona humana puede ser entendida como la comprensión del ser humano en su integridad física y psíquica, como la autodeterminación consciente, garantizada moral y jurídicamente”³¹. El anencéfalo no puede ser tratado como si fuese un banco o repositorio de órganos y tejidos para fines de trasplante, lo que afrontaría su dignidad.

5. CONCLUSIÓN

Al mismo tiempo en que se debe registrar la importancia de los trasplantes para salvar vidas, o para mejorar su calidad, también se debe cuidar por los derechos del donador, especialmente se éste fue anencéfalo. De esa forma, es necesario ponderar los derechos del donador y del receptor. Esto porque no se puede ser extremadamente *solidarista*, exigiendo la disposición de órganos, tejidos y partes del cuerpo

²⁵ OTERO, Paulo (1999): *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina, pág. 38.

²⁶ DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, págs. 359-360.

²⁷ KANT, Immanuel (2002): *Fundamentos da metafísica dos costumes*, São Paulo, Martin Claret, pág. 105.

²⁸ OTERO, Paulo (1999): *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina, pág. 41.

²⁹ DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, pág. 58.

³⁰ DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva, págs. 351-352.

³¹ GARCIA, Maria (2003): “Biodireito constitucional: uma introdução”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 42, págs. 112.

humano para aquel que de ellos precisa, pero tampoco se puede ser egoísticamente *individualista*.

Las cuestiones que involucran trasplantes de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano se han tornado cada vez más complejas en la medida en que la ciencia evoluciona, y esto ha exigido el enfrentamiento de los problemas ético-jurídicos de allí derivados. Se buscó analizar jurídicamente la posibilidad de que el anencéfalo sea donador de órganos, teniendo como fundamento el bioderecho constitucional, dado que todos los dilemas deben ser solucionados observándose el principio de la dignidad de la persona humana y los postulados de la bioética.

Se puede concluir entonces que, en Brasil, es inadmisibles jurídicamente cualquier trasplante de órganos de anencéfalo vivo. Si para el anencéfalo la muerte es una cuestión de tiempo, como, además, es para todos los seres humanos, se debe aguardar el momento de su muerte para la retirada de los órganos y tejidos. Y, en este caso, será necesaria la autorización de sus padres, de conformidad con las normas jurídicas que se aplican a las disposiciones de órganos *post mortem* anteriormente mencionadas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AFONSO DA SILVA, José (2005): *Curso de direito constitucional positivo*, São Paulo, Malheiros.
- ALEX, Robert (1997): *Teoría de los derechos fundamentales*, Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- BITTAR, Carlos Alberto (1995): *Os direitos da personalidade*, Rio de Janeiro, Forense Universitária.
- BONAVIDES, Paulo (2001): *Teoria constitucional da democracia participativa*, São Paulo, Malheiros.
- CORDEIRO LEITE DOS SANTOS, Maria Celeste (1998): *Morte encefálica e a lei de transplantes de órgãos*, São Paulo, Oliveira Mendes.
- CORDEIRO LEITE DOS SANTOS, Maria Celeste (org.) (2001): *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*, São Paulo, RT.
- DE CUPIS, Adriano (1961): *Os direitos da personalidade*, Lisboa, Moraes.
- DINIZ, Maria Helena (2006): *O estado atual do biodireito*, São Paulo, Saraiva.
- FABRIZ, Daury Cesar (2003): *Bioética e direitos fundamentais: a bioconstituição como paradigma ao biodireito*, Belo Horizonte, Mandamentos.
- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima Freire de (coord.) (2002): *Biodireito*, Belo Horizonte, Del Rey.
- FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima Freire de (2003): *Biodireito e direito ao próprio corpo: doação de órgãos, incluindo o estudo da Lei n. 9.434/97*, Belo Horizonte, Del Rey.
- GARCIA, Maria (1998): "A inviolabilidade constitucional do direito à vida. A questão do aborto. Necessidade de sua descriminalização. Medidas de consenso", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 24, págs. 73-83.
- GARCIA, Maria (2003): "Biodireito constitucional: uma introdução", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 42, págs. 105-113.
- GARCIA, Maria (2004): *Limites da ciência: a dignidade da pessoa humana – a ética da responsabilidade*, São Paulo, RT.
- GOMES CANOTILHO, José Joaquim (2002): *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina.
- KANT, Immanuel (2002): *Fundamentos da metafísica dos costumes*, São Paulo, Martin Claret.
- KONDER COMPARATO, Fábio (2006): *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*, São Paulo, Companhia das Letras.
- OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (1997): "O direito de experimentação sobre o homem e a biomédica", *O sino do Samuel* 21, pág. 5.
- OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (2000): "Bioconstituição: bioética e biodireito; identidade genética do ser humano", *Jornal da Faculdade de Direito Milton Campos* 27, págs. 6-7.
- OLIVEIRA BARACHO, José Alfredo de (2004): "Vida humana e ciência: complexidade do estatuto epistemológico da bioética e do biodireito. Normas internacionais da bioética", *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* 10, págs. 111-168.
- OTERO, Paulo (1999): *Personalidade e identidade pessoal e genética do ser humano: um perfil constitucional da bioética*, Coimbra, Almedina.
- PESSOA PEREIRA DA SILVA, Rodrigo (2002): *Doação de órgãos: uma análise dos aspectos legais e sociais*, In: FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima (coord.) (2002): *Biodireito*, Belo Horizonte, Del Rey.
- SANT'ANA PEDRA, Adriano (2007): "Transplantes de órgãos e o biodireito constitucional", *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 61, págs. 07-24.
- SANT'ANA PEDRA, Adriano (2008): "Transplantes de órgãos de anencéfalos", *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC* 36, págs. 255-267.
- SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto (2005): *A Constituição aberta e os direitos fundamentais: ensaios sobre o constitucionalismo pós-moderno e comunitário*, Rio de Janeiro, Forense.
- SOUZA LIMA, Carolina Alves de (2007): *Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão*, Curitiba, Juruá.
- TELLES JUNIOR, Goffredo (2003): *O direito quântico: ensaio sobre o fundamento da ordem jurídica*, São Paulo, Juares de Oliveira.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2006): *Curso de derecho constitucional: aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela (2007): *Curso de derecho constitucional: bases conceptuales y doctrinarias del derecho constitucional*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.

LA AUSENCIA DE UN VERDADERO ESPACIO COMÚN SANITARIO EN LA UNIÓN EUROPEA ¿UN PROBLEMA SUSTANCIALMENTE JURÍDICO?

Federico de Montalvo Jääskeläinen
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

Derecho comunitario de la salud; espacio común sanitario; asistencia transfronteriza; turismo sanitario; historia clínica compartida

1. Introducción: la ausencia de espacio común sanitario como paradigma de la difícil construcción de una Europa unida

Si existe un paradigma de las dificultades que encuentra la construcción de una futura Europa unida éste es, precisamente, el espacio común en el ámbito de la salud y, en especial, en lo que se refiere a la gestión y prestación de servicios sanitarios. De este modo, si bien parece que el objetivo de un espacio común europeo con carácter general se encuentra ya en un proceso bastante avanzado, ello no parece haber alcanzado a la política sanitaria. Puede afirmarse, de este modo, que si bien existen algunas políticas sanitarias concretas en el ámbito de la Unión Europea, por el contrario, no existe una política sanitaria común¹.

¹ Un ejemplo muy relevante de tal ausencia de una verdadera política común sanitaria es la ausencia de un Comisario europeo de salud, siendo las competencias sanitarias asumidas, fundamentalmente, por la Dirección General de Salud

Además, ello resulta especialmente trascendente por varios motivos:

En primer lugar, por la importancia económica del sector sanitario², cuyo gasto va, además, en progresivo crecimiento. Este crecimiento del gasto es consecuencia, sustancialmente, de tres hechos bien conocidos: el envejecimiento de la población, el avance tecnológico y el incremento constante de la demanda por parte de los ciudadanos³. Junto a estos, también se ha apuntado algún otro, tal como sería el cambio climático y su incidencia en la salud de la población⁴.

Pública y Protección de los Consumidores (*Directorate General for Health and Consumers*, DGSAACON).

² El importe de actividad que supone la gestión y prestación de servicios sanitarios en la Unión Europea alcanza una media superior ya al nueve (9.6%) por ciento del Producto Interior Bruto (PIB). Vid. European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13.

³ Se ha calculado que dicho importe puede incrementarse en breve entre 0.7 y el 2.2 %. Vid. European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, p. 13. En Alemania, el gasto sanitaria superaba en 2004 el diez por ciento (11.1%).

⁴ European Commission, *Joint Report on Health Systems*, Occasional Papers 74, December 2010, p. 13. También se ha

En segundo lugar, por la percepción de los ciudadanos sobre protección de la salud. Los ciudadanos europeos consideran que la protección de la salud constituye una de las políticas públicas más importantes para su propio bienestar y seguridad. Si existe una prestación pública que los ciudadanos han asumido como irrenunciable, una vez desarrollado el Estado de bienestar, esta es precisamente la protección de la salud. Por ello, la propia Unión Europea es consciente de que su avance hacia un marco político y económico más homogéneo pasa, inexorablemente, por las políticas sanitarias comunes. Se ha ido tomando conciencia de que la participación de los ciudadanos en la construcción de esta nueva Europa sólo era posible si éstos percibían que el proceso iba a suponer una mejora de la calidad de vida. Si los ciudadanos alcanzan a percibir que el avance de la Unión provocará una mejora de la asistencia sanitaria, es muy probable que la base social que apoye tal evolución se incremente.

Como principal razón de la ausencia de un espacio común en un ámbito que, como acabamos de comprobar, es de especial trascendencia, se han venido apuntando razones esencialmente jurídicas y, en concreto, la ausencia de un marco normativo comunitario, sobre todo, en los Tratados que sirven de sostén jurídico a dicho espacio. Sin embargo, como vamos a tratar de exponer a lo largo de esta comunicación, creemos que ello no es cierto y que, precisamente, han sido otras razones las que han motivado tal falta.

2. Dificultades jurídicas para la creación de un espacio común sanitario

Ciertamente, el avance de la Unión Europea hacia la creación de un espacio único europeo ha ido extendiéndose progresivamente a ámbitos superiores a la mera idea original de un mercado único económico. Ello ha sido posible desde un punto de vista jurídico, sobre todo, gracias al Tratado de Maastricht. Son buena muestra de que la mera unión económica

ha ido más allá de su aspiración inicial, las políticas comunitarias relativas a la materia social. Así, si bien el Tratado originario de la Comunidad Económica Europea tan sólo contenía algunas disposiciones relativas a la materia social (véase, el artículo 117 que recogía la promoción de la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores), habiéndose centrado las primeras políticas comunitarias en la mera realización de los principios de libre circulación de ciudadanos (principalmente, trabajadores) y mercancías, será en los años ochenta cuando empieza a cambiar dicha tendencia. En tal periodo, y sobre todo, a partir del citado Tratado de Maastricht, se incluyen en los planes comunitarios dos políticas directamente relacionadas con el bienestar: la investigación y el desarrollo tecnológico y la protección ambiental⁵.

También, debe citarse el Tratado de Ámsterdam con mejoras muy significativas en el ámbito de las políticas sociales y en el que, de manera definitiva, se concluye que la política social ya no ha de vivir al margen de la construcción de la Unión Europea⁶.

Igualmente, la política común en materia de seguridad social provocó la aprobación 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 por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad, del Reglamento (CEE) nº 574/72 del Consejo, de 21 de marzo de 1972, por el que se establecen las modalidades de aplicación del Reglamento (CEE) nº 1408/71, y del Reglamento (CE) nº 883/2004 del Parlamento Europeo y de la Comisión, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social. Dichas normas, al amparo de la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social, han permitido cierta coordinación de las

⁵ MUÑOZ MACHADO, S., MESTRE DELGADO, J.F. y ÁLVAREZ GARCÍA, V., "La europeización de las garantías de los derechos y la universalización en Europa de algunas políticas de bienestar", en MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L. y GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.), *Las estructuras del bienestar en Europa*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 320 y 321.

⁶ Se ha apuntado por algunos autores que tal cambio de criterio por parte de la Unión Europea respecto de las políticas sociales vino, en gran parte, motivado por la victoria del Partido Laborista en el Reino Unido, ya que tradicionalmente había sido dicho Estado el que había vetado continuamente la pretendida construcción de una Europa social. Vid. MUÑOZ MACHADO, S., MESTRE DELGADO, J.F. y ÁLVAREZ GARCÍA, V., "La europeización de las garantías ...", en MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L. y GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.), *op. cit.*, p. 322.

apuntado el incremento de la litigiosidad sobre la actuación de los médicos (*malpractice*) y el incremento de coste que provoca la medicina defensiva que puede derivarse del temor de los profesionales a verse expuestos a una reclamación. Sin embargo, los estudios que han analizado dicha cuestión no le otorgan excesiva importancia en relación con el incremento del coste de los servicios sanitarios. Véase, por ejemplo, ANDERSON, G.F. et al., "Health spending in the United States and the rest of the industrialized World. Examining the impact of waiting lists and litigation reveals no significant effects on the U.S. health spending differential", *Health Affairs*, vol. 24, n. 4, pp. 903 a 914.

políticas sanitarias (véase, por ejemplo, el caso de trabajadores residentes en un Estado miembro diferente al de origen que han de recibir asistencia sanitaria), en la medida que en Europa ha existido y sigue existiendo, sobre todo, en los modelos sanitarios tipo *Bismarck*, una relación directa entre cotización y derecho a la asistencia sanitaria.

Así, si bien es cierto que la Unión ha ido extendiéndose a ámbitos más ambiciosos que la mera política común económica, ello también ha sido posible por la previa existencia de un marco normativo adecuado que ha permitido avanzar en dicha dirección. Sin embargo, por lo que se refiere a las políticas sanitarias tal marco normativo en principio no existe. Las previsiones contenidas en las normas comunitarias son las primeras que limitan tal posibilidad, so pena de extender el principio comunitario de subsidiariedad más allá de lo que, inicialmente, parece posible.

El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (que recibía la anterior denominación de Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea o, más comúnmente, Tratado de Roma), en su redacción actual, tras modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa de 2007, recoge varias previsiones acerca de la salud y las políticas sanitarias. Sin embargo, tales previsiones se limitaban a la mera cooperación y apoyo de las políticas nacionales. Sin perjuicio de ello, sí podemos destacar la salud pública, ya que el artículo 168 (anterior artículo 152 del Tratado de Roma) dispone, junto a la garantía de un alto nivel de protección de la salud humana, un fomento de las políticas comunes en dicha materia⁷.

Al amparo del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, si bien se abre camino ya un marco normativo en materia de salud pública, ello no incide en la gestión y prestación de servicios sanitarios y, más aún, en la propia configuración por parte de los Estados miembros de las políticas de atención sanitaria. Podemos concluir, pues, que el impacto en materia sanitaria es nulo o, al menos, muy limitado, dado que siempre deben primar los intereses nacionales sobre los comunitarios.

En dos ámbitos en los que dicho artículo 168 supone una novedad y que permite afirmar que inicia el camino hacia un marco común sanitario son el de los órganos, sangre y sustancias humanas y el de los medicamentos, ya que el apartado 4 de dicha norma dispone que, en ambos, el Consejo y el Parlamento Europeo podrán adoptar medidas que contribuyan a la consecución de los objetivos previstos en el mismo.

⁷ Vid. también, apartado 7 del mismo artículo 168.

Por su lado, el Tratado de Maastricht también se ocupó de la materia sanitaria en su artículo 129. Sin embargo, del tenor literal de la norma se deduce que la política común sanitaria queda limitada a una mera competencia de fomento de la cooperación entre los Estados miembros y, si fuere necesario, de apoyo a la acción de los mismos.

Además, la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea limita también el marco de actuación. Así, si bien la Carta sitúa la protección de la salud en su cabecera (artículo 3), a través de la proclamación del derecho a la integridad física y psíquica, en su artículo 35 dispone, literalmente, 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*”⁸.

Por último, debemos mencionar la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios de mercado interior, la cual ha excluido de su campo de aplicación a los servicios sanitarios⁹.

En definitiva, el marco normativo no parece permitir, en principio, avanzar más allá de la mera cooperación y apoyo por parte de las Instituciones comunitarias a las políticas sanitarias nacionales. Junto a ello, no debemos tampoco olvidar que los primeros pasos dados al respecto por las Instituciones comunitarias se orientaron hacia el respeto a dicha voluntad contenida en el Tratado de Maastricht de no desarrollar políticas comunes que excedieran de la mera cooperación y apoyo. Así pues, no sólo la norma limitó el espacio para el desarrollo de una política común, sino también la propia voluntad de las Instituciones comunitarias. De este modo, la Unión Euro-

⁸ En la propia Constitución Europea (European Convention) la salud ocupaba un papel secundario, aunque muchos de sus objetivos prioritarios estuvieran directa o indirectamente relacionados con la salud. Vid. KÜHN, W.M., “El modelo social instaurado por la Constitución Europea: análisis desde la perspectiva de la protección de la salud pública”, *Revista Derecho y Salud*, vol. 14, marzo 2006, p. 30. Vid., también, BELCHER, P., McKEE, M. y ROSE, T., “Is health in the European Convention?”, *Eurohealth*, vol. 9, núm. 2, 2003, p. 1.

⁹ Sin embargo, algún autor apunta que tal exclusión de la Directiva de Servicios de la actividad sanitaria es tan sólo formal, de manera que no habrá que esperar mucho para que dicho sector de la actividad quede plenamente incorporada al Derecho de la Unión Europea y al espacio único. Vid. BAES, C., “La justificación del intervencionismo administrativo en el sector del medicamento: especial referencia a la autorización sanitaria”, *Revista de Derecho y Salud*, vol. 21, número extraordinario XIX Congreso, pp. 30 y 31.

pea mantuvo inicialmente resistencia a desarrollar las competencias comunitarias en materia de salud, debido, sobre todo, a que primaban los aspectos del mercado común económico. La salud únicamente será abordada cuando se relacionaba con las necesidades de dicho mercado¹⁰ y, además, con una clara vocación de no traspasar lo que era una mera competencia de cooperación y apoyo.

En todo caso, ello plantea un dilema evidente, ya que si uno de los sectores económicos más relevantes es el sanitario, ¿cómo puede quedar fuera del mercado común? ¿Cómo conjugamos que la asistencia sanitaria sea una competencia estatal con la libre circulación de profesionales y pacientes en el marco de la Unión Europea?¹¹.

La suposición de que la integración económica europea está separada de las responsabilidades puramente nacionales en sanidad tiene que ser cuestionada, puesto que el sistema sanitario es parte importante de la economía, de modo que es imposible regular uno de ellos sin ocasionar efectos en el otro. Restringir la política sanitaria en el ámbito de los Estados miembros mientras se fomenta la integración económica a escala de la Unión Europea no crea una separación clara, ni siquiera significativa¹².

¹⁰ McKEE, M., MOSSIALOS, E. y BELCHER, P., "The influence of European Community Law on National Health Policy", *Journal of European Social Policy*, num. 6, vol. 4, pp. 263 a 268.

¹¹ El ejemplo de los medicamentos es, a estos efectos, paradigmático. Los medicamentos son uno de los sectores más regulados por la Unión Europea, que legisla desde la protección de patentes a las condiciones para la aprobación, distribución y publicidad de las medicinas, aunque los precios y su inclusión en el catálogo de prestaciones, sin embargo, son responsabilidad de los Estados miembros. Además, como se ha encargado de denunciar el Comité de las Regiones, la política sobre medicamentos se ha venido abordando por las Instituciones comunitarias desde una faceta más industrial que sanitaria. Vid. Dictamen del Comité de las Regiones de 9 de abril de 2008, sobre el "Libro Blanco. Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)", C 172/42.

¹² Vid. Proyecto Biomed sobre "sobre el "Impacto de las normativas del Mercado Único de la Unión Europea en los servicios sanitarios públicos de los Estados miembros". Se recoge un resumen de dicho informe en SILIÓ VILLAMIL, F., PRIETO RODRÍGUEZ, M.A., y ROMO AVILÉS, N., "Impacto de las políticas de la Unión Europea sobre los sistemas sanitarios", en VV.AA., *Informe SESPAS 2002: Invertir para la salud. Prioridades en salud pública*, pp. 343 a 376; y también en ORTIZ DE ELGEA GOICOECHEA, P.S., "La asistencia sanitaria en la unión Europea y la libre circulación de los usuarios", *Revista Derecho y Salud*, número Extraordinario XI Congreso Derecho y Salud, pp. 63 a 76.

Por ello, es imposible regular uno de ellos sin ocasionar efectos en el otro. Restringir la política sanitaria en el ámbito de los Estados miembros mientras se fomenta la integración económica a escala europea no permite una separación clara y significativa. Y es que la libre circulación de personas, bienes, servicios y capital significa también el libre movimiento de profesionales sanitarios, de usuarios, de medicamentos, de tecnología, de servicios sanitarios¹³.

Además, como señala el Comité Económico y Social Europeo, si bien la organización y el control de los sistemas sanitarios también son cometido y responsabilidad, según el Tratado de Lisboa, de los Estados miembros y que las instituciones comunitarias se limitan a prestar apoyo a los Estados miembros en esta tarea, corresponde a la Unión Europea garantizar el acceso a las prestaciones sanitarias, tal como exige también la Carta Europea de los Derechos Fundamentales¹⁴. La ausencia de auténticas competencias comunitarias en materia de políticas sanitarias nacionales, no puede justificar el mantenimiento de una indiferencia conceptual y política ante las múltiples problemáticas que presenta la sanidad¹⁵.

Por otro lado, si uno de los principios básicos bajo el cual se construye la Unión Europea es el de libre circulación de ciudadanos, podemos afirmar que tal principio no quedará satisfecho mientras no haya una política sanitaria común. La relación entre libre circulación y marco sanitario común es inescindible. La libre circulación de personas se ve ciertamente favorecida si se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria pública en el lugar de estancia y se reducen o simplifican los trámites y formalidades necesarios para beneficiarse de dicho derecho, ya que no cabe duda de que los viajes y estancias en otros Estados miembros —la movilidad, por tanto, de las personas— se facilitan si se eliminan los riesgos inherentes a las alteraciones sobrevenidas de la salud producidas en el extranjero y los gastos o trámites inherentes a la cobertura de la asistencia sanitaria fuera del país de residencia¹⁶.

¹³ Vid. Proyecto Biomed sobre "sobre el "Impacto de las normativas del Mercado Único de la Unión Europea en los servicios sanitarios públicos de los Estados miembros".

¹⁴ Dictamen 2011/C44/02 del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Los efectos del envejecimiento de la población en el sistema sanitario y la protección social» (Dictamen exploratorio), C 44/15.

¹⁵ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre "La asistencia sanitaria", p. 9.

¹⁶ PEMÁN GAVÍN, J., "Asistencia sanitaria pública y libre prestación de servicios. Sobre la libre circulación de pacientes en el espacio comunitario europeo (a propósito de la

3. La escasa trascendencia de la ausencia de un marco normativo: exclusión de las dificultades jurídicas

Pese a que, como acabamos de exponer, no existe un marco normativo adecuado que permita promover un espacio común sanitario, no por ello puede concluirse que la razón de la ausencia de dicho espacio sea fundamentalmente de naturaleza jurídica, y ello, por varios motivos:

En primer lugar, si ha existido un impulsor del espacio común sanitario éste ha sido la institución comunitaria eminentemente jurídica: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Dicho Tribunal, pese a la ausencia de un marco normativo en las normas constitutivas, ha venido sosteniendo una doctrina que promueve de manera evidente el espacio común, al amparo de la libre circulación de pacientes, en lo que se refiere al denominado turismo sanitario y, en general, a la asistencia sanitaria transfronteriza.

La doctrina ya consolidada del Tribunal de Justicia se recoge en múltiples casos derivados de reclamaciones de ciudadanos contra sus Estados de origen en reclamación de reembolso de los gastos sufragados fuera del Estado de afiliación; en concreto, pueden citarse los casos *Decker*, *Kholl*, *Garaets-Smits y Peerbooms*, *Ioannidis y Descamps*, *Inizan y Keller*¹⁷. Así, el Tribunal de Justicia ha mantenido una doctrina que favorece la asistencia transfronteriza, al considerar que el desarrollo de las políticas comunes sanitarias constituye uno de los fines de la Unión

sentencia Smits y Peerbooms del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas), *Revista de Administración Pública*, núm. 160, enero-abril 2003, p. 126.

¹⁷ Sentencia TJCE (caso Stamalelaki) de 19-04-2007, C-444/05; Sentencia TJCE (caso Watts) de 15-07-2006, C-372/06; Sentencia TJCE (caso Keller) de 28-05-2005, C-145/03; Sentencia TJCE (caso Inizan) de 23-10-2003, C-56/01; Sentencia TJCE (caso Müller-Fauré y van Riet) de 13-05-2003, C-385/99; Sentencia TJCE (caso Smits y Peerbooms) de 12-07-2001, C-157/99; Sentencia TJCE (caso Vanbraekel) de 12-07-2001, C-368/98; Sentencia TJCE (caso Decker) de 28-04-1998, C-120/95; Sentencia TJCE (caso Kohll), de 28-04-1998, C-158/96. Puede verse un resumen de esta doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en ANTEQUERA VINAGRE, J.M., "Las sentencias sobre servicios sanitarios recibidos en países distintos a los de residencia: la libre circulación de pacientes en la Unión Europea. Revisión e implicaciones", *Revista de Administración Sanitaria del Siglo XXI*, vol. 7, núm. 4, pp. 603 a 610. Vid. también, PALM, W. y GLINOS, I.A., "La regulación de la movilidad de pacientes en la Unión Europea: entre libre circulación y coordinación", *Revista de Administración Sanitaria del Siglo XXI*, vol. 7, núm. 4, pp. 592 a 595.

Europea que no se limita a un mero mercado económico único¹⁸.

Para el Tribunal, pese a que la organización y gestión de los sistemas de asistencia sanitaria es responsabilidad de los Estados miembros, tal y como reconocen los Tratados constitutivos, dichos sistemas tienen que estar en armonía con la legislación del mercado interior que permite la libre circulación tanto de pacientes como de profesionales. De este modo, se consagra, al amparo de los principios que inspiran la Unión Europea, un verdadero derecho a la asistencia sanitaria transfronteriza en todo el espacio europeo, aunque, con algunos límites concretos. Tal derecho es el que permite a los ciudadanos comunitarios solicitar de sus Estados de afiliación el reembolso de los gastos sufragados en el Estado comunitario en el que se prestó la asistencia. Así, sin llegar a afirmarse un derecho incondicionado de los ciudadanos europeos a la asistencia sanitaria en el lugar de su elección, ni a excluir la posibilidad de que las legislaciones nacionales introduzcan reglas limitativas o condicionamientos al respecto, se pronuncia claramente a favor de la necesidad de examinar tales reglas a la luz de las pautas sobre libre prestación de servicios que emanan del Tratado y de la propia jurisprudencia del Tribunal¹⁹.

El propio Comité Económico y Social Europeo reconoce dicho papel que ha jugado el Tribunal en el desarrollo de un espacio común en sanidad: "*Por lo que se refiere al problema de la libre circulación de los pacientes, la jurisprudencia del TJCE evoluciona considerablemente con el paso del tiempo organizando en la práctica un derecho de libre circulación de los pacientes y enfermos, en virtud de las libertades fundamentales consagradas en los Tratados comunitarios, y superando las grandes contradicciones que se observan en los sistemas nacionales de asistencia sanitaria y de seguro de enfermedad*"²⁰.

Se puede concluir, pues, que las dificultades que ha encontrado el espacio común sanitario no han sido de naturaleza jurídica, ya que, precisamente, dicho espacio ha venido avanzando a golpe de resolución

¹⁸ Así lo reconoce, por un ejemplo, en una decisión de 12 de julio de 1996 (caso Reino Unido v. Comisión), donde manifestó que "*furthermore, none of the documents before the court supports the argument that the commission's exclusive or main purpose was of an economic nature rather than to protect health*".

¹⁹ PEMÁN GAVÍN, J., "Asistencia sanitaria pública ...", *cit.*, pp. 128 y 129.

²⁰ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 16 de julio de 2003, sobre "La asistencia sanitaria", p. 9.

judicial, es decir, su creación se ha producido sobre la base del casuismo (*case law*). Así, a medida que el Tribunal de Justicia extendía los efectos jurídicos de la asistencia transfronteriza, creando un espacio común sanitario de construcción eminentemente jurídica, las Instituciones políticas, legislativas y ejecutivas, se venían obligadas a enfrentarse a dicho reto. Ejemplo paradigmático de ello es la muy reciente Directiva 2011/24/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza²¹. La Directiva admite que, en parte, su razón de ser se encuentra en la doctrina del Tribunal de Justicia a la que acabamos de hacer mención: “*Mediante la presente Directiva se pretende lograr una aplicación más general y también eficaz de los principios desarrollados caso por caso por el Tribunal de Justicia*”. Así pues, se pretende salvar el principal problema que presenta la construcción de un derecho a la asistencia transfronteriza basado exclusivamente en el caso particular, pretendiéndose dotar a dicha asistencia de un marco jurídico general más claro que la mera recopilación de doctrina jurisprudencial, todo ello, de conformidad con el principio de seguridad jurídica²².

Respecto de su contenido, debe destacarse, singularmente, la referencia que contiene a una cuestión importante para el espacio común sanitario, como son las redes de referencia. Así, se establece que la Comisión apoyará a los Estados miembros en el desarrollo de redes europeas de referencia entre los prestadores de asistencia sanitaria y los centros de referencia de los Estados miembros, en particular en el ámbito de las enfermedades raras²³.

²¹ Diario Oficial de la Unión Europea de 4-IV-2011.

²² La Directiva pretende también llenar el vacío que ha producido la supresión de los servicios sanitarios de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios de mercado interior.

²³ Tales redes europeas tendrán, entre otros objetivos, los siguientes: contribuir a aprovechar el potencial de la cooperación europea en materia de asistencia sanitaria sumamente especializada para los pacientes y los sistemas de asistencia sanitaria; contribuir a la puesta en común de conocimientos referentes a la prevención de enfermedades; contribuir a mejorar los diagnósticos y a prestar una atención sanitaria de gran calidad, accesible y coste-efectiva a todos los pacientes con afecciones que requieran una particular concentración de experiencia en campos médicos en los que el conocimiento sea escaso; rentabilizar al máximo los recursos concentrándolos donde sea oportuno; contribuir a reforzar la investigación, la vigilancia epidemiológica y la formación de los profesionales de la sanidad; o ayudar a los Estados miembros con un número insuficiente de pacientes con una afección concreta o que

Por otro lado, la ausencia del marco normativo no ha impedido tampoco que la Unión Europea no haya aprobado diferentes documentos que promueven dicho espacio común o políticas comunes que avanzan hacia ello.

Así, como ejemplo de lo primero, podemos citar, en concreto, dos documentos recientes que, si bien no tienen carácter normativo *stricto sensu*, si recogen cuáles son los objetivos y líneas estratégicas que la Unión Europea se propone acometer en el futuro en el ámbito de la salud y la prestación de servicios sanitarios.

En primer lugar, la Carta de Tallin para el fortalecimiento de los sistemas sanitarios de los Estados miembros, que surge de una reunión de los ministros de sanidad comunitarios celebrada en Tallin del 25 al 27 de junio de 2008. Dicha Carta no sólo proclama el derecho fundamental al más alto nivel posible de salud, sino que, además, considera inaceptable que una persona pueda empobrecerse como consecuencia de sufrir una enfermedad.

En segundo lugar, el Libro Blanco de la Comisión, “*Juntos por la salud: un planteamiento estratégico para la UE (2008-2013)*”, de 23 de octubre de 2007. En éste, si bien la Comisión reconoce que los Estados miembros son los principales responsables de la política sanitaria y la prestación de atención sanitaria a los ciudadanos europeos, el papel de la Unión no es reflejar o reproducir las actividades de éstos, existiendo, además, ámbitos en los que la sola acción de los Estados miembros no sería eficaz, haciéndose pues indispensable una cooperación a nivel comunitario. Este sería el caso, tanto de la salud pública (véase, pandemias o bioterrorismo), como de aquellas actividades relacionadas con la libre circulación de mercancías, servicios y personas.

La base normativa de la estrategia que pretende proponerse a través de dicho Libro Blanco es el ya citado artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (anterior artículo 152 del Tratado Constitutivo). Así, la Comisión pretende definir la primera estrategia comunitaria en materia de salud con un marco coherente, el cual permita orientar las actividades de la Unión en este ámbito. Se proponen, como prioridad para los próximos años, cuatro grandes principios en apoyo de tres objetivos estratégicos.

carezcan de tecnología o de experiencia a prestar unos servicios altamente especializados de gran calidad. Vid. Art. 12.1 y 2.

Los principios son: el principio de compartición, en virtud del cual, el desarrollo de una política comunitaria en el ámbito de la salud debe estar basado en valores compartidos; el principio de prosperidad, de manera que la inversión en salud no ha de ser vista como un gasto, sino como una inversión en prosperidad y productividad; el principio de transversalidad, de manera que la política sanitaria sea atendido en otros ámbitos con cuyas políticas se encuentra interconectada, tales como el medioambiente o investigación; el principio de liderazgo mundial, de manera que las Instituciones comunitarias ocupen un papel protagonista en este campo a nivel no sólo europeo, sino mundial, y sus políticas en materia de salud constituyan un referente en todo el contexto internacional.

Por su parte, como ya hemos anticipado antes, al amparo de dichos principios se diseñan tres objetivos estratégicos: la promoción de la buena salud en una sociedad en la que el envejecimiento es un elemento característico (al amparo de esta estrategia pretende desarrollarse el concepto de envejecimiento saludable); la protección de los ciudadanos frente a las amenazas para la salud, sobre todo, en lo que se refiere a los nuevos riesgos derivados de la tecnología, de los cambios climáticos, de los desplazamientos de personas e intercambios comerciales y de la amenaza terrorista en su forma de bioterrorismo (dentro de este objetivo estratégico se inserta la política de seguridad del paciente); y el fomento de sistemas sanitarios dinámicos y nuevas tecnologías.

Junto a dichos documentos, se han desarrollado también importantes políticas comunitarias en el ámbito de la salud:

a) Historia clínica electrónica común

En primer lugar, y por el nivel, no de desarrollo efectivo, pero sí de importancia para que pueda crearse el marco oportuno que haga posible el espacio común sanitario, el proyecto de historia clínica electrónica. En virtud de este proyecto pretende avanzarse normativa y tecnológicamente hacia una historia clínica compartida y digitalizada o, al menos, hacia una serie de datos clínicos básicos compartidos de los pacientes en el espacio europeo. Tal iniciativa se ha venido desarrollando a través del proyecto Epsos (*European Patients Smart Open Solutions*). El proyecto es cofinanciado por la Comisión Europea dentro del Programa de Competitividad e Innovación (*Competitiveness and Innovation Programme* -CIP-). El mismo proyecto propone

también el desarrollo de la receta electrónica (*ePrescription*)²⁴.

Dicho proyecto, en el que participan actualmente nueve Estados miembros y que cuenta con la importante colaboración de representantes del sector privado, puede suponer un importante avance en la construcción de un espacio común sanitario en la medida que permitirá prestar asistencia sanitaria desde cualquiera de los Estados miembros con acceso a una base común y compartida de datos clínicos básicos de los del pacientes. Sin embargo, también es cierto que la diversidad normativa existente entre los Estados miembros acerca de cuestiones tales como la exigencia o no de un protocolo escrito de consentimiento informado para que el profesional pueda acceder a tales datos, puede complicar, desde un punto de vista jurídico, el proyecto.

Cierto es que la normativa de los Estados miembros sobre protección de datos encuentra un marco jurídico común a partir de la Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del 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 libre circulación de estos datos, la cual ha sido incorporada a los ordenamientos nacionales. Sin embargo, en lo que se refiere a los datos vinculados a la salud, la ausencia de una carta europea de derechos de los pacientes no permite hablar, en consecuencia, de una verdadera regulación común de datos personales sanitarios y de la historia clínica. Existe una regulación común y general de protección de datos, pero no una regulación específica acerca de los datos sanitarios que, además, han de tener una protección especial por la sensibilidad de su contenido.

Dentro del mismo ámbito de la historia digital compartida, debemos destacar también la Recomendación (2008/594/CE) de la Comisión de 2 de julio de 2008 sobre la interoperabilidad transfronteriza de los sistemas de historiales médicos electrónicos. Tal Recomendación viene a considerar que una de las líneas estratégicas para avanzar hacia el espacio común sanitario es la homogeneización de los sistemas operativos de historia clínica digital empleados por los diferentes Estados miembros.

El proyecto europeo, como puede comprobarse, no se limita a la mera homogeneización de sistemas técnicos, sino que va más allá y pretende una homogeneización semántica (semántica común de la salud, en los términos que se expresa la Recomendación) y,

²⁴ Puede obtenerse más información a través de la página web, www.epsos.eu.

para ello, se propone desarrollar un sistema de conceptos de referencia sostenible. A este respecto, debemos tener en cuenta que una asistencia transfronteriza en un espacio común sanitario no sólo presenta retos técnicos, que posiblemente sean los más sencillos de vencer, sino, más aún, problemas culturales, sociales y lingüísticos. No sólo se puede pretender que el médico que atienda transfronterizamente al ciudadano comunitario pueda acceder a unos datos clínicos únicos en el espacio común sanitario, sino que los términos que se empleen al completar dicho registro europeo común sean también únicos.

Además, a la Comisión le importan también mucho los problemas legales que pudieran derivarse de este proyecto, porque los sistemas de historiales médicos electrónicos interoperables elevan el riesgo de revelación accidental o distribución fácil de datos sobre pacientes a personas no autorizadas, al permitir un acceso más amplio a un conjunto de datos personales sobre la salud del paciente, compilados a partir de distintas fuentes y a lo largo de toda su vida. Ello exige establecer por parte de los Estados miembros un marco jurídico completo para los sistemas de historiales médicos electrónicos interoperables.

Además esta política comunitaria se está completando, dentro del mismo ámbito del desarrollo tecnológico aplicado a la salud, con la telemedicina. A este respecto, podemos destacar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, de 4 de noviembre de 2008, sobre la telemedicina en beneficio de los pacientes, los sistemas sanitarios y la sociedad. La Comisión considera en su Comunicación que el avance comunitario en telemedicina supone una mejora de la asistencia sanitaria a los pacientes y una contribución a la eficiencia de los sistemas sanitarios, sobre todo, en el ámbito de las enfermedades crónicas. También incidirá mucho en el ámbito económico, ya que puede suponer también una importante contribución a la economía de la Unión, sobre todo, en el ámbito de la pequeña y mediana empresa.

Sin embargo, las posibilidades de desarrollo de proyectos de telemedicina también choca, como destaca la Comisión, con importantes problemas legales y, entre otros, se destaca el que la definición de lo que es acto médico y, por lo tanto, si un acto de telemedicina lo es o no, es diferente en los Estados miembros. Así, en algunos Estados, para que el acto médico sea reconocido legalmente como tal se requiere la presencia física en un mismo lugar del paciente y el profesional sanitario.

b) Tarjeta europea sanitaria

En segundo lugar, el proyecto de tarjeta europea sanitaria. Mediante la misma, los ciudadanos de la Unión Europea (y, además, los de Islandia, Liechtenstein, Noruega y Suiza) pueden obtener la misma asistencia sanitaria que los ciudadanos del Estado miembro que se encuentren visitando. Sin embargo, la Tarjeta no es válida si el motivo del desplazamiento es recibir tratamiento médico; en este caso, se necesita una autorización específica previa del Estado donde el ciudadano está asegurado. De este modo, la tarjeta vendría a sustituir al formulario E-111, pero no al formulario E-112²⁵.

Sin embargo, tal proyecto no queda vinculado realmente a la asistencia sanitaria en sí, ni al anterior proyecto de datos clínicos compartidos a través de la historia digital, sino que se inserta dentro de los procesos de reembolso de la asistencia recibida y abonada en otro Estado miembro. Se trata de facilitar los procedimientos de reembolso a través de un instrumento más sencillo que es una tarjeta, en lugar de tener el paciente que cumplimentar un formulario oficial. Más que un proyecto de asistencia sanitaria, aunque tiene efectos en dicho ámbito, se trataría de un proyecto que ha de enmarcarse en el espacio común de la Seguridad Social.

c) Donación y trasplante de órganos

En tercer lugar, la Directiva 2010/45/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante²⁶, iniciativa adoptada al amparo de la Presidencia temporal española de la Unión Europea y

²⁵ Los antecedentes de este proyecto de política común hay que situarlos en el Consejo Europeo de Barcelona de marzo de 2002, en el que se adopta un plan de acción sobre la movilidad y en la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 13 de febrero de 2002, sobre el Plan de acción de la Comisión sobre las capacidades y la movilidad. Posteriormente, por medio de las Decisiones núms. 189, 190 y 191 de la Comisión Administrativa para la Seguridad Social de los Trabajadores Migrantes (CASSTM) de 18 de junio de 2003, se adoptaron las medidas concretas necesarias para poner en marcha tal proyecto. Cada Estado miembro es responsable de la producción y la distribución de la tarjeta europea en su territorio y su período de validez viene determinado por la institución que la expide.

²⁶ Se recoge un resumen de dicha Directiva en MARA-ZUELA, R. y MATESANZ, R., "La Directiva 2010/53/UE sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante", *Revista Derecho y Salud*, vol. 21, número extraordinario XIX Congreso, pp. 79 a 84.

con la que se ha pretendido crear un inicio del futuro espacio común sanitario en materia de donación y trasplante de órganos, incidiendo, sobre todo, en lo que se refiere al desarrollo de unos criterios de seguridad y calidad comunes en todas las etapas del proceso de trasplante, desde la donación hasta el trasplante o eliminación²⁷. Igualmente, la norma pretende contribuir indirectamente a luchar contra el tráfico de órganos mediante la designación de autoridades competentes, la autorización de centros de trasplante y el establecimiento de condiciones de obtención y de sistemas de trazabilidad²⁸.

4. Dificultades metajurídicas

Como venimos destacando, el camino que ha logrado avanzarse en diferentes ámbitos ha encontrado serias dificultades en el ámbito de la protección de la salud. Tales dificultades se deben, según han destacado varios autores y los propios responsables de la Unión Europea, a diferentes motivos ajenos a la falta de un marco normativo concreto, entre los que pudiéramos destacar los siguientes:

a) Ausencia de un modelo único en los Estados miembros

Téngase en cuenta que todos los modelos europeos se sustentan en los principios de solidaridad, equidad y universalidad, pero que la gestión y prestación de servicios sanitarios se instrumenta a través de diferentes modelos; fundamentalmente, a través del modelo *Bismarck* o modelo de seguro –Alemania, Francia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo- y el modelo *Beveridge* o de sistema nacional de sanidad (*tax-based universal system* o *national health system model*) –Reino Unido, España, Italia, Grecia, Portugal, Suecia, Noruega y Dinamarca-, a los que habría que

añadir fórmulas mixtas. Ambos modelos contienen importantes diferencias que dificultan su coexistencia armónica.

Tampoco es igual el papel que en el sistema sanitario mantiene la sanidad privada. Así, mientras en algunos Estados la asistencia sanitaria se presta desde el sistema público, existen otros en los que se produce una importante participación de la sanidad privada a través de seguros complementarios.

Esta diferencia de modelos nacionales tiene una incidencia sustancial en la movilidad geográfica de ciudadanos, ya que ni el derecho de acceso al sistema ni la forma de gestión del acceso ni las prestaciones son las mismas en todos los Estados miembros. Como acertadamente apunta el Comité Económico y Social Europeo, “la eficacia y empleo adecuado de la asistencia sanitaria en un marco transfronterizo requieren que las capacidades de los regímenes sanitarios de los distintos Estados sean complementarias y equilibradas en cuanto a las prestaciones técnicas y humanas, los equipos médicos y la asignación de responsabilidades a los prestadores”²⁹.

b) La pendiente reformulación de nuevos modelos asistenciales

El incesante incremento del gasto sanitario viene provocando que los Estados miembros se replanteen qué reformas habría que introducir en sus respectivos modelos con el fin de mantener el principio de universalidad que preside los sistemas sanitarios nacionales. Algo es ya evidente: no cabe reformulaciones que no supongan necesariamente revisar los viejos modos de producir y prestar servicios sanitarios³⁰.

Pero, además, estas reformulaciones no se limitan a un mero planteamiento estratégico u organizativo que atienda a la idea de máxima eficiencia a un menor coste, sino que, incluso, incide en la propia fundamentación de la sanidad como política pública, lo que supone que el debate no afectará tan sólo a la formulación a través de la que en un futuro pudiera desenvolverse un sistema europeo de asistencia sanitaria, sino también a si está justificado que exista una

²⁷ Como precedente de esta Directiva, debe citarse la Directiva 2004/23/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, relativa al establecimiento de normas de calidad y de seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos.

²⁸ Advuértase la dificultad de aprobar una norma con este contenido, sobre todo, por lo que se refiere a los diferentes criterios que los Estados miembros mantienen acerca de los requisitos que han de cumplir los donantes; en especial, en lo que se refiere a patologías previas. De este modo, si bien en los países en los que existe un importante número de donaciones es posible mantener un criterio muy estricto sobre la seguridad y calidad del órgano, en los países en los que tal número es muy inferior, tal política de seguridad y calidad se orienta hacia la permisividad.

²⁹ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 4 de diciembre de 2008, sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza”, p. 6.

³⁰ LÓPEZ i CASASNOVAS, G., “Las estructuras del bienestar en el sector de cuidados de la salud”, en MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L. y GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.), *op. cit.*, p. 677.

política pública sanitaria. Si las opciones, por ahora minoritarias, que pudieran postular que la intervención pública en la asistencia sanitaria no encuentra justificación en los dos argumentos que se han venido tradicionalmente manejando al respecto, el argumento redistributivo y el de mejora del bienestar colectivo³¹, se extiende, hablamos entonces de un cambio mucho más profundo que el que, en apariencia, puede intuirse ahora.

Cierto es que a la Unión Europea siempre le quedaría, como política común, la coordinación y control de las políticas privadas sanitarias, es decir, del sector privado sanitario. Sin embargo, tal control sería meramente económico, basado en la garantía de la competencia, sin verdadero contenido político y, lo que es más relevante, sin que permita avanzar hacia una Europa social única en la que la sanidad ocupa un papel protagonista.

Por ello, difícil es que se desarrolle un espacio común en sanidad al amparo de una política comunitaria, cuando el propio fundamento de la intervención pública en la sanidad se pone en solfa.

El propio replanteamiento de los diferentes modelos sanitarios en búsqueda de un nuevo modelo que permita contener el incremento incesante del gasto sanitario ralentiza la creación del espacio común sanitario. Mientras que por los propios Estados no se redefinan sus modelos es difícil que la Unión Europea pueda desarrollar un modelo de prestación único. Ello, además, se ve acrecentado por la crisis económica, ya que el debate se centra ahora sustancialmente en la sostenibilidad del propio sistema público, siendo las opciones, ante la escasez de recursos públicos, mucho más limitadas. A este respecto, la opción que parece mostrarse como viable en muchos de los Estados es la fórmula del copago. Sin embargo, algunos Estados miembros, entre los que podríamos destacar España, no consideran que dicha solución sea viable, prefiriendo otras fórmulas que permitan mantener la gratuidad del sistema, tales como la incorporación de fórmulas más eficaces de gestión, sobre todo, en materia de personal, que permitan reducir el gasto o el desarrollo de políticas farmacéuticas que promuevan la prescripción por parte de los médicos de medicamentos genéricos, reduciendo el gasto farmacéutico que constituye uno de los gastos con mayor impacto en el gasto público sanitario.

En el mismo sentido, tampoco muchos de los Estados miembros tienen definida cuál ha de ser la participación en el sistema sanitario de la sanidad privada. Así, si han de incorporarse beneficios, por ejemplo, fiscales, a la suscripción individual de seguros asistencia sanitaria privados que permitan derivar parte de la asistencia sanitaria que viene soportando el sector público.

c) La heterogeneidad de las prácticas terapéuticas

Éste es el caso, por ejemplo, de los partos. Francia y los Países Bajos tienen unas tasas de mortalidad perinatal bastante próximas (en 1996, 8,2 % y 8,4 %); sin embargo, mientras que en Francia la mayor parte de los partos tienen lugar en medio hospitalario, en los Países Bajos casi una tercera parte de los nacimientos tienen lugar en el domicilio (aunque desde hace treinta años se ha incrementado el número de partos en el hospital). Además, dentro de un mismo país, se observan variaciones regionales, no sólo en los métodos o protocolos seguidos, sino también en la eficacia aparente de los servicios o de las técnicas (medida, por ejemplo, a través de la mortalidad postoperatoria)³².

Tal heterogeneidad tiene además incidencia en la información con la que ha de contar el profesional para poder dar a conocer al paciente cuáles son las prestaciones que puede recibir en otro país al que va a viajar.

d) La barrera lingüística

Tal barrera tiene una mayor incidencia en el ámbito sanitario, ya que el desarrollo del espacio común sanitario exige, principalmente, compartir información, y no sólo respecto del paciente, sino también de prestaciones, prácticas terapéuticas, principios farmacéuticos, enfermedades, etc. Ciertamente es que la codificación puede minorar el problema. Sin embargo, no es menos cierto que tal codificación no resuelve completamente la cuestión, porque más allá de los códigos existe información que es indispensable compartir y que no responderá al criterio de la codificación. Además, el manejo y elección de los códigos siempre vienen influidos necesariamente por el factor

³¹ Se recoge una interesante reflexión sobre ambos argumentos en LÓPEZ i CASASNOVAS, G., "Las estructuras...", en MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L. y GONZÁLEZ SEARA, L. (Dir.), *op. cit.*, pp. 678 a 682.

³² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 5 de diciembre de 2001, sobre el futuro de la asistencia sanitaria y de la atención a las personas mayores: garantizar la accesibilidad, la calidad y la sostenibilidad financiera, p. 12.

cultural, de manera que si bien el sistema de códigos puede ser único, no han de serlo necesariamente los criterios con los que se empleen los mismos.

a) e) El riesgo de desplazamientos de profesionales dentro de un sistema sanitario único

La Comisión ha señalado que la libre circulación de los estudiantes y trabajadores ayuda a lograr que los profesionales de la salud vayan adonde más necesarios sean. No obstante, los profesionales sanitarios se desplazan, fundamentalmente, por los siguientes motivos: para mejorar sus oportunidades de carrera y formación o para buscar mejores condiciones de salario y trabajo. La movilidad puede afectar, por tanto, negativamente a las disparidades entre los Estados miembros. En este contexto, hay Estados miembros que estarían poco inclinados a arriesgarse a invertir en la formación de más profesionales sanitarios si la retención del personal y el rendimiento de esa inversión son deficientes³³. Los Estados miembros pueden no hallar incentivos para educar médicos y otros profesionales en el sector público si un número significativo de éstos va probablemente a emigrar³⁴.

También, la homologación de los sistemas sanitarios nacionales y la creación de un auténtico espacio común sanitario vendría a afectar a los Estados miembros en los que las retribuciones de los profesionales sanitarios son inferiores, como ocurre con los Estados del Este y gran parte de los Estados mediterráneos, como España, Portugal o Grecia.

f) El impacto que dicho espacio común podría tener en el PIB de los Estados miembros

Esta circunstancia cobra, además, especial relevancia en la situación actual de crisis económica. Para la Comisión, sin embargo, el impacto económico no derivaría del fenómeno del turismo sanitario, es decir, de la asistencia transfronteriza. Para la Comisión es improbable que los costes del tratamiento derivados de dicha asistencia comprometan la sostenibilidad o la planificación general de los sistemas sanitarios. Ello porque los ciudadanos sólo pueden ser reembolsados por la asistencia sanitaria a la que tenían derecho en su país, de modo que los Estados miembros sólo han de pagar los costes sanitarios que hubieran tenido que abonar de cualquier manera. De

la evaluación de impacto que hace la Comisión se desprende que los costes adicionales del tratamiento supondrían una pequeña parte, un 1 % del gasto sanitario global³⁵.

Lo que sí podría tener impacto son las dificultades que algunos Estados miembros pudieran encontrar para atender satisfactoriamente a sus propios ciudadanos si tuvieran que enfrentarse a una relevante demanda de asistencia transfronteriza y, sobre todo, respecto de las terapias o tratamientos más avanzados que pueden no haberse implantado en los países de origen de los ciudadanos que demandan asistencia fuera de su lugar de residencia³⁶.

g) Problemas de equidad para los sistemas sanitarios nacionales

El libre movimiento de pacientes que conllevará la creación de un espacio común sanitario tiene implicaciones sobre la equidad, ya que tiende a beneficiar más a los menos enfermos, a los que poseen mayor formación y a los más ricos, ya que estos grupos están mejor articulados y tienen una mayor confianza y conocimiento de los servicios que necesitan y demandan. Además, conocen mejor sus derechos y están más familiarizados con viajes al extranjero, pueden asumir con mayor facilidad los costes de transporte y adelantar el dinero para cubrir los gastos médicos a la espera del reembolso posterior³⁷.

Igualmente, pese a que la movilidad del paciente es frecuentemente vendida bajo la etiqueta de mayor elección de proveedor y tratamiento por parte del ciudadano europeo, lo cierto es que en la práctica puede solamente beneficiar a los estratos sociales privilegiados³⁸.

5. Conclusiones

No puede afirmarse que exista en la actualidad un espacio común sanitario en la Unión Europea ni que su desarrollo se produzca en un futuro próximo. Y ello además viene dificultado, más que por la falta de un marco normativo que, al amparo de los Tratados constitutivos, permita a la Unión Europea impul-

³³ Libro verde de la Comisión de 10 de diciembre de 2008, sobre el personal sanitario europeo, p. 10.

³⁴ SILIÓ VILLAMIL, F., PRIETO RODRÍGUEZ, M.A., y ROMO AVILÉS, N., "Impacto de las políticas ...", en VV.AA., *op. cit.*, p. 375.

³⁵ Comunicación de la Comisión de 2 de julio de 2008, sobre marco comunitario para la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, p.10.

³⁶ *Ibidem*, pp.10 y 11.

³⁷ PALM, W. y GLINOS, I.A., "La regulación de la movilidad ...", *cit.*, p. 588.

³⁸ *Ibidem*, p. 589.

sarlo, por diversos motivos no estrictamente jurídicos, entre los que cobra especial relevancia, el impacto económico que tal avance pueda suponer en la economía de muchos de los Estados miembros, sobre todo, en un contexto de crisis económica como el actual. Y así, como manifiesta el Proyecto Biomed, si bien en el caso de que se desarrollaran tanto un catálogo europeo de prestaciones como la libre elección del ciudadano, se impulsaría enormemente la creación de un sistema sanitario europeo, ello, sin embargo, podría conllevar un fuerte impacto en los sistemas nacionales, sobre todo, del tipo *Beveridge*.

En el plano jurídico, las dificultades vendrían, más que de la ausencia de dicho marco consagrado en los Tratados, por la falta de una norma comunitaria que aborde específicamente el régimen jurídico de los datos personales sanitarios. Ello, además, cobra especial relevancia si atendemos al hecho de que el avance en la política comunitaria de un historial clínico compartido o, al menos, de unos datos sanitarios compartidos constituye uno de los pilares esenciales en la construcción del espacio común sanitario.

En todo caso, queda también por determinar hacia qué espacio común sanitario pretende avanzarse, si hacia un espacio que se limite a garantizar el mero reembolso de la asistencia transfronteriza o un verdadero espacio en el que se establezca un único catálogo de prestaciones comunes de los ciudadanos sanitarios, de conformidad con un criterios único europeos de calidad y seguridad. Además, en este modelo de espacio común más ambicioso cobraría especial relevancia el desarrollo de centros europeos de referencia para determinadas patologías que recogieran una experiencia superior a la meramente nacional, hacia lo que ya apunta la reciente Directiva de asistencia sanitaria transfronteriza.

INFLUENCIA DEL GRADO DE DEPENDENCIA SOBRE EL GASTO SANITARIO

Cristina Vilaplana Prieto
Universidad de Murcia

Resumen: El objetivo de este trabajo es obtener una valoración del gasto sanitario público en función del grado de dependencia para la cohorte de personas de 65 y más años. Se utilizan dos fuentes de microdatos: la Encuesta Nacional de Salud (2006) y la Encuesta de Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia (2008). El gasto sanitario público anual derivado de la atención a personas de 65 y más años asciende a 21.479 millones de euros, o 3,5 millones de euros por cada mil personas de 65 y más años. El hecho de que un individuo pase a ser considerado “dependiente” determina un fuerte incremento de los gastos sanitarios por mil habitantes. Además, este incremento es más grande cuanto más joven sea el individuo (368% para 65-69 frente a 146% para 85 y más).

Palabras clave: gasto sanitario, dependencia, España, Ley de Dependencia

1. Introducción

En la literatura sobre Economía de la Salud, la preocupación sobre el gasto sanitario constituye una temática recurrente. Si bien en un principio, el análisis desde la perspectiva financiera suscitaba un mayor interés, en los últimos años han surgido dos nuevas líneas de investigación que se centran en la influencia de los factores sociodemográficos y en el análisis de las demandas sanitarias por parte de de-

terminados grupos de pacientes. Dentro de la primera línea de investigación destacan los trabajos de Ahn et al. (2003), Gutiérrez y Bleda (2005), Angulo et al. (2007) y Fernández y Maldonado (2009), que han constatado cómo el envejecimiento y las transformaciones en las pirámides de población, los movimientos migratorios, el despoblamiento del medio rural y las dinámicas de concentración de población alrededor de las ciudades condicionan la demanda de prestaciones sanitarias.

En el segundo grupo, son reseñables los trabajos de Puig et al. (2007), Costas et al. (2009) y Gómez et al. (2010) que han analizado el gasto sanitario de pacientes que padecían diabetes, lesiones medulares o enfermedad de Crohn, respectivamente. Dentro de este grupo, el trabajo de Rodríguez y Montserrat (2002) constituye una importante novedad, puesto que llevaron a cabo una estimación del coste sanitario y social por persona mayor de 65 años utilizando datos de 1998, y distinguiendo por entre discapacidad moderada, severa y grave. La implantación del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, la disponibilidad de microdatos más actuales y la existencia de una definición más precisa sobre cómo medir la dependencia configuran un marco idóneo para ahondar en el análisis del gasto sanitario en función del grado de dependencia. A pesar de la relevancia del tema son pocos los estudios que han ahondado en este tema.

La Ley 39/2006, de Promoción de la Autonomía Personal y atención a las personas en situación de dependencia en su artículo 2 define la dependencia como “el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal”.

La aprobación de esta Ley ha supuesto una toma de conciencia social de que las personas con limitaciones para realizar actividades de la vida diaria no pueden vivir a expensas de los cuidados y los recursos proporcionados por sus familiares y amigos. Es por esto por lo que la prestación por dependencia se ha configurado como el cuarto pilar del Estado de Bienestar. Pero la creación del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia a partir de la Ley 39/2006, no sólo persigue el desarrollo de servicios para personas dependientes (atención a domicilio, centros de día, residencias, servicios de respiro) y la determinación de una serie de prestaciones económicas. El artículo 15.2 precisa que es necesario establecer mecanismos de coordinación sociosanitaria, como base para garantizar una atención eficiente. Resulta por ello, una cuestión primordial conocer si existen diferencias significativas en el tipo de prestaciones demandadas en función del grado de dependencia y en estimar cómo varía el coste sanitario en función del grado de dependencia.

2. Metodología

Dado que no existe una única encuesta que reúna información sobre todas las prestaciones sanitarias que se quieren analizar, se han utilizado dos fuentes de información secundaria: la Encuesta Nacional de Salud realizada por el Ministerio de Sanidad y Consumo en el año 2006, y la Encuesta sobre Discapacidad, Autonomía Personal y Situaciones de Dependencia (EDAD) elaborada por el INE en el año 2008.

La ENS (2006) tiene como objetivo primordial conocer el estado de salud de la población y los factores determinantes del mismo. Se realizaron entrevistas a 38.600 personas distribuidas en 31.300 viviendas. De esta encuesta se ha utilizado la información sobre 9 prestaciones sanitarias: atención especializada, atención primaria, atención bucoden-

tal, enfermería, hospital, hospital de día, medicamentos, pruebas médicas y vacunación

La EDAD (2008) tiene como referente la anterior Encuesta de Discapacidades, Deficiencias y Estado de Salud, actualizada a las nuevas condiciones sociales y demográficas y a la nueva Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud. Con el objetivo de garantizar un elevado grado de fiabilidad se determinó un tamaño muestral de 96.075 viviendas y se realizaron entrevistas personales a 258.197 individuos. De la EDAD-2008 se ha obtenido la información relativa 3 prestaciones sanitarias: a rehabilitación, prótesis y transporte sanitario,

Por otra parte, como las mencionadas encuestas están referidas a los años 2006 y 2008, se ha empleado el Padrón Municipal de 2010 para poder actualizar los pesos muestrales a 2010.

En relación a los precios de los servicios sanitarios, se han utilizado las tarifas contenidas en la Resolución 882/2010, de 3 de mayo, del Servicio Navarro de Salud, ya que contiene información muy detallada sobre todos los servicios sanitarios, que al mismo tiempo resulta comparable con la de otras Comunidades.

El análisis del coste de las prestaciones sanitarias en función de la dependencia se centra en la cohorte de 65 y más años, porque desde la implantación del Sistema de Autonomía y Atención a la Dependencia, el mayor número de solicitudes proviene de esta franja de edad. Por ejemplo, a fecha de 1 de mayo de 2011 se habían recibido 1.605.109 solicitudes distribuidas de la siguiente manera: 3,16% de menores de 18 años, 8,50% de 19-45 años, 9,74% de 46-64 años, 79,41% de 65 y más años y 0,19% sin especificar¹.

Para poder clasificar a las personas con limitaciones en su autonomía personal, se ha llevado a cabo una aproximación entre el Baremo de Valoración de la Dependencia y las preguntas contenidas en la ENS (2006) y EDAD (2008).

El artículo 26 de la Ley 39/2006, determina que las situaciones de dependencia se clasificarán en tres grados: “moderada” cuando la persona necesita ayuda para realizar actividades de la básicas de la vida diaria al menos una vez al día, “severa” cuando precisa de ayuda dos o tres veces al día y “grande” cuando necesita ayuda varias veces al día, y debido a la pérdida total de autonomía física, mental, intelec-

¹ Información disponible en:
http://www.dependencia.imserso.es/dependencia_01/index.htm

tual o sensorial, precisa de apoyo indispensable y continuo. Dicha Ley, en su artículo 27.2 indica que la determinación del grado de dependencia se realizará mediante la aplicación de un baremo que tendrá como referentes la Clasificación Internacional del Funcionamiento, la Discapacidad y la Salud, adoptada por la Organización Mundial de la Salud. Dicho Baremo fue finalmente aprobado por el Real Decreto 504/2007, de 20 de abril. En él se especifican 10 actividades² divididas en 47 tareas. Además, para las personas con enfermedad mental o discapacidad percepto-cognitiva se valora una undécima actividad, la capacidad para tomar decisiones, que se encuentra dividida en 6 tareas. Cada tarea tiene asignado un determinado peso. La suma de los pesos de todas las tareas englobadas dentro de la misma actividad es igual a la unidad. Sin embargo, la cuantía de los pesos difiere en función de la edad del individuo, distinguiéndose cuatro cohortes: de 3 a 6 años, de 7 a 10, de 11 a 17 y de 18 en adelante³. La suma de los pesos asignados a todas las actividades es igual a 100. Los pesos de las actividades difieren en función de si el individuo tiene o no enfermedad mental (discapacidad percepto-cognitiva).

La puntuación final se obtiene como la suma del producto de la tarea realizada con dificultad multiplicado por el grado de soporte requerido⁴ y por el peso de la actividad que engloba a dicha tarea. En el caso de individuos con enfermedad mental (discapacidad percepto-cognitiva) se calculan dos puntuaciones, una con los pesos de las tareas normales y otro con los específicos para su discapacidad, y se selecciona la puntuación final que sea más beneficiosa para la persona valorada.

² Comer y beber, regulación de la micción/defecación, lavarse, otros cuidados personales, vestirse, mantenimiento de la salud, transferencias corporales, desplazarse dentro del hogar, desplazarse fuera del hogar y tareas domésticas.

³ De acuerdo con la Disposición Adicional Décimotercera, de la Ley 39/2006, la valoración de la situación de los menores de tres años se realizará con un baremo diferente que también se aprueba en Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, pero que no se utiliza a efectos de este trabajo.

⁴ Se distinguen cuatro grados de soporte: “supervisión/preparación” cuando sólo se requiere que una tercera persona prepare los elementos necesarios para realizar la actividad, “asistencia física parcial” cuando se requiere que una tercera persona colabore físicamente en el ejercicio de la actividad, “asistencia física máxima” cuando la persona valorada precisa que otra persona le sustituya en la realización de la actividad y “asistencia especial” cuando la persona valorada presenta problemas de comportamiento que dificultan la prestación de apoyo por parte de otra persona.

Se considera que la persona es “dependiente moderado” cuando ha obtenido entre 25 y 49 puntos, “dependiente severo” si ha obtenido entre 50 y 74 puntos y “gran dependiente” si tiene 75 o más puntos. Por tanto, una persona es considerada como “no dependiente” si su puntuación es inferior a 25 puntos.

La Disposición Adicional Cuarta de la Resolución 504/2007 establecía que transcurrido un año desde la aplicación del Baremo, se realizaría una evaluación de los resultados obtenidos. Como resultado de dicha revisión, el Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, aprobó una modificación del Baremo de Valoración, que básicamente ha consistido en una ampliación del número de tareas que se valoran, que pasan de 47 a 51 en el caso de personas sin discapacidad mental (discapacidad percepto-cognitiva) y de 53 a 59 en el caso de que sí padezcan alguna de estas patologías.

La identificación de las tareas contenidas en el Baremo de Valoración a través de las preguntas de las encuestas, es un trabajo complejo y minucioso que conlleva la realización de ciertos supuestos simplificadores en algunos casos (el detalle de la comparación de las preguntas puede consultarse en Vilaplana (2010)). Los resultados obtenidos, aunque no pretenden reproducir la labor que llevaría a cabo un profesional valorador, sí que presentan la suficiente robustez y fiabilidad como para valorar el consumo de prestaciones sanitarias en función del grado de dependencia.

Como resultado de la aplicación del Baremo, las Tablas 1 y 2 muestran la clasificación de la población de 65 y más años en función del grado de dependencia. Los resultados son comparables entre sí puesto que se han actualizado los pesos muestrales a 2010. Se aprecia un elevado nivel de coherencia entre ambas encuestas. Por cada mil habitantes, 905,53 son no dependientes según la EDAD (900,85 según la ENS); 38,54 son dependientes moderados (38,62 según la ENS); 24,57 son dependientes severos (27,19 según la ENS) y 31,36 son grandes dependientes (33,34 según la ENS). Conforme aumenta la edad, se incrementa el número de personas consideradas grandes dependientes, que alcanza un máximo en el intervalo de 85 y más años (109,84 según la EDAD y 110,81 según la ENS).

Una vez obtenida la clasificación de la población en función del grado de dependencia, se procede a estimar el coste para cada prestación. El detalle del método de estimación puede consultarse en el Anexo.

3. Resultados

La tabla 3 muestra el coste estimado para cada una de las prestaciones en términos mensuales, y el total estimado para todas las prestaciones en cómputo mensual y anual. El coste sanitario mensual generado por las personas de 65 y más años asciende a 2.141 millones de euros. Las prestaciones que implican un mayor volumen de gasto en términos absolutos: son atención hospitalaria (697,5 millones de euros) atención primaria (461,3 millones de euros) y atención especializada (405,3 millones de euros). Si lo expresamos en tasas de prevalencia, dichos costes acienden a 94.983 €, 62.145 y 62.756 €, respectivamente, por cada mil habitantes de 65 y más años (Tabla 4).

La observación de los costes por cada mil habitantes para cada uno de los tramos de edad revela que no para todas las prestaciones el coste es creciente a medida que aumenta la edad del grupo considerado. La cohorte de 85 y más años muestra el mayor coste por cada mil habitantes en seis prestaciones: atención hospitalaria (131.390 €), transporte sanitario (121.569 €), medicamentos (33.566 €), hospital de día (18.552 €), prótesis (5.676 €) y vacunación (10.700 €). En cambio, la cohorte de 70-74 muestra la mayor tasa de prevalencia para atención especializada (62.862 €; 1,72 el coste por cada mil personas de 85 y más años), pruebas médicas (17.203 €; 1,77 veces el coste por mil personas de 85 y más años) y atención bucodental. También llama la atención que la tasa de prevalencia de las personas de 80-84 años para la prestación de enfermería (36.509 €), es casi el triple que el coste por cada mil personas de 85 y más años.

Por otra parte, al analizar el comportamiento del gasto sanitario en función del grado de dependencia, se aprecia que no siempre un mayor grado de dependencia lleva aparejado un mayor coste.

El gasto por cada mil individuos es mayor en el caso de los grandes dependientes para las prestaciones de transporte sanitario (301.975 €), atención primaria (113.959 €), hospital de día (19.237 €) y prótesis (17.688 €). De hecho si comparamos a los grandes dependientes con niveles de dependencia inferiores, existe una diferencia abismal para las estancias en hospitales de día (7,42 veces el coste por cada mil dependientes severos) y para el transporte sanitario (16,96 veces el coste por cada mil no dependientes).

Por otro lado, el gasto por cada mil individuos calificados como dependientes severos es mayor para las prestaciones de atención hospitalaria (304.183 €), enfermería (108.425 €), vacunación (11.426 €) y rehabilitación (8.973 €).

El resultado relativo al coste de la atención hospitalaria es particularmente interesante, porque aunque de los 697,5 millones de € a los que asciende el coste total mensual para la cohorte de 65 y más años, la mayor parte (523,8 millones; 75,09%) corresponde a las personas no-dependientes, cuando expresamos estas cifras en términos de tasas de prevalencia, constatamos que los mayores generadores de gasto son los dependientes severos (3,84 veces más que mil individuos no-dependientes).

En términos anuales, el gasto sanitario total ascendería a 25.696 millones de euros o 3,5 millones de euros por cada mil personas de 65 y más años, aunque la mayor generación de gasto se produce entre los grandes dependientes de 70-74 años (18,6 millones de euros por cada mil). A medida que aumenta la edad, aumenta el gasto total: de 2,9 millones de euros por cada mil personas de 65-59 años a 4,7 millones de euros por cada mil personas de 85 y más años. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el grado de dependencia: se multiplica por 2,5 al pasar de no-dependiente a dependiente moderado (de 2,9 a 7,3 millones de euros por cada mil personas), aumenta todavía más al pasar a dependiente severo (9,7 millones de euros por cada mil personas), pero disminuye al pasar a gran dependiente (9,4 millones de euros por cada mil personas).

La Tabla 5 muestra la distribución porcentual del coste total entre las 12 prestaciones sanitarias. El gasto en atención primaria, especializada y hospitalaria representa el 54,37% del total. Por grupos de dependencia se aprecian las siguientes diferencias. Primero, la atención primaria tiene un peso muy superior para los no-dependientes (21,55%) en comparación con los otros grupos (10,07% para dependientes moderados, 11,36% para severos y 12,72% para grandes). Esto mismo también ocurre para la atención especializada, medicamentos, pruebas médicas y vacunación. En cambio, el gasto en enfermería y transporte sanitario es mayor para los pacientes con algún grado de dependencia. De hecho, para los grandes dependientes, el gasto en transporte sanitario representa la primera causa de gasto (33,70% del total), mientras que para los dependientes moderados y severos es la segunda.

Desde el punto de vista de las políticas públicas sanitarias, lo interesante sería conocer cuál es el gasto sanitario asumido por el Sistema Nacional de Salud. Para ello, se ha utilizado la información sobre cobertura sanitaria disponible en la ENS(2006), actualizando los pesos muestrales a 2010. Se ha realizado una tabla de doble entrada (Tabla 6) puesto que hay individuos tienen doble cobertura. Con estos datos, se

ha estimado que la cobertura pública se obtendría como la suma del porcentaje de individuos que sólo tienen cobertura por parte de la Seguridad Social (80,68%) más el 50% del porcentaje de individuos con doble cobertura sanitaria (Seguridad Social más mutualidades del Estado acogidas a la Seguridad Social o mutualidades del Estado acogidas a un seguro privado: 0,31% + 5,51%). Aunque este procedimiento de reparto de la doble cobertura es aproximado, no se dispone de más información sobre cómo imputar los recursos utilizados a la parte pública o privada. En total, el gasto sanitario público ascendería al 83,59% del gasto sanitario total.

De acuerdo con la Tabla 7, el gasto sanitario público anual derivado de la atención a personas de 65 y más años ascendería a 21.479 millones de euros, o 3,5 millones de euros por cada mil personas de 65 y más años. El hecho de que un individuo pase a ser considerado “dependiente” determina un fuerte incremento de los gastos sanitarios por mil habitantes. Además, este incremento es más grande cuanto más joven sea el individuo (368% para 65-69 años frente a 146% para 85 y más años).

Para tener una idea de lo que representan estas cifras podemos compararlas con las Estadísticas de Gasto Sanitario Público⁵ para el año 2008 (último año disponible) que revelan un gasto de 66.621 millones de euros. Esto supone que el gasto sanitario generado por las personas de 65 y más años representa el 32,24% del gasto total. El coste sanitario público anual por cada mil

4. Conclusiones

Una de las limitaciones del artículo es que sólo se ha estimado el coste de la atención sanitaria para la población residente en hogares. La ENS (2006) no proporciona ninguna información sobre población institucionalizada. La EDAD (2008) sí que incorpora un módulo especial para este fin (EDAD-centros). Sin embargo, no se dispone de información sobre el consumo de medicamentos, pruebas médicas o servicios sanitarios recibidos. Dicha información sería de gran utilidad, porque el 82,58% de las personas institucionalizadas tienen 65 y más años. Por otra parte, el ejercicio de estimación realizado se enfrenta a ciertas limitaciones: (1) la utilización de dos encuestas de corte transversal de distinta naturaleza, cuando lo

ideal habría sido disponer de una encuesta o base de datos longitudinal que integrara toda la información necesaria, (2) las restricciones a la hora de conocer el tipo de medicamentos consumidos y el precio de los mismos, (3) el cálculo de determinados copagos, en donde a falta de otra información, se ha supuesto un copago intermedio dentro de los límites legales fijados. De todas formas, a pesar de tratarse de un ejercicio de estimación, y no de contabilización de cifras reales, se obtienen importantes resultados que son susceptibles de ser contrastados en futuros estudios.

El fuerte incremento en el gasto sanitario que se produce al pasar de “no-dependiente” a “dependiente moderado” refuerza la importancia de la medicina preventiva y de las campañas de prevención de riesgos en personas mayores. En este sentido, la Ley de Dependencia recoge en su artículo 21, la prestación para “Prevención de situaciones de dependencia” que tiene como objetivo retrasar el inicio o agravamiento de las enfermedades o discapacidades, así como sus efectos secundarios. Actualmente, el recurso a esta prestación ha sido bastante limitado (sólo 1,6% del total a fecha de 1 de mayo de 2011). Desde nuestro punto de vista, estos programas de prevención deberían ser una combinación de programas de prevención de caídas, detección precoz de alteraciones visuales o auditivas, prevención del uso inadecuado de la medicación, prevención de la malnutrición en ancianos, y detección de pérdidas de memoria o alteraciones de comportamiento, entre otras.

Para llevar a cabo esta labor se hace evidente la necesaria coordinación de servicios sanitarios y sociales. Es cierto que en un primer momento sería necesario realizar una considerable inversión en formación de personal cualificado y de identificación de estrategias de prevención de riesgos en función del grupo de población objetivo. Pero, en un corto plazo de tiempo se podrían generar unos importantes beneficios individuales y sociales. Por una parte, porque las personas mayores podrían sentirse lo suficientemente seguras y saludables como para seguir desarrollando de forma independiente su vida cotidiana. Por otra, porque la promoción de hábitos de vida saludables y la construcción de entornos seguros podría retrasar la probabilidad de sufrir accidentes o retrasar el avance de ciertas patologías. En último término, estos efectos se traducirían en una reducción de la morbilidad, y una contención de los gastos sanitarios y sociales.

Bibliografía

Ahn, N., Alonso Mesguer, J., Herce San Miguel, J. A: (2003). Gasto sanitario y envejecimiento de la población en España. Documento de Trabajo de la Fundación BBVA nº 7.

⁵Estadísticas disponibles en: www.msc.es ⇒ Portal Estadístico del SNS ⇒ Tablas, Estadísticas, Informes y Documentos ⇒ Gasto Sanitario ⇒ Estadística del Gasto Sanitario Público ⇒ Estadísticas del Gasto Sanitario 2008.

Angulo, A., Barberán Ortí, R., et al. (2007). Los determinantes sociodemográficos del gasto sanitario. Análisis con microdatos individuales. Documento de Trabajo de FUNCAS nº 333.

Costas Armada, P., García Mayor, R. et al. (2009). Coste sanitario directo del paciente desnutrido con enfermedad de Crohn en medio hospitalario. *Pharmaceutical Care España* 11(2), 69-72.

Gómez Garrido, A., González Viejo, A., et al. (2010). Análisis de los factores que influyen en el gasto sanitario de los lesionados medulares agudos mediante los grupos relacionados de diagnóstico. *Rehabilitación: Revista de la Sociedad Española de Rehabilitación y Medicina Física* 44(3), 230-235.

Gutiérrez Fernández, R., Bleda García, J. (2005). Los fenómenos demográficos como determinantes del gasto sanitario y de los servicios de salud: el caso de Castilla La Mancha. *Praxis sociológica* 9, 38-47.

Instituto de Información Sanitaria (2005). *Consumo farmacéutico por grupos terapéuticos, edad y sexo. Indicadores*. Ministerio de Sanidad y Consumo.

Puig Junio, J., Casado Marín, D., Tur Prats, A. (2007). Diabetes y dependencia: coste actual para los sistemas sanitario y social. *Presupuesto y Gasto Público* 49, 107-123.

Rodríguez Cabrero, G., Montserrat Codorniu, J. (2002). Modelos de atención sociosanitaria. Una aproximación a los costes de la dependencia. Observatorio de Personas Mayores. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Sánchez Fernández, J., Sánchez Maldonado, J. (2009). Necesidades de gasto sanitario público inducidas por factores demográficos. Un análisis por Comunidades Autónomas. *Revista de Estudios Regionales* 86(VIII), 157-180.

Vilaplana, C. (2010). Estimación de la dependencia en España a partir de la EDAD 2008. *Hacienda Pública Española* 194, 125-175.

- Legislación (por orden cronológico)

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

Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia

Real Decreto 504/2007, de 20 de abril, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Resolución 882/2010, de 3 de mayo, del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se actualizan las tarifas por prestación de servicios en los centros y establecimientos asistenciales del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea.

Real Decreto 174/2011, de 11 de febrero, por el que se aprueba el baremo de valoración de la situación de dependencia establecido por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de

Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

Anexo

En este anexo se detalla el procedimiento de cálculo del coste sanitario para cada una de las 12 prestaciones sanitarias reseñadas.

Atención Primaria

→ Fuente de información: ENS (2006) actualizando pesos muestrales a 2010.

→ Precios: Resolución 882/2010, de 3 de mayo, que especifica distintos precios en función del lugar en el que se haya realizado la consulta: consulta en el centro de salud o en el ambulatorio (84 €), consulta en el servicio de urgencias hospitalario o no hospitalario (112 €) y consulta a domicilio (140 €).

→ Procedimiento: En primer lugar, para cada tramo de edad y grado de dependencia se obtiene el precio promedio de la atención primaria en función del lugar de recepción de la misma. Después, para cada tramo de edad y grado de dependencia se multiplica el precio promedio por el número de visitas durante el último mes.

Atención Especializada

→ Fuente de información: ENS (2006) actualizando pesos muestrales a 2010

→ Precios: Resolución 882/2010, de 3 de mayo, que especifica: consulta en centro de salud, consultorio, ambulatorio, centro de especialidades o consulta externa de un hospital (159,43 €), en servicio de urgencias hospitalario o no hospitalario (256 €).

→ Procedimiento: El coste promedio de una visita al especialista se calcula atendiendo al lugar de realización de la misma, y de si se trata o no de una primera consulta. Para cada tramo y grado de dependencia, se multiplica el precio promedio por el número de visitas durante el último mes.

Atención bucodental

→ Fuente de información: ENS (2006) actualizando pesos muestrales a 2010. Para la estimación del gasto únicamente se tendrán en cuenta las actividades asistenciales, consultivas y diagnósticas de atención bucodental recogidas en el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

→ Precios: Resolución 882/2010, de 3 de mayo, que especifica los siguientes precios: para revisión/chequeo, tratamiento de enfermedades de encías y aplicación de flúor (84 €), para extracción de algún diente o muela se ha utilizado el precio correspondiente a cirugía menor (105 €).

→ Procedimiento: El Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización determina las actividades asistenciales, consultivas y diagnósticas comprendidas en la atención bucodental. Para cada servicio, grado de dependencia y edad se ha obtenido el número de usuarios que ha recibido atención por

parte de la sanidad pública (incluidos los ayuntamientos) y sobre ellos se ha obtenido una estimación del coste total.

Enfermería

– **Fuente de información:** EDAD(2008) actualizando pesos muestrales a 2010.

– **Precios:** se distingue entre si el servicio se ha recibido de forma gratuita o mediante pago mixto (copago). En el caso de pago gratuito, se toma como referencia la Resolución 882/2010, de 3 de mayo, que especifica el precio de una consulta de enfermería (32 €). En el caso de pago mixto, la mencionada Resolución establece que puede existir un copago por parte del usuario (25%-50%). Se ha supuesto un copago intermedio (37,5%), por lo que el coste de la consulta asumido por el Sector Público sería de 20 €.

– **Procedimiento:** para cada tramo de edad y grado de dependencia, se multiplica el número de consultas en el último mes por el precio correspondiente según el tipo de pago (gratuito o mixto).

Hospital

– **Fuente de información:** ENS (2006) actualizando pesos muestrales a 2010.

– **Precios:** la Consulta Interactiva del Conjunto Mínimo de Datos Hospitalarios del Sistema Nacional de Salud⁶ proporciona información sobre el coste promedio de cada hospitalización en función del intervalo de edad y del tipo de ingreso (urgente/programado). Se han actualizado dichos precios a 2010 utilizando el índice de precios al consumo de servicios hospitalarios.

– **Procedimiento:** para cada tramo de edad y grado de dependencia, se multiplica el número de hospitalizaciones sufridas durante el último año por el coste medio de cada hospitalización (y se divide el resultado por 12 para tener una estimación en términos mensuales)

Hospital de Día

– **Fuente de información:** ENS(2006) actualizando pesos muestrales a 2010.

– **Precios:** Resolución 882/2010, de 3 de mayo, que especifica que la tarifa por día asciende a 145 €.

– **Procedimiento:** para cada tramo de edad y grado de dependencia, se multiplica el número de días por el precio por día (y se divide por 12 para tener una estimación el coste en términos mensuales).

Medicamentos

– **Fuente de información:** ENS (2006) actualizando los pesos muestrales a 2010. Para la estimación del gasto únicamente se tendrán en cuenta los medicamentos adquiridos con receta. Se dispone información sobre las siguientes clases de medicamentos: catarro, gripe, garganta, bronquios; dolor; bajar la fiebre; vitaminas, reconstituyentes; laxantes; antibióti-

cos; tranquilizantes; alergia; diarrea; reuma; corazón; tensión arterial; estómago y alteraciones digestivas; antidepresivos; hormonas para la menopausia; adelgazar; bajar el colesterol; diabetes.

– **Precios:** es evidente que existe más de un medicamento para una de las patologías reseñadas en el apartado anterior, y que por tanto, existe una gran pluralidad de precios. Para solventar este problema se ha utilizado el informe sobre “Consumo farmacéutico por grupos terapéuticos, edad y sexo” (2005) que a través del análisis de 221 millones de recetas del SNS en el año 2001 proporciona una estimación del importe de las dosis diarias por envase (DDD) y del precio de cada DDD, para diferentes grupos terapéuticos.

– **Procedimiento:** con esta información se identificó cada medicamento mencionado en la ENS (2006) con un grupo terapéutico. Suponiendo que cada envase contiene las DDD para un mes, se estimó el coste en medicamentos para cada tramo de edad y grado de dependencia como el producto del número de usuarios por el importe por DDD y por las DDD por envase.

Prótesis

– **Fuente de información:** EDAD (2008) actualizando pesos muestrales a 2010. Aunque ninguna de las dos encuestas aborda específicamente el tema de las prótesis, en la EDAD (2008) se pregunta al individuo si ha recibido rehabilitación ortoprotésica, por lo que se supone que previamente se le ha implantado una prótesis

– **Precios:** dado que la prótesis de rodilla es una de las más habituales se ha utilizado la Resolución 882/2010, que en su apartado “84.46 Colocación de una prótesis de rodilla” especifica un precio de 1.463,17 €. Se considera que esta es una estimación bastante conservadora puesto que el coste por procedimiento quirúrgico por fractura de cadera es de 3.248,41 € (pudiendo alcanzar los 7.141,79 €).

– **Procedimiento:** para cada tramo de edad y grado de dependencia se ha multiplicado el número de individuos que han recibido rehabilitación ortoprotésica en el último mes por el coste de una prótesis.

Pruebas médicas

– **Fuente de información:** ENS (2006) actualizando pesos muestrales a 2010. Se dispone de información sobre cinco pruebas médicas: radiografía, ecografía, resonancia magnética, tomografía axial computerizada (TAC) y análisis.

– **Precios:** la Resolución 882/2010, de 3 de mayo especifica los siguientes precios: radiografía (20,56 €); ecografía (65,45 €); resonancia (390,04 €); TAC (240,64 €) y análisis (40,56 €).

– **Procedimiento:** para cada prueba, tramo de edad y grado de dependencia se ha multiplicado el número de individuos que se han sometido a dicha prueba por el precio unitario. Después, se ha sumado el coste de las cinco pruebas médicas.

Rehabilitación

– **Fuente de información:** EDAD(2008) actualizando pesos muestrales a 2010. A diferencia del apartado de “prótesis” en donde se utilizaba la pregunta sobre rehabilitación ortoprotésica, en este caso se utiliza la pregunta sobre rehabilitación médico-funcional.

⁶ Información disponible en: www.msc.es ⇒ Portal Estadístico del SNS ⇒ Aplicaciones de Consulta ⇒ Estadística de Establecimientos Sanitarios con Régimen de Internado ⇒ Conjunto Mínimo Básico de Datos Hospitalización ⇒ Grupos Relacionados por el Diagnóstico Público

– Precios: la Resolución 882/2010, de 3 de mayo, especifica que el precio de una sesión de rehabilitación no neurológica es de 23,64 €.

– Procedimiento: para cada tramo de edad y grado de dependencia se multiplica el número de usuarios, por el precio unitario por sesión y por el número medio de días que ha recibido el tratamiento.

Transporte sanitario

– Fuente de información: EDAD(2008) actualizando pesos muestrales a 2010.

– Precios: la Resolución 882/2010, de 3 de mayo, especifica que la tarifa del servicio para trayectos de hasta 100 kilómetros (ida y vuelta) es de 412,04 €. En el caso de pago gratuito, este coste es imputado íntegramente a la Sanidad Pública. En el caso de pago mixto, existe un copago por parte del usuario (25%-50%). Se ha supuesto un copago intermedio (37,5%), por lo que el coste repercutible a la Sanidad Pública sería de 257,525 €.

– Procedimiento: para cada tramo de edad y grado de dependencia, se ha multiplicado el número de veces que ha utilizado el servicio por el coste del mismo (en función del tipo de pago). Como la información disponible se refiere al número de servicios durante el último año se ha dividido el resultado por 12 para tener una estimación en términos mensuales.

Vacunación

– Fuente de información: ENS(2006) actualizando pesos muestrales para 2010. La pregunta se refiere a la vacunación contra la gripe.

– Precios: la Resolución 882/2010, de 3 de mayo, especifica un coste de 14 € para “curas, inyectables y vacunaciones”.

– Procedimiento: para cada tramo de edad y grado de dependencia se ha multiplicado el número de vacunados por el precio unitario.

TABLAS

TABLA 1. Clasificación de la dependencia de acuerdo con la EDAD 2008. Estimaciones para 2010.

	65-69	70-74	75-79	80-84	85 y más	Total
No dependiente	2.043.079	1.687.211	1.585.135	1.074.686	747.569	7.180.171
(tasa por 1.000 habitantes)	<i>970,62</i>	<i>956,77</i>	<i>901,67</i>	<i>853,39</i>	<i>716,34</i>	<i>905,53</i>
Dependencia Moderada	29.097	38.174	70.563	79.202	96.636	305.562
(tasa por 1.000 habitantes)	<i>13,82</i>	<i>21,65</i>	<i>40,14</i>	<i>62,89</i>	<i>92,60</i>	<i>38,54</i>
Dependencia Severa	15.147	17.284	47.759	48.533	84.766	194.849
(tasa por 1.000 habitantes)	<i>7,20</i>	<i>9,80</i>	<i>27,17</i>	<i>38,54</i>	<i>81,22</i>	<i>24,57</i>
Gran Dependencia	17.600	20.777	54.537	56.888	114.626	248.687
(tasa por 1.000 habitantes)	<i>8,36</i>	<i>11,78</i>	<i>31,02</i>	<i>45,17</i>	<i>109,84</i>	<i>31,36</i>
Total	2.104.923	1.763.446	1.757.994	1.259.308	1.043.598	7.929.269
(tasa por 1.000 habitantes)	<i>1000</i>	<i>1000</i>	<i>1000</i>	<i>1000</i>	<i>1000</i>	<i>1000</i>

Fuente: Elaboración propia a partir de la EDAD (2008). En cursiva se muestran las tasas de prevalencia por 1000 habitantes con la misma edad que la categoría de referencia

TABLA 2. Clasificación de la dependencia de acuerdo con la ENS 2006. Estimaciones para 2010.

	65-69	70-74	75-79	80-84	85 y más	Total
No dependiente	2.047.564	1.687.812	1.586.801	1.073.699	747.206	7.143.081
(tasa por 1.000 habitantes)	<i>972,75</i>	<i>957,11</i>	<i>902,62</i>	<i>852,61</i>	<i>715,99</i>	<i>900,85</i>
Dependencia Moderada	26.312	35.692	72.078	77.586	94.550	306.217
(tasa por 1.000 habitantes)	<i>12,50</i>	<i>20,24</i>	<i>41,00</i>	<i>61,61</i>	<i>90,60</i>	<i>38,62</i>
Dependencia Severa	14.271	19.045	46.341	49.768	86.201	215.626
(tasa por 1.000 habitantes)	<i>6,78</i>	<i>10,80</i>	<i>26,36</i>	<i>39,52</i>	<i>82,60</i>	<i>27,19</i>
Gran Dependencia	16.776	20.897	52.775	58.256	115.641	264.345
(tasa por 1.000 habitantes)	<i>7,97</i>	<i>11,85</i>	<i>30,02</i>	<i>46,26</i>	<i>110,81</i>	<i>33,34</i>
Total	2.104.923	1.763.446	1.757.994	1.259.308	1.043.598	7.929.269
(tasa por 1.000 habitantes)	<i>1000</i>	<i>1000</i>	<i>1000</i>	<i>1000</i>	<i>1000</i>	<i>1000</i>

Fuente: Elaboración propia a partir de la ENS (2006).

TABLA 3. Coste sanitario mensual de las personas de 65 y más años

	65-69	70-74	75-79	80-84	85 y más	Total
Atención Primaria						
No dependiente	115.435.591	91.561.866	92.513.791	64.104.847	27.626.281	391.242.376
Moderado	1.805.852	2.204.704	7.967.306	5.910.943	3.482.943	21.371.748
Severo	978.377	2.075.883	4.961.809	6.965.627	5.355.293	20.336.989
Grande	551.580	2.088.128	3.800.461	11.584.803	10.315.279	28.340.251
Total	118.771.400	97.930.581	109.243.367	88.566.220	46.779.796	461.291.364
At. Especializada						
No dependiente	109.988.604	95.385.594	80.600.989	40.893.289	14.873.963	341.742.439
Moderado	1.106.161	3.194.656	12.823.440	7.196.051	3.712.764	28.033.072
Severo	699.424	2.174.766	3.245.317	6.547.615	2.243.518	14.910.640
Grande	770.734	2.391.856	7.430.545	4.004.323	6.063.808	20.661.266
Total	112.564.923	103.146.872	104.100.291	58.641.278	26.894.053	405.347.417
Atención Bucodental						
No dependiente	638.873	558.903	359.080	258.566	50.548	1.865.970
Moderado	0	8.979	7.243	9.860	8.815	34.897
Severo	0	5.078	3.791	8.183	3.990	21.042
Grande	16.171	1.024	7.925	7.590	250	32.960
Total	655.044	573.984	378.039	284.199	63.603	1.954.869
Enfermería						
No dependiente	30.777.308	19.194.568	12.507.175	23.127.069	3.290.694	88.896.814
Moderado	8.695.704	7.885.675	5.141.540	4.391.551	1.417.533	27.532.003
Severo	774.019	6.376.403	3.018.437	9.178.423	1.779.160	21.126.442
Grande	1.429.173	4.481.623	2.485.382	5.925.505	2.660.022	16.981.705
Total	41.676.204	37.938.269	23.152.534	42.622.548	9.147.409	154.536.964
Hospital						
No dependiente	151.341.985	122.649.689	128.518.796	74.981.530	46.305.991	523.797.991
Moderado	4.237.982	12.611.708	14.306.628	12.152.847	13.178.360	56.487.525
Severo	545.982	5.622.865	15.413.813	16.927.953	20.759.036	59.269.649
Grande	5.056.990	4.309.847	12.955.774	19.146.833	16.491.135	57.960.579
Total	161.182.939	145.194.109	171.195.011	123.209.163	96.734.522	697.515.744
Hospital de Día						
No dependiente	9.931.462	8.729.336	4.020.011	3.562.806	13.022.155	39.265.770
Moderado	118.463	229.678	301.021	249.305	398.908	1.297.375
Severo	4.131	14.323	199.208	217.817	70.042	505.521
Grande	93.507	103.122	4.126.899	292.548	167.823	4.783.899
Total	10.147.563	9.076.459	8.647.139	4.322.476	13.658.928	45.852.565
Medicamentos						
No dependiente	36.772.506	30.220.325	31.204.201	31.204.201	18.350.710	147.751.943
Moderado	641.350	1.019.941	3.086.357	3.086.357	2.201.867	10.035.872
Severo	398.765	500.318	1.494.092	1.494.092	2.176.312	6.063.579
Grande	478.652	436.907	1.675.176	1.675.176	2.204.898	6.470.809
Total	38.291.273	32.177.491	37.459.826	37.459.826	24.933.787	170.322.203
Prótesis						
No dependiente	30.615.954	26.918.337	21.564.684	8.561.951	4.224.944	91.885.870
Moderado	220.251	832.749	1.507.381	1.628.127	648.790	4.837.298
Severo	871.654	186.253	1.770.176	911.975	1.490.531	5.230.589
Grande	29.844	290.293	1.908.578	1.391.401	784.572	4.404.688
Total	31.737.703	28.227.632	26.750.819	12.493.454	7.148.837	106.358.445
Pruebas médicas						
No dependiente	30.615.954	26.918.337	21.564.684	8.561.951	4.224.944	91.885.870
Moderado	220.251	832.749	1.507.381	1.628.127	648,79	3.137.210
Severo	871,654	186,253	1.770.176	911,975	1.490.531	3.262.677
Grande	29,844	290,293	1.908.578	1.391.401	784,572	3.301.084
Total	30.617.076	26.919.646	26.750.819	11.582.391	5.716.908	101.586.840

Rehabilitación						
No dependiente	1.903.451	1.196.456	642.797	624.402	124.360	4.491.466
Moderado	364.452	187.670	207.903	11.017	197.398	968.440
Severo	214.278	323.472	603.739	482.353	124.555	1.748.397
Grande	327.212	45.445	258.428	456.769	9.543	1.097.397
Total	2.809.393	1.753.043	1.712.867	1.574.541	455.856	8.305.700
Transporte sanitario						
No dependiente	30.516.198	4.154.242	19.100.948	29.411.718	34.381.794	117.564.900
Moderado	5.307.206	6.476.611	14.366.883	14.374.566	14.771.404	55.296.670
Severo	2.920.361	1.621.762	4.080.610	30.593.366	6.037.536	45.253.635
Grande	1.376.602	9.471.703	12.180.161	17.755.256	34.313.483	75.097.205
Total	40.120.367	21.724.318	49.728.602	92.134.906	89.504.217	293.212.410
Vacunación						
No dependiente	15.440.848	14.363.099	15.739.469	10.127.698	5.219.833	60.890.947
Moderado	223.615	290.618	923.518	845.706	857.514	3.140.971
Severo	123.276	196.424	464.074	684.062	758.527	2.226.363
Grande	125.924	139.365	491.877	826.393	1.041.704	2.625.263
Total	15.913.663	14.989.506	17.618.938	12.483.859	7.877.578	68.883.544
Total (al mes)						
No dependiente	471.255.376	367.444.710	359.314.911	253.905.207	148.269.236	1.600.189.439
Moderado	20.021.776	31.212.572	54.403.624	44.435.412	36.949.662	187.023.044
Severo	6.835.567	17.253.337	32.246.424	65.519.117	35.952.113	157.806.558
Grande	9.039.852	20.981.627	42.774.872	56.261.071	67.321.722	196.379.143
Total	507.152.571	436.892.246	488.739.830	420.120.807	288.492.731	2.141.398.184
Total (al año)						
No dependiente	5.655.064.512	4.409.336.520	4.311.778.932	3.046.862.484	1.779.230.832	19.202.273.268
Moderado	240.261.312	374.550.864	652.843.488	533.224.944	443.395.944	2.244.276.528
Severo	82.026.804	207.040.044	386.957.088	786.229.404	431.425.356	1.893.678.696
Grande	108.478.224	251.779.524	513.298.464	675.132.852	807.860.664	2.356.549.716
Total	6.085.830.852	5.242.706.952	5.864.877.960	5.041.449.684	3.461.912.772	25.696.778.208

Fuente: Elaboración propia a partir de la ENS (2006) y la EDAD (2008)

TABLA 4. Coste sanitario mensual por 1000 habitantes de 65 y más años
(o tasa de prevalencia por mil habitantes de 65 y más años).

	65-69	70-74	75-79	80-84	85 y más	<i>Total</i>
Atención Primaria						
No dependiente	57.202	58.014	59.203	66.829	57.168	59.266
Moderado	77.520	79.178	84.030	76.271	42.419	69.943
Severo	101.070	97.871	123.229	109.979	88.727	104.373
Grande	39.061	154.460	88.112	171.926	93.323	113.959
Total	57.513	59.683	62.753	75.863	63.539	62.756
At. Especializada						
No dependiente	54.503	60.436	51.580	42.631	30.779	51.768
Moderado	47.484	114.731	135.247	92.854	45.218	91.743
Severo	72.253	102.533	80.599	103.379	37.171	76.524
Grande	54.581	176.926	172.274	59.427	54.860	83.081
Total	54.508	62.862	59.798	50.230	36.529	55.145
Atención Bucodental						
No dependiente	317	354	230	270	105	283
Moderado	0	322	76	127	107	114
Severo	0	239	94	129	66	108
Grande	1 145	76	184	113	2	133
Total	317	350	217	243	86	266

Enfermería						
No dependiente	15.251	12.162	8.004	24.110	6.810	13.466
Moderado	373.281	283.200	54.227	56.666	17.264	90.103
Severo	79.959	300.626	74.965	144.916	29.477	108.425
Grande	101.210	331.507	57.622	87.938	24.065	68.285
Total	20.181	23.121	13.300	36.509	12.424	21.024
Hospital						
No dependiente	74.995	77.711	82.244	78.168	95.823	79.346
Moderado	181.924	452.928	150.890	156.813	160.501	184.865
Severo	56.402	265.099	382.811	267.271	343.938	304.183
Grande	358.122	318.801	300.373	284.152	149.197	233.066
Total	78.050	88.487	98.340	105.537	131.390	94.893
Hospital de Día						
No dependiente	4.921	5.531	2.573	3.714	26.947	5.948
Moderado	5.085	8.248	3.175	3.217	4.858	4.246
Severo	427	675	4.947	3.439	1.160	2.594
Grande	6.622	7.628	95.680	4.342	1.518	19.237
Total	4.914	5.532	4.967	3.702	18.552	6.238
Medicamentos						
No dependiente	18.033	18.991	19.809	32.270	37.639	22.186
Moderado	27.531	35.245	32.090	39.260	26.510	32.349
Severo	41.194	23.588	36.572	23.250	35.778	30.812
Grande	33.474	31.072	38.544	24.672	19.725	25.727
Total	18.354	19.426	21.330	31.806	33.556	22.957
Prótesis						
No dependiente	664	1.251	599	1.296	1.615	950
Moderado	0	17.107	11.580	7.334	12.832	10.460
Severo	23.434	22.684	33.235	5.362	0	12.244
Grande	0	3.761	28.270	11.551	21.217	17.668
Total	758	1.818	2.637	2.509	5.676	2.211
Pruebas médicas						
No dependiente	15.171	17.055	13.800	8.926	8.743	13.919
Moderado	9.455	29.907	15.898	21.008	7.902	15.831
Severo	90.045	8.781	43.963	14.399	24.695	26.844
Grande	2.113	21.473	44.249	20.649	7.098	17.712
Total	15.368	17.203	15.366	10.701	9.710	14.470
Rehabilitación						
No dependiente	943	758	411	651	257	680
Moderado	15.645	6.740	2.193	142	2.404	3.169
Severo	22.136	15.251	14.994	7.616	2.064	8.973
Grande	23.172	3.362	5.992	6.779	86	4.413
Total	1.360	1.068	984	1.349	619	1.130
Transporte sanitario						
No dependiente	15.122	2.632	12.223	30.662	71.148	17.809
Moderado	227.823	232.596	151.525	185.481	179.903	180.967
Severo	301.684	76.461	101.344	483.031	100.031	232.250
Grande	97.487	700.625	282.391	263.500	310.437	301.975
Total	19.428	13.240	28.566	78.920	121.569	39.890
Vacunación						
No dependiente	7.651	9.100	10.072	10.558	10.802	9.224
Moderado	9.599	10.437	9.740	10.913	10.444	10.279
Severo	12.735	9.261	11.526	10.801	12.567	11.426
Grande	8.918	10.309	11.404	12.264	9.424	10.556
Total	7.706	9.135	10.121	10.693	10.700	9.371

Total (al mes)						
No dependiente	233.524	232.813	229.940	264.695	306.820	242.401
Moderado	859.477	1.120.946	573.786	573.369	450.016	612.063
Severo	706.140	813.436	800.858	1.034.466	595.659	809.894
Grande	640.177	1.552.019	991.715	834.951	609.066	789.663
Total	245.581	266.258	280.747	359.861	391.845	291.326
Total (al año)						
No dependiente	2.802.288	2.793.756	2.759.280	3.176.340	3.681.840	2.908.812
Moderado	10.313.724	13.451.352	6.885.432	6.880.428	5.400.192	7.344.756
Severo	8.473.680	9.761.232	9.610.296	12.413.592	7.147.908	9.718.728
Grande	7.682.124	18.624.228	11.900.580	10.019.412	7.308.792	9.475.956
Total	2.946.972	3.195.096	3.368.964	4.318.332	4.702.140	3.495.912

Fuente: Elaboración propia a partir de la ENS (2006) y la EDAD (2008)

La tasa de prevalencia por mil habitantes se calcula como:

$$\text{Tasa de prevalencia} = \frac{\text{Coste prestación}_{E,G}}{\text{Población}_{G,E}} * 1000$$

donde E se refiere al tramo de edad y G al grado de dependencia.

Población	65-69	70-74	75-79	80-84	85 y más	Total
No dependiente	2.018.018	1578.284	1.562.644	959.236	483.245	6.601.427
Moderado	23.295	27.845	94.815	77.499	82.107	305.562
Severo	9.680	21.210	40.265	63.336	60.357	194.849
Grande	14.121	13.519	43.132	67.382	110.533	248.687
Total	2.065.114	1.640.859	1.740.856	1.167.453	736.242	7.350.524

Fuente: Padrón Municipal (2010).

TABLA 5. Distribución porcentual del gasto sanitario en función el grado de dependencia

	No dependiente	Moderado	Severo	Grande	Total
Atención Primaria	21,55	10,07	11,36	12,72	18,98
Atención Especializada	18,82	13,21	8,33	9,27	16,68
Atención buccental	0,10	0,02	0,01	0,01	0,08
Enfermería	4,90	12,97	11,80	7,62	6,36
Hospital	28,85	26,62	33,10	26,01	28,71
Hospital de día	2,16	0,61	0,28	2,15	1,89
Medicamentos	8,14	4,73	3,39	2,90	7,01
Pruebas médicas	5,06	2,28	2,92	1,98	4,38
Prótesis	0,35	1,51	1,33	1,97	0,67
Rehabilitación	0,25	0,46	0,98	0,49	0,34
Transporte sanitario	6,48	26,05	25,27	33,70	12,07
Vacunación	3,35	1,48	1,24	1,18	2,83
Total	100,00	100,00	100,00	100,00	100,00

Fuente: Elaboración propia a partir de la ENS (2006) y la EDAD (2008)

TABLA 6. Cobertura sanitaria de personas de 65 y más años

	CSA.1	CSA.2	CSA.3	CSA.4	CSA.5	CSA.6	CSA.7	CSA.8	Total
CSA.1	80,68								80,68
CSA.2	0,02	0,13							0,15
CSA.3	0,20	0,00	1,07						1,27
CSA.4	0,31	0,00	0,01	2,40					2,72
CSA.5	5,51	0,00	0,01	0,01	8,76				14,29
CSA.6	0,28	0,00	0,00	0,00	0,00	0,48			0,76
CSA.7	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,07		0,07
CSA.8	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,00	0,06	0,06
Total	87,00	0,13	1,09	2,41	8,76	0,48	0,07	0,06	100,00

CSA.1: Seguridad Social; CSA.2: Empresas colaboradoras de la Seguridad Social; CSA.3: Mutuales del Estado acogidas a la Seguridad Social; CSA.4: Mutuales del Estado acogidas a un seguro privado; CSA.5: Seguro médico privado (individual); CSA.6: Seguro médico privado (empresa); CSA.7: No tiene seguro médico; CSA.8: Otras situaciones. Fuente: Elaboración propia a partir de la ENS (2006)

TABLA 7. Coste sanitario público (total anual y tasa de prevalencia por mil habitantes)

	65-69	70-74	75-79	80-84	85 y más	Total
Coste sanitario público total						
No depend.	4.727.068.426	3.685.764.397	3.604.216.009	2.546.872.350	1.487.259.052	16.051.180.225
Moderado	200.834.431	313.087.067	545.711.872	445.722.731	370.634.670	1.875.990.750
Severo	68.566.205	173.064.773	323.457.430	657.209.159	360.628.455	1.582.926.022
Grande	90.676.947	210.462.504	429.066.186	564.343.551	675.290.729	1.969.839.908
Total	5.087.146.009	4.382.378.741	4.902.451.487	4.214.147.791	2.893.812.886	21.479.936.904
Coste sanitario público (tasa de prevalencia)						
No depend.	2.342.431	2.335.299	2.306.486	2.655.105	3.077.650	2.431.471
Moderado	8.621.354	11.243.924	5.755.544	5.751.335	4.514.045	6.139.477
Severo	7.083.286	8.159.584	8.033.216	10.376.550	5.974.923	8.123.860
Grande	6.421.425	15.567.905	9.947.746	8.375.286	6.109.404	7.920.961
Total	2.463.373	2.670.783	2.816.115	3.609.694	3.930.519	2.922.232

Fuente: Elaboración propia a partir de la ENS (2006) y la EDAD (2008)

FINANCIACIÓN DEL MEDICAMENTO CON CARGO AL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO

María-Teresa Rojas Pomar

*Licenciada en Derecho y Máster en Bioética Aplicada.
Socia constituyente de la Asociación Juristas de la Salud*

Dedicatoria

Dedico este trabajo a D^a Monserrat Viñas Pont, Colega y amiga con la que compartimos tantos Congresos de Derecho y Salud, jornadas, mesas, conversaciones e inquietudes, A la que, en esta ocasión, no he podido pedir su consejo. En recuerdo a su ética jurídica, humanidad y a su amistad.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los factores que mas inciden en el déficit del sector sanitario público es la partida farmacéutica y mas concretamente la que proviene de recetas a pensionistas. Pensionistas que de forma general estan exentos de participación en el pago, indistintamente de la cuantía de su pensión vitalicia.

El gasto farmacéutico en España actualmente se fija en 511 € por habitante / año, (1) cifra superior en un 35 % a la media Europea que se situa en 376 por habitante / año.

Si pretendemos garantizar la salud financiera del sistema, tendremos que introducir correcciones que eviten el gasto innecesario y a la vez incidir en proporción a la capacidad económica del paciente, el cual tendrá que responsabilizarse en asumir un coste equitativo del fármaco. Ello supone la introducción

de medidas de copago en el pensionista, equivalentes a las medidas de copago del trabajador en activo.

Esta toma de conciencia del coste en medicamentos, se hace necesaria si tenemos en cuenta que en el sistema sanitario público se da una circunstancia excepcional que no se da en el resto del mercado, donde quién decide el producto es quién lo paga y lo consume. En el sistema sanitario público quién paga es el propio sistema, quién decide es el profesional facultativo y quién consume el paciente. Subrallamos la influencia del paciente en la decisión del médico, no siempre a título de sugerencia, sinó frecuentemente a título de exigencia. Ambas personas, alejadas de la suficiente información del aspecto economico de la gestión y de su incidencia general en el sistema.

Puesto que la dispensa de pago al pensionista y la aportación parcial del pago del trabajador en activo han pasado por diversas variaciones, seguidamente plasmos el régimen jurídico que se ha ido aplicando desde la creación del Servicio Obligatorio de Enfermedad en la década de los cuarenta hasta nuestros días.

II. MARCO NORMATIVO

- **Ley de 14 de diciembre de 1.942** que implanta el Seguro Obligatorio de Enfermedad.

Limita el campo de aplicación a los productores económicamente débiles, como asegurados y a sus familiares beneficiarios a cargo.

Gratuidad total del medicamento, pero limitada en el tiempo.

Artículo 12 : La asistencia farmacéutica la proporcionará el Seguro dentro de un plazo máximo de veintiseis semanas en el caso de asegurados y de trece para los beneficiarios.

- **Decreto 3157/1966 de 23 de diciembre**, que regula la dispensación de especialidades farmacéuticas del régimen general de la Seguridad Social (BOE 30)

Artículo 3 : Participación de los asegurados en el pago del precio de los medicamentos

→ Gratuidad:

- Medicamentos dispensados en instituciones propias o concertadas de la Seguridad Social.
- Accidentes de trabajo
- Enfermedades Profesionales.

→ Participación en el pago:

- 5 pesetas cuando el precio de medicamento sea inferior a 30 pesetas.
- 5 pesetas incrementadas por 1 peseta mas por cada decena del precio del medicamento, sin que pueda exceder de 50 pesetas.

- **Decreto 1417/1973 de 10 de mayo**. Artículo 8 : Introduce la gratuidad a pensionistas que anteriormente se había dispuesto por Resolución de la Dirección General de Previsión a propuesta de la Entidad Gestora. (BOE 156)

- **Real Decret 945/78 de 14 de abril**, por el que se da nueva regulación a la aportación del beneficiario de la Seguridad Social en la dispensación de las especialidades farmacéuticas. (BOE 108).

Artículo 1:

- Medicamentos pertenecientes a los grupos terapéuticos del Anexo: Continuarán financiándose según el artículo 3 del Decreto 3157/66 : 5 pesetas con un máximo de 50 pesetas.
- Demás especialidades:
 - 30 % del precio de venta al público.
- Gratuidad:
 - Medicamentos dispensados en instituciones propias o concertadas.

Accidentes de Trabajo

Enfermedades Profesionales

Pensionistas

Trabajadores en situación de Invalidez provisional.

- **Constitución Española de 1.978**. Artículo 43: Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

- **Ley 14/1986 de 25 de abril**, General de Sanidad. (BOE 102)

Artículo 3.2 : Establece como principio general el acceso a las prestaciones sanitarias en condiciones de igualdad efectiva.

Artículo 18.4 : Prestación de productos terapéuticos precisos.

- **Ley 25/1990 de 20 de diciembre**, del Medicamento (BOE 306)

- **Real Decreto 83/93 de 22 de enero**, por el que se dictan normas sobre selección y financiación de los medicamentos con cargo a fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la Sanidad, dentro del Sistema Nacional de Salud, prescritos y dispensados a los pacientes no hospitalizados que tengan derecho a ello. (BOE 19-2-93)

Modifica en Anexo del Real Decreto 945/1978 y se actualiza la participación del beneficiario por la dispensación de especialidades farmacéuticas establecida en el Decreto 3157/1966 e incluidas en el citado anexo.

Es decir, por un lado modifica los grupos terapéuticos de aportación reducida y por otro lado actualiza la cuantía de participación.

El Anexo del Real Decreto 945/78 queda derogado.

El Anexo II del Real Decreto 83/93 cobra vigencia.

Artículo 5 : Aportación reducida :

- 10 % del precio de venta al público con un máximo de 439 pesetas.

- **Real Decreto 63/1995 de 20 de enero** , sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de la Salud. (BOE 35)

- **Real Decreto 9/1996 de 15 de enero** que regula la selección de los efectos y accesorios, su financiación con fondos de la Seguridad Social o fondos estatales afectos a la sanidad y su régimen de suministro y dispensación a pacientes no hospitalizados. (BOE 33).

Establece un Anexo I con aportación del 40 % del precio de venta al público , con los doce productos siguientes :

Algodones, gasas, vendas, esparadrapos. Apósitos, parches oculares, tejidos elásticos destinados a la protección o reducción de lesiones o malformaciones internas, duchas vaginales, irrigadores y sus accesorios, cánulas rectales y vaginales, bragueros y suspensorios, absorbentes para incontinencia y otros sistemas.

Establece un Anexo II con aportación reducida al 10 % del precio de venta al público, con los doce productos siguientes :

Aparatos de inhalación, sondas, bolsas orina, colectores pene, bolsas de colostomía, ileostomía y urostomía, accesorios y apósitos ostomía, sistemas de irrigación ostomía y accesorios, sistemas de colostomía continente y cánulas de traqueotomía y laringectomía.

Exención : pensionistas y demás beneficiarios exentos.

- **Real Decreto 1663/1998 de 24 de julio**, por el que se amplía la relación de medicamentos excluidos de la financiación con cargo a fondos de la Seguridad Social y con cargo a fondos estatales afectos a la sanidad. Decreto conocido como el “ Medicamentazo “ (BOE 177)

- **Ley 16/2003 de 28 de mayo**, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, que establece el catálogo de prestaciones (BOE 128)

- **Ley 29/2006 de 26 de julio**, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. (BOE 178).

Artículo 94 regula las obligaciones de los pacientes y faculta al Gobierno a regular periódicamente la dispensación gratuita o la participación en el pago. Participación que podrá modularse con criterios de capacidad de pago, de racionalización del gasto público, entre otros criterios. Asimismo establece la obligación del paciente de justificar la modalidad de pago ante el facultativo y ante la farmacia dispensadora.

- **Real Decreto 1030/2006 de 15 de septiembre**, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización. (BOE 222)

Anexo V – Cartera de servicios comunes de prestación farmacéutica.

Punto 3 - Participación económica de los usuarios:

- 40 % del precio de venta al público. Normal con carácter general

- 10 % del precio de venta al público. Reducida Máximo 2,64 € por envase:

Medicamentos para enfermedades crónicas o graves clasificadas legalmente.

Efectos y accesorios de grupos clasificados legalmente.

Medicamentos contra el SIDA.

- Exención total 0 % .
- Pensionistas y asimilados
- Síndrome Tóxico
- Discapacidades clasificadas legalmente
- Accidentes de Trabajo
- Enfermedades Profesionales
- Medicamentos dispensados en centros y servicios asistenciales.

- **Real Decreto 1338/2006 de 22 de noviembre**, por el que se desarrollan determinados aspectos del artículo 93 de la Ley 29/2006 de 26-7-06, de garantías y uso de los medicamentos y productos sanitarios en el marco del sistema de precios de referencia. (BOE 279)

- **Orden del Ministerio de Sanidad 3997 de 28 de diciembre de 2.006**, determina los conjuntos de medicamentos y sus precios de referencia. (BOE 312).

EVOLUCIÓN TEMPORAL DEL PAGO GRATUITO DE LOS PENSIONISTAS Y LA APORTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN ACTIVO

1.– Desde 1942 a 1966

- Gratuidad total para ambos colectivos.

2.– Desde 1967 a 1973

- 5 pesetas, mas 1 peseta por cada decena que pase hasta el máximo de 50 pesetas.
- Trabajadores en activo i pensionistas.

3.– Desde 1973 a 2006

- Gratuidad pensionistas
- 30 % Trabajadores en activo.

4.– Desde 2006

- Gratuidad pensionistas
- 40 % Trabajadores en activo.

III. SISTEMA LEGISLATIVO ACTUAL

CUANTÍAS OFICIALES VIGENTES EN 2.011 SOBRE SUELDOS Y PENSIONES

Sueldo Mínimo	641,40 €
Pensión Mínima	601,40 €
Pensión Media	908,49 €
Pensión Máxima	2.497,91 €

REGULACIÓN VIGENTE DE LA PARTICIPACIÓN EN EL PAGO DE MEDICAMENTOS CON CARGO AL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO

40 % Ordinaria: Con carácter general

10 % Reducida: Enfermedades crónicas o graves clasificadas, SIDA. Máximo 2, 64 €.

0 % Exención: Pensionistas y asimilados, Síndrome Tóxico, Discapacidades clasificadas, Accidentes de Trabajo, Enfermedades Profesionales, y dispensación en centros sanitarios.

RELACION DE INGRESOS PERSONALES CON LA PARTICIPACIÓN EN EL PAGO DE MEDICAMENTOS

- 40 %** Trabajadores en activo.
Desde el sueldo mínimo interprofesional fijado en 641,40 € en 2.011 en adelante.
- 0 %** Pensionistas.
Desde la pensión mínima fijada en 601,40 € en 2.011 hasta la pensión máxima de 2.497,91

IV. CONSIDERACIONES

El incremento del gasto farmacéutico a lo largo de estos treinta ocho años de gratuidad para pensionistas ha sido constantemente ascendente. Los motivos los podemos encontrar en ser un colectivo que mas precisa asistencia, al envejecimiento de la población o al encarecimiento de los tratamientos, pero también en su exigencia creciente o en el afán de almacenamiento de medicamentos por parte de la gente mayor .

Durante la década de los noventa, uno de los factores de masiva prescripción de recetas gratuitas fue el abuso de la cartilla del pensionista al ser usada por toda la familia, dispensándose así recetas innecesarias y para su entorno familiar. Problema éste, ya solucionado por la incorporación de la receta digital, que

conlleva un control identitario del paciente y un control de adecuación del producto a la historia clínica informatizada.

Uno de los intentos legislativos de mas peso fue el Real Decreto 1663/1998 que amplió la lista de medicamentos excluidos del sistema, norma conocida como el "Medicamentazo". Norma de fuerte impacto social que no resolvió el objetivo de contención del gasto, pues al legislarse al margen del colectivo que habia de implementar la medida, al margen de los colegios profesionales; los facultativos siguieron recetando medicamentos dentro de la cobertura, a pesar de ser mas caros que los medicamentos mejor indicados pero excluidos de cobertura presupuestaria.

La Ley 29/2006 de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios , da unos pasos mas y por un lado introduce el sistema de precios de referencia y por otro lado faculta al Gobierno a regular periodicamente la participación en el pago a satisfacer por el paciente con criterios como la capacidad de pago, utilidad terapeutica y social, gravedad y racionalización del gasto público entre otras consideraciones. Artículo 94.2.

Ello supone, en parte, la aplicación del Principio de Justicia que en Bioética supone recibir la prestación según la necesidad de quien recibe y de quien paga, así como pagar en función de la capacidad económica de quien recibe.

Aparte de las iniciativas legislativas anteriores, es preciso mencionar diversos informes técnicos fundamentados que aconsejaron la introducción de nuevos factores de copago en algunas prestaciones sanitarias gratuitas . En primer lugar cabe mencionar el Informe presentado al Congreso de Diputados en 1990 por el economista y ex ministro Sr. Fernando Abril Martorell y en segundo lugar, el informe Vilardell elaborado recientemente en Barcelona por una Comisión 13 expertos de reconocido prestigio , presidida por el Presidente del Colegio de Médicos de Barcelona Dr. Miquel Vilardell. En el informe se estudia la racionalización y financiación del gasto sanitario en Cataluña , concluyendo con la necesidad de introducción de alguna forma de copago.

V. POSIBILIDADES DE REGULACIÓN

En base a la cobertura legal del artículo 94 , párrafo segundo y letra a de la Ley 29/2006 de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos

y productos sanitarios, publicada el día 27 de julio de 2006 en el BOE 178, hacemos las siguientes propuestas:

PROPUESTA PREFERENTE:

PARTICIPACIÓN DE PAGO A PENSIONISTAS

- 0 % Desde la pensión mínima hasta la pensión del 150 % del sueldo mínimo
- 10 % Desde la pensión del 151 % del sueldo mínimo hasta la pensión del 300% del sueldo mínimo.
- 40 % Desde la pensión del 301 % del sueldo mínimo hasta la máxima

CUANTIAS CONCRETAS A QUE SE REFIEREN LAS ANTERIORES ESCALAS:

- 0% Desde 601,40 € hasta 962,10 €.
- 10 % Desde 963 € hasta 1.924,20 €.
- 40 % Desde 1.925 € hasta la pensión máxima de 2.497,91 €.

PROPUESTA ALTERNATIVA:

PARTICIPACIÓN DE PAGO A PENSIONISTAS

- 0 % Desde la pensión mínima hasta la pensión del 200 % del sueldo mínimo
- 10 % Desde la pensión del 201 % del sueldo mínimo hasta la pensión del 300% del sueldo mínimo.
- 40 % Desde la pensión del 301 % del sueldo mínimo hasta la máxima

CUANTIAS CONCRETAS A QUE SE REFIEREN LAS ANTERIORES ESCALAS :

- 0% Desde 601,40 € hasta 1.282,80 €.
- 10 % Desde 1.284 € hasta 1.924,20 €.
- 40 % Desde 1.925 € hasta la pensión máxima de 2.497,91 €.

VI. CONCLUSIONES

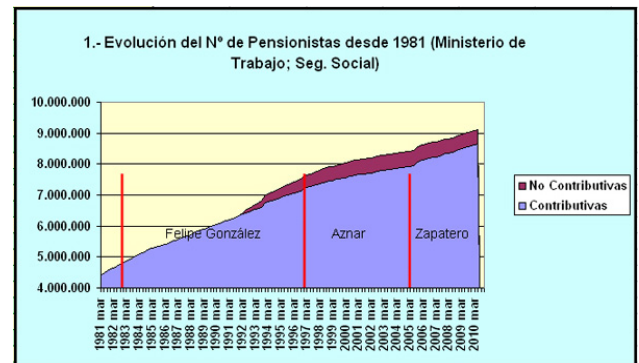
Si nos fijamos en las condiciones socio-económicas del pensionista de 1973 año que legalmente se les dispensó el pago, deducimos que protegía a un colectivo minoritario de menos de 4 millones de personas con ingresos modestos, cuyo coste el sistema podía asumir sin cuestionar su estabilidad presupuestaria, puesto que la esperanza de vida estaba

aproximadamente en 75 años y por lo tanto el periodo de cobro de la pensión era como máximo de 10 años.

Tengamos en cuenta que el pensionista de 1973 era persona nacida a principios del siglo XX y que tenía cotizaciones muy bajas referidas al antiguo sistema de protección anterior a 1967.

Si analizamos las condiciones socio-económicas del pensionista de 2011, vemos que el colectivo ya no es minoritario, sino con peso específico en la sociedad de mas de 9 millones de personas, que ciertamente siguen existiendo pensiones modestas, pero coexisten pensiones medias comparables con un sueldo medio, y pensiones máximas, muy superiores a esta media del ingreso del trabajador en activo.

Tengamos en cuenta que; el total de pensiones modestas se ha incrementado por reconocimiento por la modalidad de pensión no contributiva creada por el Real Decreto 357/91, que el resto de pensiones se refieren a periodos de cotización cada vez mejores, la mayoría posteriores a la última reforma que es la Ley 24/97 de Consolidación y Racionalización del Sistema Social, incrementadas por el IPC en aplicación al Pacto de Toledo y que el periodo de cobro de la pensión se ha extendido en muchos casos a mas de 20 años.



(2) Esquema

Deducimos que asumir el coste de todo este colectivo puede comprometer el futuro de las restantes pensiones, tanto por la cantidad de pensionistas, como por la duración y el coste de fármacos cada vez mas sofisticados.

Lógico es mantener el espíritu de la dispensa de pago dispuesta a partir de 1973 pero acotándola a las pensiones estrictamente modestas, dignas de protección, pero sin incluir pensiones altas, porque no era éste el espíritu de la norma.

Por ello, proponemos financiar el medicamento del pensionista con cargo al sistema sanitario público, estableciendo tres escalas de participación: La primera con exención total destinada a las pensiones mas bajas, manteniendo el espíritu de 1973; una segunda escala intermedia con aportación del 10 % equivalente a la establecida para el ciudadano en activo, pero aquejado de enfermedades clasificadas por su gravedad, escala ésta destinada a las pensiones medias; y una tercera escala con aportación del 40 % equivalente al ciudadano en activo , destinada a las pensiones altas.

Con ello pretendemos aplicar el artículo 94.2 de la Ley 29/2006 de 26 de julio de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios que establece el deber de regular periódicamente la participación en el pago del paciente con criterios de capacidad de pago, utilidad terapeutica y social, gravedad y racionalización del gasto público, aplicando a la vez, los principios de justicia y de equidad.

VII. BIBLIOGRAFIA

Artículo publicado en La Vanguardia, dentro de la sección Debate. Autora: Dra. Helena Rís Romeu. Febrero 2011. Título: “La reforma sanitaria, sin pasarse de frenada”.

Web: javiersevillano.es : Evolución número pensionistas desde 1981.

MODIFICACIONES DE LOS CONTRATOS

J. Gallego Martínez y M.L. Cavas Moreno
Complejo Hospitalario Universitario de Albacete

INTRODUCCIÓN

En la Administración Pública Española, las modificaciones contractuales se habían convertido en práctica habitual. Era frecuente que los licitadores presentaran con normalidad, ofertas por debajo del precio real, convencidos de que tras la adjudicación podrían obtener importantes modificaciones sobre el precio inicialmente previsto con la que recuperasen la baja realizada. También podía permitir a la Administración contratante, utilizar un procedimiento que exigiendo una menor concurrencia de ofertas, podría por la vía del modificado, alcanzar un importe final superior al inicialmente previsto, y que de haberse tenido en cuenta inicialmente podría haber exigido mayor publicidad o una solvencia superior.

Estas actuaciones presentaban serios problemas de compatibilidad tanto con la normativa de contratación, pudiendo ser contrarias a la libre concurrencia, como también con las disposiciones presupuestarias y económicas, a las que están sujetas las Administraciones Públicas, puesto que afectaban a los costes de la inversión pública y dificultaban el control presupuestario.

La Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público incrementó las medidas que favorecían la concurrencia, la transparencia y la objetividad en la contratación pública, mostrándose más restrictiva en la posibilidad de modificación de los contratos, no pudiendo afectar a las modificaciones esenciales de los contratos, lo que a nuestro juicio merece una valoración muy positiva.

A pesar de ello la Comisión Europea decidió llevar a España ante el Tribunal de Justicia Europeo en relación con algunas de las disposiciones de la Ley relacionadas con la modificación de contratos tras su adjudicación (14 de Diciembre de 2009, IP/09/1752; Dictamen motivado número 2008/2014).

Estas actuaciones de la Comisión generaron la modificación de algunos preceptos de la Ley 30/2007 con la Ley 2/2011 de Economía Sostenible entre ellos, el que recoge el art. 92. quarter 3 apartado d que supone una alteración de las condiciones esenciales de licitación y adjudicación del contrato, aquellas modificaciones del contrato que igualen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del mismo. En el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite.

Pensamos que, para el contrato de suministros, esto conllevará a un incremento de adquisiciones fuera del procedimiento que establece la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público.

MODIFICACIONES CONTRACTUALES COMPARANDO LA ANTERIOR REDACCIÓN DE LA LEY 30/2007 CON LA REDACCIÓN ACTUAL.

Analizamos en primer lugar cuales han sido las modificaciones que se han producido en la Ley 30/2007.

La nueva redacción del artículo 202 de las modificaciones contractuales, de la Ley 30/2007 señala que, los contratos administrativos sólo podrán ser

modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en el título V del libro I, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 195.

En estos casos, las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias para los contratistas.

La disposición final 16.7 de la Ley 2/2011 añade este Título V al Libro Primero, (artículos 92 bis a 92 quinquies) lo que supone además la aplicación de esta norma a todos los Contratos del Sector Público y no sólo a la Administración Pública.

En su redacción anterior el artículo 202 recogía que una vez perfeccionado el contrato, el órgano de contratación sólo podrá introducir modificaciones en el mismo, por razones de interés público y para atender a causas imprevistas, justificando debidamente su necesidad en el expediente. Estas modificaciones no podían afectar a las condiciones esenciales del contrato.

En cualquier caso la posibilidad de que el contrato fuera modificado y las condiciones en que podría producirse la modificación deberían recogerse en los pliegos y en el documento contractual y formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 140.

Esto supone, de acuerdo con la nueva redacción del artículo 202, que para los contratos de suministros, sólo van a admitirse las modificaciones en dos supuestos:

1.- Que se encuentran recogidas en los pliegos o en el anuncio de licitación (artículo 92.ter)

2.- En los supuestos “ex lege” (artículo 92 quarter)

En el primer supuesto, aquel que recoge el artículo 92. ter, en el pliegos o en el anuncio de licitación se ha de detallar de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la modificación, así como su alcance y límites. Indicando también el porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que ha de seguirse para ello.

Los supuestos en los que se podrá modificar el contrato deberán definirse referenciando aquellas circunstancias que puedan objetivamente ser verificadas y con las condiciones de la eventual modificación, que deberán precisarse con un detalle suficiente para permitir a los licitadores su valoración a efectos de formular su oferta.

Igualmente dicha cantidad deberá ser tenida en cuenta para fijar las condiciones de aptitud, solvencia

y clasificación de los licitadores, y de valoración de las ofertas

En segundo lugar, los supuestos “ex lege” que recoge el art. 92. quarter, apartado 1 y referido al contrato de suministros, solo podrán efectuarse modificaciones en el contrato cuando se justifique suficientemente que concurren alguna de las circunstancias siguientes:

a) Inadecuación del material que sea debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas. Sería aplicable en nuestro caso, para aquellos contratos de fabricación de productos, recogidos en el artículo 9.2 apartado c, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante.

b) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos. Debiendo entenderse en este caso y para el contrato de suministros no las recogidas en el artículo 214 de la LCSP y que se refieren al contrato de obras sino el que resultaran de aplicar el artículo 1105 del Código Civil

c) Conveniencia de incorporar a la prestación del suministro avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

d) Necesidad de ajustar la prestación del suministro a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato.

Estas posibles modificaciones del contrato deberán limitarse a introducir aquellas variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria.

De acuerdo al apartado 3 del artículo 92 quarter, no podrán producirse alteraciones en el contrato, en los siguientes casos:

1.- Cuando la modificación varíe sustancialmente la función y características esenciales del suministro inicialmente contratado.

2.- Cuando la modificación altere la relación entre el material adquirido y el precio, tal y como esa relación quedó definida por las condiciones de la adjudicación.

3.- Cuando para la realización del contrato modificado fuese necesaria una habilitación profesional

diferente de la exigida para el contrato inicial o unas condiciones de solvencia sustancialmente distintas.

4.- Cuando las modificaciones del contrato igualen o excedan, en más o en menos, el 10 % del precio de adjudicación del contrato; en el caso de modificaciones sucesivas, el conjunto de ellas no podrá superar este límite, cuyo análisis es objeto de esta comunicación.

5.- Y en cualquier otro caso en que si de haberse conocido previamente hubiesen concurrido al procedimiento de adjudicación otros interesados, o que los licitadores podrían haber presentado ofertas sustancialmente diferentes a las formuladas

Fuera de estos casos el modificado no procedería, y en todos ellos se deberá de acuerdo al artículo 195, dar audiencia al contratista y contar con el oportuno informe jurídico favorable de la Asesoría Jurídica.

La anterior redacción del artículo 275 de la Ley 30/2007, relativo a la resolución de los contratos de suministros, incluía un apartado c (suprimido ahora en la disposición final de la Ley 2/2011) que señalaba como causa de resolución, aquellas modificaciones del precio del contrato en cuantía superior, en más o en menos del 20% del precio primitivo del mismo. Indirectamente este artículo nos indicaba que podíamos modificar el contrato sin resolverlo, siempre que no superásemos ese importe y cumpliésemos con el resto de requisitos fijados en el procedimiento.

El supuesto que recoge el artículo 92. quarter apartado 3 d considera que se alteran las condiciones esenciales de la licitación y adjudicación cuando la modificación incrementa o decrementa el 10 % del presupuesto inicialmente previsto en el contrato, por tanto, nos permitirá poder continuar con la modificación y ejecución del contrato siempre que se produzca esta circunstancia.

Si por el contrario la modificación supone una variación del importe del contrato en un porcentaje superior al 10 %, esta variación sería una alteración de la condición esencial de la licitación y adjudicación y por tanto, sería causa de resolución del expediente según establece el artículo 206 apartado g de la L.C.S.P.

Y en el caso, de que la modificación no alcanzase la cantidad inicialmente prevista y esta fuese inferior al 90 % del importe inicialmente contratado, además podría dar lugar a una indemnización a favor del contratista, que se cifra en el 3% de la cantidad dejada de percibir por el empresario (artículo 208 apartado 5).

OBJETIVOS

En el Complejo Hospitalario Universitario de Albacete, alrededor del 85% de los expedientes de contratación que se tramitan anualmente, pertenecen a la categoría de contratos de suministros, es por ello, que hemos analizado la repercusión de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible en la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, acerca de la modificación de los contratos de este tipo.

Basándonos en la definición del contrato de suministros que la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público establece en su art. 9.3.a): Se consideran contratos de suministros, aquellos en los que el empresario se obliga a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato. La mayor parte de los contratos de suministro que tramitamos, pertenecen a esta categoría.

Para la convocatoria de expedientes que legalicen las adquisiciones del material sanitario y no sanitario, las cantidades estimadas se basan en los listados de consumo de los últimos 12/24 meses que nos facilita el sistema informático HP-HIS tras su adecuación al catálogo del Servicio de Salud de Castilla la Mancha, la actividad pactada en el Contrato de gestión del Centro y la aprobación por el servicio usuario.

Dado que no establece ninguna norma especial sobre la duración de los expedientes de contratación de suministros, y según el artículo 23 de la Ley de Contratos del Sector Público, fijamos el plazo de ejecución de estos contratos, de acuerdo a la naturaleza de los productos a adquirir. Si se trata de un arrendamiento de equipos y atendiendo a las características de su financiación podemos fijar un plazo de ejecución de 4 años. Si el material que vamos a adquirir requiere una gran inversión en su adquisición establecemos un periodo mínimo de 2 o 3 años, Para el resto de adquisiciones y atendiendo a la necesidad de someter periódicamente a la concurrencia de ofertas fijamos periodos de ejecución habituales de 1 ó 2 años.

Igualmente, el contrato podrá prever una o varias prórrogas, siempre que sus características permanezcan inalterables durante el periodo de duración de estas, y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos dichos periodos de prórroga.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin

que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes.

La previsión del importe total del contrato incluidas las prorrogas son tenidas en cuenta a efectos de la publicidad, y de esta manera se garantizan, los principios de libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y la transparencia en la licitación, la no discriminación para todos los empresarios interesados en la misma, así como la igualdad de trato entre ellos que recoge la Ley 30/2007 en los artículos 1, y 123.

MATERIAL Y METODOS

Se han revisado los últimos 18 meses de actividad del Servicio de Suministros/Contratación, analizando los contratos de suministros que han sufrido modificación en este periodo.

En el Plan de Compras del Complejo Hospitalario Universitario de Albacete (CHUA) están recogidos y aparecen como vigentes aproximadamente unos 240 expedientes de contratación de suministros.

En dicho Plan se detallan por columnas, los siguientes conceptos: Grupo, subgrupo y familia a la que pertenecen los artículos incluidos en el catálogo del centro para cada expediente de contratación, número de expediente inicial y prorroga en su caso; fechas de inicio y finalización del expediente, importe anual, tipo de procedimiento y si procede o no la prorroga del mismo.

Esta planificación permite realizar un seguimiento de la periodificación de las adquisiciones y prever así, la convocatoria de nuevos expedientes de acuerdo a los periodos de ejecución inicialmente previstos.

Tras el análisis mensual de seguimiento del Plan de Compras, se determina si procede prorrogar, modificar los expedientes vigentes, para alguno o todos los adjudicatarios de los mismos, o bien iniciar los tramites para convocar un nuevo expediente de contratación.

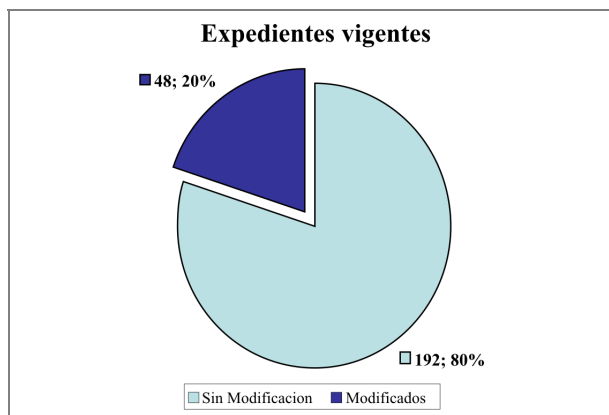
Durante la fase de ejecución del contrato podemos encontrarnos con varios supuestos:

1.- Que el contrato se ajuste a la estimación de consumos previstos en los pliegos que regían la licitación, lo que permitirá prorrogar en su caso el mismo, en el plazo correspondiente, y finalizando en el plazo establecido en los anuncios, pliegos y documentos contractuales.

2.- Que no se adecuen las estimaciones de consumo por defecto o por exceso a las necesidades inicialmente previstas, debiendo tramitar la oportuna modificación del expediente de contratación. Dado que la actividad sanitaria se produce a demanda según las necesidades de la población, epidemias, climatología, y las particularidades de los pacientes que necesitan tratamiento, (edad, talla, sexo, otras patologías...) siendo prácticamente imposible poder prever las necesidades exactas de material sanitario a adquirir.

SUBGRUPO	OBJETO CONTRATO	Expediente		Inicio	fecha vto	Importe adjudicado 12 meses	Procedimiento de contratación	Observaciones
01	MATERIAL DE PUNCIÓN, AGUJAS, CATETERES Y JERINGAS							
	CATÉTERES PARA PUNCIÓN ARTERIAL RADIAL (056)	2009-3-24	24 meses	28-7-2009	28-7-2011	24.480	PNSP	No prorrogable
	CATÉTERES DE ANGIOPLASTIA CORONARIA (042)	2010-6-24	2008-0-5	13-3-2010	12-3-2012	90.614	Procedimiento abierto	No prorrogable
	GUIAS DE ANGIOPLASTIA CORONARIA	2010-0-1	24 meses	4-8-2010	4-8-2012	171.206	Procedimiento abierto	Prorrogable 24 m.
	CATETERES BALON DE ANGIOPLASTIA (042)	2010-6-23	2008-0-20	2-3-2010	1-3-2011	513.895	Procedimiento abierto	No prorrogable
	CATÉTERES DE ASPIRACIÓN (042)	2010-6-28	2008-0-4	18-3-2010	17-3-2012	38.400	Procedimiento abierto	No prorrogable
	CATÉTERES DIAGNÓSTICO ANGIOGRAFÍA JUDKI (042)	2010-6-31	2008-0-3	25-3-2010	24-3-2012	47.460	Procedimiento abierto	No prorrogable
	CATÉTERES DE ELECTROFISIOLOGÍA (055)	2009-6-46	2007-0-64	25-9-2009	24-3-2011	118.989	Procedimiento abierto	No prorrogable
	CATÉTERES DE ELECTROFISIOLOGÍA (055)	2010-3-4	24 meses	19/05/2010	19/05/2012	24.300	PNSP	No prorrogable
	CATÉTER ULTRASONIDO CORONARIO (042)	2009-6-33	2007-3-27	25-5-2009	25-07-2011	61.200	Prorroga PNSP	No prorrogable
	AGUJAS HIPODÉRMICAS (001)	2009-3-47	24 meses	17-11-2009	16-11-2011	18.714	PNSP	Prorrogable 12 m.
	JERINGAS (050)	2010-6-21	2007-0-62	3-3-2010	2-3-2012	36.146	Prorroga P abierto	No prorrogable
	PUNZÓN ASPIRACIÓN (001)	2009-6-38	2008-3-2	25-08-2009	25-01-2011	14.513	Prorroga PNSP	No prorrogable
	AGUJAS Y EQUIPOS PARA ANESTESIA	2009-0-49	24 meses	15-6-2010	15-6-2012	124.923	Procedimiento abierto	Prorrogable 24 m.
	SISTEMAS DE ATEROCTOMÍA (008)	2010-6-13	2007-3-46	8-2-2010	7-2-2012	81.896	PNSP	No prorrogable
	GUIAS VASCULARES DIAGNOSTICAS (040)	2008-6-25	2006-0-8	02-06-2008	01-06-2010	57.188	Prorroga P abierto	No prorrogable
	GUIAS HEMODINAMICA	2010-0-6	24 meses	20-10-2010	20-10-2012	59.145		Prorrogable 24 m.

En el periodo estudiado se han ampliado un total de 48 expedientes, lo que supone un 20 % del total de los expedientes mencionados y recogidos en el Plan de Compras del Complejo Hospitalario Universitario de Albacete.

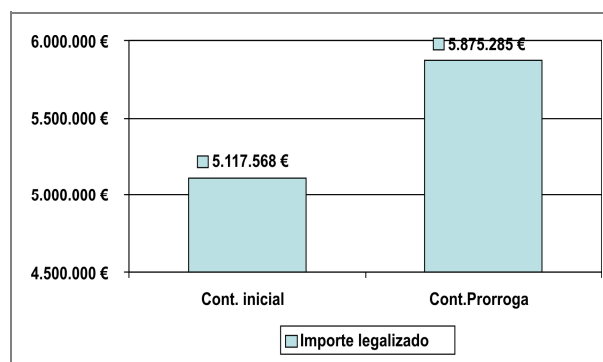


De este total, 22 son modificaciones de prorrogas de expedientes de contratación lo que supone un 46%, y 26 son ampliaciones de los contratos iniciales, esto supone un 54 % sobre el total. En algún caso se ha producido modificaciones, aumentando las cantidades inicialmente previstas, tanto en el expediente inicial como en la prorroga.

El importe económico total adjudicado para estos expedientes, asciende a 9.957.573,18 euros y se ha modificado un total de 1.035.278,00 euros, lo que supone el un 10,39% de incremento sobre el importe inicial previsto. Si bien, hay que destacar que no todos los contratos formalizados en estos expedientes, han sufrido modificaciones, y que las realizadas, lo han sido por el 20 % del total adjudicado. De un total

de 85 contratos formalizados, en los 48 expedientes sólo han sufrido modificación 58 de ellos, lo que supone un 68 % de los mismos.

El importe de los contratos iniciales mas su ampliación suponen 5.117.568 €. Las prorrogas más sus ampliaciones ascienden a 5.875.285 €.



Se han podido formalizar la prorroga de un total de 20 expedientes que incluían la posibilidad de ser prorrogados, como consecuencia de la ampliación de los expedientes iniciales, por un importe de 4.473.130 euros. Permitiendo que todas las compras derivadas de estos expedientes se hayan realizado dentro del marco legal establecido.

Si esto no se hubiera podido realizar, deberíamos haber tramitado nuevos expedientes con las repercusión correspondiente. Hemos de tener en cuenta que, el tiempo de tramitación en el mejor escenario posible de un procedimiento ordinario no urgente oscila entre 60 y 120 días, según se trate de un procedimiento negociado sin publicidad, o de un procedimiento abierto. Durante ese tiempo se debería de ad-

Expedite.	Objeto	Plazo ejecución	Importe adjudicación	Fecha adjudicación	Ampliación	Fecha ampliación	fecha prorroga	Prorrogable	Nº prorroga	Revisión de precio en Pliegos	Renunció cláusula revisión precios
2008-0-1	Detergentes y líquidos para lavado de vajillas	24 meses	58390 €	03-03-2008	11678 €	11-02-2010	26-03-2010	24 meses	2010-6-33	SI	
2008-0-13	Medios de cultivo	24 meses	167.931 €	20/06/2008	2.048 €	11/01/2010	06-2010	24 meses	2010-6-53	SI	
2008-0-15	PROTESIS INTRACORONARIAS-STE	12 meses	1.315.832 €	abr-09	54.368 €	20/04/2010	abr-10	12 meses	2010-6-38		SI (5 pun
2008-0-20	CATETERES BALÓN ANGIOPLASTIA	12 meses	513.895 €	mar-09	40.500 €	09/02/2010	mar-10	12 meses	2010-6-23		SI (2 pun
2008-0-22	SENSORES DESECHABLES DE PROFUNDIDAD ANESTESICA	12 meses	65.527 €	feb-09	11.105 €	dic-09	feb-10	12 meses	2010-6-3		SI (5 pun
2008-0-25	IMPLANTES DE NEUROCIRUGIA	12 meses	187.174 €	feb-09	33.435 €	28/01/2010	feb-10	12 meses	2010-6-14	RENUNCIA	SI (5 pun
2008-0-26	MATERIAL PARA VENTILOTERAPIA	24 meses	85.295 €	mar-09	2.554 €	dic-10	feb-11	24 meses	2011-6-7	RENUNCIA	SI (5 pun
2008-0-37	TUBOS EXTRACCIÓN DE SANGRE P/VACIO	12 meses	96.970 €	dic-08	14.943 €	05/11/2009	dic-09	12 meses	2009-6-54	SI	
2008-0-54	IMPLANTES DE NEUROCIRUGIA II	12 meses	36.166 €	feb-09	7.233 €	oct-09	mar-10	12 meses	2010-6-29	AMPLIADA	SI (5 pun
2008-3-17	PINZAS DE BIOPSIAS DESECHABLES	12 meses	29.800 €	may-08	5.760 €	feb-09	mar-10	12 meses	2009-6-29		
2008-3-25	TUBOS DE RECOGIDA Y TTO.ORINA	12 meses	29.431 €	nov-08	2.291 €	ago-09	nov-09	12 meses	2009-6-56	ampliada	
2008-3-29	MATERIAL DESECHABLE DE COCINA	24 meses	27.952 €	nov-08	2.391 €	sep-10	nov-10	24 meses	2010-6-73	SI	
2008-3-39	PERFLUORURO	24 meses	41.279 €	ene-09	8.256 €	oct-10	ene-11	24 meses	2011-6-3		
2008-3-41	VALVULA VENTRICULO PERITONEAL	12 meses	20.400 €	ene-09	4.080 €	nov-09	ene-10	12 meses	2010-6-5		
2008-3-51	CARGA ENDOGRAPADORA CORTADORA LINEAL	24 meses	48.398 €	ene-09	9.679 €	feb-10			0		
2008-4-13	GUANTE PROTECCION RADIOLOGIC	24 meses	38.165 €	jul-08	7.632 €	nov-09			NUEVO 2010-4-1		
									EX Inicial		
2008-6-4	CUCHILLAS DESECHABLES P/MICROTOMO	12 meses	5.226 €	oct-08					2008-3-61		

quirir el material necesario, mediante la tramitación de contratos menores, pues la actividad sanitaria no va a detenerse aunque se resuelva el expediente de contratación que estuviese vigente, y sin poder garantizar el mantener siempre el mismo precio fijado en el expediente de contratación resuelto.

Además hemos de señalar que es política del CHUA intentar no incrementar el gasto total del centro, por lo que la mayoría de las prorrogas se efectúan al precio inicialmente adjudicado, sin la revisión del 85 % del IPC de los doce meses anteriores a la revisión que recogen los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

Dentro de la política del Centro de no incrementar el gasto, también se revisan los precios que se están aplicando en el Servicio de Salud de Castilla la Mancha y otras Comunidades Autónomas, mejorándose en ocasiones los precios de la prórroga frente a los inicialmente adjudicados.

En el año 2010 las prorrogas realizadas teniendo en cuenta, la renuncia a la revisión de precios ha supuesto un menor importe de 184.207 euros. Este hecho no se habría producido si no hubiéramos podido prorrogar esos contratos.

En el Complejo Hospitalario Universitario de Albacete, es práctica habitual, que entre los criterios objetivos de valoración se incluya la renuncia a la cláusula de revisión de precios, tanto durante la vigencia del contrato como en sus posibles prorrogas.

Renuncia a la cláusula de revisión de precios	Durante el contrato y toda la prórroga (48 meses)	Hasta 5 puntos
	Contrato (24 meses)	3 puntos
	No revisión	0 puntos

Considerando la no revisión de precios, en el análisis de las ofertas, junto con el resto de criterios de valoración fijados en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, para adjudicar el contrato a la oferta económicamente más ventajosa. En la formalización del contrato, se recogerá si procede la renuncia a la revisión de precios durante el plazo correspondiente.

Otro dato que no hemos analizado aquí, por dificultades con el sistema informático, y que podría ser tenido en cuenta, es el de la modificación de aquellos expedientes que en la fase de ejecución han sufrido un decremento de consumos superior al 10 % del importe de adjudicación y que de acuerdo al artículo

208 apartado 5 de la Ley 30/2007, podrían haber generado una indemnización del 3 % y que debería haberse abonado los adjudicatarios, sobre el importe que estos han dejado de percibir.

RESULTADOS:

Con la anterior normativa, podíamos modificar hasta un 20 % en más o en menos, el importe del contrato de suministros, permitiéndonos ajustar la cantidad adjudicada al plazo de ejecución previsto en los pliegos, y en su caso proceder a la formalización de la/s prórroga/s. Hechos que permitían que la adquisición de material se realice dentro de la normativa legal por un periodo de tiempo mayor.

Con la nueva normativa, debemos incluir en los pliegos o en el anuncio de licitación, la estimación de la modificación. Estas modificaciones, son de dudosa cumplimentación, tanto para la administración como para los adjudicatarios.

Del seguimiento del Plan de Compras del Centro, con la anterior normativa el porcentaje total de adquisiciones dentro del marco de un expediente de contratación ascendió en el año 2010 al 72 % del total de Capítulo II de Bienes corrientes y servicios. Desconocemos cual será la cifra para el presente ejercicio presupuestario con la nueva normativa

Un adecuado seguimiento de la planificación de las compras nos permitiría dedicar tiempo y esfuerzo, a aumentar el número de productos que se adquieren con los requisitos fijados en la normativa legal. Sin que tengamos que volver a realizar nuevas convocatorias de aquellos artículos ya incluidos en expedientes de contratación, que por no ajustarse a las estimaciones iniciales, se deberían resolver en su caso, al producirse una alteración de la condición esencial de la licitación.

El nuevo contrato en el mejor de los casos, se formalizará en un plazo de entre dos y cuatro meses.

También deberíamos considerar aquellas prorrogas que podrían realizarse sin revisión de precios, al estar ya fijados en la adjudicación y el contrato, pues una nueva licitación podría implicar un mayor precio.

CONCLUSIONES

Dado que la actividad sanitaria se produce a demanda según las necesidades de la población, es muy difícil poder prever las necesidades exactas de material sanitario.

Esto va a suponer un incremento de las adquisiciones realizadas fuera del marco legal establecido.

Disminución del número de prorrogas que se realizan tanto por previsión de consumo como por el cumplimiento de los plazos de ejecución.

Mayor incertidumbre respecto del precio de los artículos, en un periodo de tiempo determinado, al no poder asegurar el mantenimiento del mismo durante todo el plazo de vigencia de los contratos y sus prorrogas si se ha de confeccionar nuevos expedientes de contratación.

BIBLIOGRAFIA

Ley 30 /2007, de 30 de Octubre de Contratos del Sector Publico (última actualización publicada el 5 de marzo de 2011).

Ley 2/2011, de 4 de Marzo de Economía Sostenible.

Dictamen motivado nº 2008/2014 de la Comisión Europea de 14 de diciembre de 2009, IP 09/1752

Circular 1/2011 de Abogacia General del Estado, de 7 de abril de 2011

Seminario sobre cuestiones actuales del Derecho de la Contratación Pública, Albacete, marzo de 2011-05-30

Baño León, J.M. “ La influencia del derecho comunitario en la interpretación de contratos de las Administraciones Públicas” Revista de Administración Pública nº 151.

Moreno Molina Jose Antonio “La insuficiente incorporación del Derecho Comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del Sector Publico”.Monografias de la Revista Aragonesa de Administracion Publica nº X.

EXPERIENCIA PRÁCTICA: ANÁLISIS DESDE EL PUNTO DE VISTA FORMAL DE UN CONSENTIMIENTO INFORMADO DE ANESTESIA

M^a Ángeles Navarro Perán

*Enfermera; Vicepresidenta del Comité de Ética Asistencial
del Área III de Salud del Servicio Murciano de Salud*

Juan Antonio Fernández Campos

*Profesor Titular Derecho Civil Facultad de Derecho Universidad de Murcia, Vicedecano de la Facultad de
Derecho de la Universidad de Murcia, Miembro del Comité de Ética Regional "Gómez Rubí" de Murcia*

ABSTRAC:

Introducción:

El ámbito asistencial sanitario se encuentra presidido por un nuevo modelo de relación clínica, totalmente alejado del planteamiento paternalista tradicional. En el momento actual el paciente se sitúa como centro de la relación, al ser considerado como sujeto capaz de tomar decisiones sobre su propia vida y salud.

El Consentimiento Informado se ha convertido en un elemento nuclear en la relación que se establece entre los profesionales sanitarios y los pacientes. Convirtiéndose en un documento de apoyo para todos los profesionales sanitarios que llevan a cabo su labor profesional tanto en centros públicos, como en centros privados.

Objetivos:

Describir el origen y desarrollo del Consentimiento Informado dentro de la actividad sanitaria dentro de nuestro país.

Análisis en profundidad, del consentimiento informado en la especialidad de anestesia en el Hospital Rafael Méndez de Lorca.

Metodología:

Estudio descriptivo, transversal, retrospectivo, dividido en primer lugar en un comentario de búsqueda de evidencia científica sobre el origen y desarrollo del Consentimiento Informado, y una segunda parte donde se expondrán los resultados del trabajo de campo resultante del análisis de las características del modelo de Consentimiento Informado que utilizamos en el Centro Hospitalario Rafael Méndez de Lorca.

Los ítems son los siguientes:

1. Datos del centro hospitalario:
2. Datos del paciente:
3. Datos del facultativo:
4. Procedimiento.

Resultados-Conclusiones:

En general los apartados de datos referentes al paciente y el procedimiento en prácticamente un 100% cumple con una correcta cumplimentación, pero es en el apartado de datos a cumplimentar por el facultativo, los que dejan al descubierto una llamativa falta de responsabilidad en la correcta cumplimentación de los apartados analizados como son: el nombre y apellidos del facultativo con un 74%, la no cumplimentación del número de colegiado con un 80,4%, y la no firma en un 30,6%, algo básico en la tarea de anestesista antes de la realización de un procedimiento programado al menos con dos semanas de antelación, en donde es facilitado al paciente, que nos hace pensar al resto de profesionales sanitarios que depende de nosotros mismos ciertas tareas básicas recomendadas por la ley, y que las cargas de trabajo o la desinformación no pueden ser causa de una mala praxis. En todos está la responsabilidad de una atención sanitaria correcta y de calidad.

Palabras clave: Anestesia, Consentimiento informado

1. INTRODUCCIÓN.

El ámbito asistencial sanitario se encuentra presidido por un nuevo modelo de relación clínica, totalmente alejado del planteamiento paternalista tradicional. En el momento actual el paciente se sitúa como centro de la relación, al ser considerado como sujeto capaz de tomar decisiones sobre su propia vida y salud.

El Consentimiento Informado se ha convertido en un elemento nuclear en la relación que se establece entre los profesionales sanitarios y los pacientes. Convirtiéndose en un documento de apoyo para todos los profesionales sanitarios que llevan a cabo su labor profesional tanto en centros públicos, como en centros privados.

La palabra consentimiento, según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, significa acción y efecto de consentir. Se entiende por consentimiento el permitir una cosa, conceder que se haga o la existencia de conformidad de voluntad entre las partes.

La definición más sencilla desde el punto de vista jurídico es la de Cerdá de 1976, “que entiende por consentimiento el acuerdo entre dos voluntades”.

Siguiendo a Moya 1994, “el consentimiento de una persona o el comportamiento de otra, se manifiestan a través de actos que pueden tener consecuen-

cias jurídicas, constituye un acto jurídico y, por lo tanto, ha de reunir los requisitos objetivos, subjetivos y formales para producir los efectos de dichos actos”. El Manual de Ética del Colegio de Médicos Americano definió el Consentimiento Informado como: “La explicación a un paciente atento y mentalmente capaz de la naturaleza de su enfermedad, así como el balance entre los efectos de la misma y el riesgo de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos recomendados para, a continuación, solicitarle su aprobación para ser sometido a esos procedimientos”.

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, señala en su artículo 5: “Una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento”.

Remontándonos al siglo XVIII, la filosofía y la teoría política habían evolucionado lo suficiente como para defender la autonomía moral. Hay que destacar las decisiones judiciales de los tribunales de los Estados Unidos de América, como causa de la incorporación del Consentimiento Informado a la práctica médica. Simón y Couceiro (1995), consideran que son cuatro los factores que han influido de forma decisiva para convertir el Consentimiento Informado en un requisito imprescindible: el desarrollo de esta teoría en los Estados Unidos, el movimiento de reivindicación de los Derechos Civiles, el Código de Nüremberg de 1947 y por último el desarrollo de una nueva disciplina que conocemos como Bioética.

Sin olvidarnos de la opinión del bioeticista de referencia a nivel nacional, Diego Gracia (1989) “la jurisprudencia americana del siglo pasado vio la capacidad de decisión de la terapéutica, como parte de una buena asistencia médica, más que un derecho legal autónomo e independiente”

La estructura del documento de consentimiento informado la podemos describir en:

- Estructura formal.

El texto debe aparecer sólo en una cara de la hoja, con una tipología de grafos que sean fácilmente legibles.

- Estructura interna.

Debe contener apartados mínimos como: los datos de filiación del paciente y administrativos, el procedimiento para el que se requiere el consentimiento,

servicio que solicita el consentimiento, profesional que lo solicita, en qué consiste el procedimiento que se va a realizar, cómo se realiza habitualmente ese procedimiento, riesgos que presenta el procedimiento a realizar, posibles complicaciones más frecuentes, posibles resultados no previstos o no deseados, riesgos personalizados, es decir, los debidos a las características particulares del paciente en cuestión, declaración de haber sido correctamente informado y su autorización, firmas y autorización del representante legal en caso de incapacidad.

CARACTERÍSTICAS que debe cumplir el documento:

1. Debe ser individualizado a los procedimientos diagnósticos y terapéuticos.

2. Lenguaje claro y que no asuste, descripción breve y clara del procedimiento, evitar los riesgos y alternativas no probadas o de rendimiento no satisfactorio a juicio del facultativo, ordenar el riesgo de menos a más con alguna calificación respecto a su frecuencia o excepcionalidad, evitar en general los porcentajes, autorización a cambiar el procedimiento aconsejado según el mejor criterio del facultativo en caso de imprevistos, dejar constancia de la posibilidad de ampliación oral en la información y de la posibilidad de revocación en la autorización, añadir apartado de observaciones con espacio suficiente para especificar lo que se estime oportuno, después de la conversación con el paciente.

Con 3 partes primordialmente: Preámbulo, Cuerpo, Epílogo.

OBJETO:

Viene dado por el tratamiento médico-quirúrgico, ajustado a la *lex artis ad hoc* y con los riesgos que le son inherentes, pero no comprende el resultado que es aleatorio.

La intervención abarca a los supuestos de intervenciones quirúrgicas, si bien puede parecer discutible afirmar que engloba también a los supuestos de tratamiento.

- La información como elemento indispensable del consentimiento informado.

La ley básica 41/2002 es muy clara a este respecto cuando dice que “el titular del derecho a la información es el paciente, admitiendo la posibilidad de que sean también informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita”

El deber legal del médico es obtener el Consentimiento Informado por parte del paciente; la obligación legal de las Profesionales de Enfermería se limita, por lo general a testificar que el paciente ha firmado el documento y que está de acuerdo con lo que éste manifiesta.

La no utilización de éste puede dar lugar a que se considere la conducta como constitutiva de un delito de coacciones art. 172 del Código Penal.

- En nuestra legislación la figura del Consentimiento Informado queda reflejado en:

- ✓ La Constitución Española en su artículo 15 y 16.1.
- ✓ Ley General de Sanidad art. 10 y 11 de 25 de abril de 1986.
- ✓ La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre Extracción y Trasplante de órganos.
- ✓ Ley 35/1988, de 25 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida
- ✓ Ley 42/1988, de 28 de diciembre, sobre donación y utilización de embriones y fetos humanos.

Ley 25/1990 del Medicamento.

- ✓ R.D. 1854/1993, de 22 octubre, donde se recogen los requisitos técnicos y las condiciones mínimas de la hemodonación y bancos de sangre.
- ✓ R.D. 412/1996 de 1 de marzo, donde se establecen los protocolos obligatorios de estudio de los donantes y usuarios relacionados con las técnicas de reproducción humana asistida y se regula la creación y organización del Registro Nacional de Donantes de Gametos y Preembriones con fines de reproducción humana.

Convenio de Oviedo 1997.

- ✓ R.D. 120/2003, de 31 de enero, por el que se regulan los requisitos para la realización de experiencias controladas, con fines reproductivos, de fecundación de ovocitos o tejido ovárico previamente congelados, relacionadas con las técnicas de reproducción humana asistida.
- ✓ Ley Catalana 21/2000, de 29 de diciembre, sobre Derechos de información relativos a la Salud, la Autonomía del Paciente y la Documentación Clínica, que fue la primera a nivel autonómico.

- ✓ Ley Gallega, 3/2001, de 28 mayo reguladora del Consentimiento Información y de la Historia Clínica de los Pacientes.
- ✓ Ley 10/2001, de 28 de junio Salud Extremadura.
- ✓ Ley 12/2001 de 26 diciembre, de Ordenación Sanitaria d la Comunidad Madrid.
- ✓ La ley básica 41/2002.
- ✓ La ley 6/2002, 15 de abril, de salud de Aragón.
- ✓ La ley 2/2002, 17 de abril, de salud de Rioja.
- ✓ Ley 7/2002, de 10 diciembre de Ordenación Sanitaria de Cantabria.
- ✓ Ley Foral Navarra 11/2002, de 6 mayo sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.
- ✓ Ley Valenciana de 16 de enero de 2003 de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana.
- ✓ Ley 5 /2003 de 4 abril, salud Islas Baleares.
- ✓ Ley 8/2003, de 8 de abril sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud en Castilla y León.
- ✓ Ley 3/ 2009 de 11 de Mayo de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia.
- ✓ Código Deontológico del Colegio de Médicos de España, en su capítulo III sobre las relaciones del médico con sus pacientes. Y en el Código Deontológico de la Enfermería Española, en el capítulo II.

2. OBJETIVOS.

Como objetivos en este estudio planteo:

Describir el origen y desarrollo del Consentimiento Informado dentro de la actividad sanitaria dentro de nuestro país.

Análisis en profundidad del consentimiento informado en la especialidad de anestesia en el Hospital Rafael Méndez de Lorca.

3. MÉTODO.

Estudio descriptivo, transversal, retrospectivo, dividido en primer lugar y dentro de la introducción

los resultados y comentario de la búsqueda de evidencia científica sobre el origen y desarrollo del Consentimiento Informado en nuestro país, sin olvidar cuál es el punto en el que hoy nos hallamos.

Y una segunda parte donde se expondrán los resultados del trabajo de campo resultante del análisis de las características del modelo de Consentimiento Informado que utilizamos en el Centro Hospitalario Rafael Méndez con la categoría de Hospital Universitario. En el mismo analizo los siguientes ítems:

Datos del centro hospitalario:

- Nombre del centro hospitalario.
- Servicio o especialidad médica.

Datos del paciente:

- Nombre y apellidos.
- D.N.I. / nº SS ó nº HC.
- Firma.

Datos del facultativo:

- Nombre y apellidos
- Nº Colegiado.
- Firma.

Procedimiento.

- Fecha.
- Nombre.
- Finalidad.
- Alternativas.
- Consecuencias.
- R. Personalizados.
- R. Típicos.
- Contraindicaciones.
- Revocación.

La muestra a estudiar será la comprendida en el periodo de tiempo de Septiembre a Noviembre de 2009, mediante una extracción de datos de los archivos quirúrgicos del centro, de un total de 450 consentimientos de anestesia, muestra de 150 cuestionarios de cada mes, de un total de 5551 pacientes intervenidos en el año 2009, de las especialidades quirúrgicas de: cirugía general, traumatología, ginecología, urología, otorrinolaringología y oftalmología y sometidos a un técnica anestésica loco-general en la misma.

4. RESULTADOS.

Destaco los resultados de los siguientes ítems:

Tabla 1:
VARIABLE FIRMA DEL PACIENTE.

La tabla de frecuencias nos muestra, que en un 93,3% el dato firma del paciente se encuentra presente en el documento de consentimiento informado

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	NO	30	6,7	6,7	6,7
	SI	420	93,3	93,3	100,0
	Total	450	100,0	100,0	

Gráfico de barras 5: en el cual se muestra de manera gráfica el porcentaje del indicador firma del paciente.

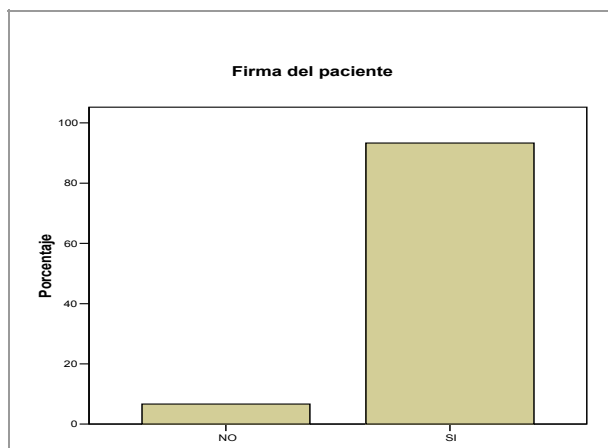


Tabla 2:
VARIABLE NOMBRE Y APELLIDOS DEL FACULTATIVO.

La tabla de frecuencias nos muestra, que en un 19,6% el dato del nombre y apellidos del facultativo en un 80,4% no se encuentra presente en el documento de Consentimiento Informado.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	NO	362	80,4	80,4	80,4
	SI	88	19,6	19,6	100,0
	Total	450	100,0	100,0	

Gráfico de barras 6: en el cual se muestra de manera gráfica el porcentaje del indicador del nombre y apellidos del facultativo.

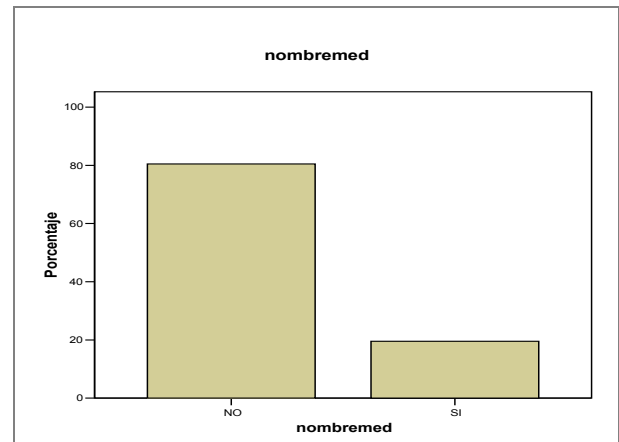


Tabla 3:
VARIABLE NÚMERO DE COLEGIADO DEL FACULTATIVO.

La tabla de frecuencias nos muestra, que en un 19,6 % el dato del número de colegiado del facultativo se encuentra, y en un 80,4% no se encuentra presente en el documento de consentimiento informado

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	NO	362	80,4	80,4	80,4
	SI	88	19,6	19,6	100,0
	Total	450	100,0	100,0	

Gráfico de barras 7: en el cual se muestra de manera gráfica el porcentaje del indicador del número de colegiado del facultativo.

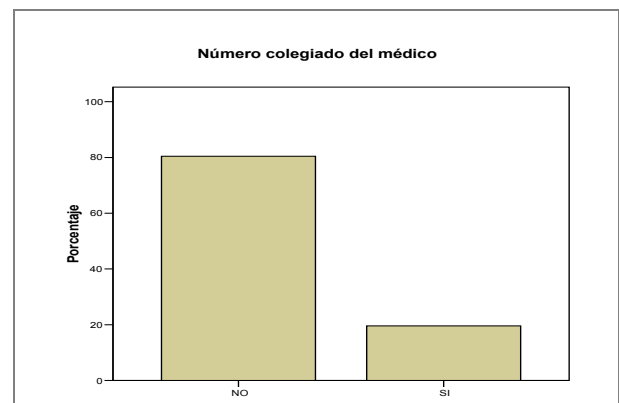


Tabla 4:
FIRMA DEL FACULTATIVO.

La tabla de frecuencias nos muestra, que en un 60,4 % el dato firma del facultativo se encuentra, y en un 39,6% no se encuentra presente se encuentra presente en el documento de consentimiento informado

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	NO	178	39,6	39,6	39,6
	SI	272	60,4	60,4	100,0
	Total	450	100,0	100,0	

Gráfico de barras 8: en el cual se muestra de manera gráfica el porcentaje del indicador de firma del facultativo.

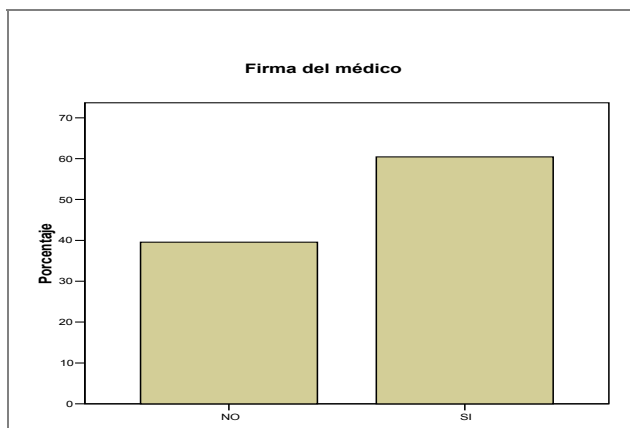
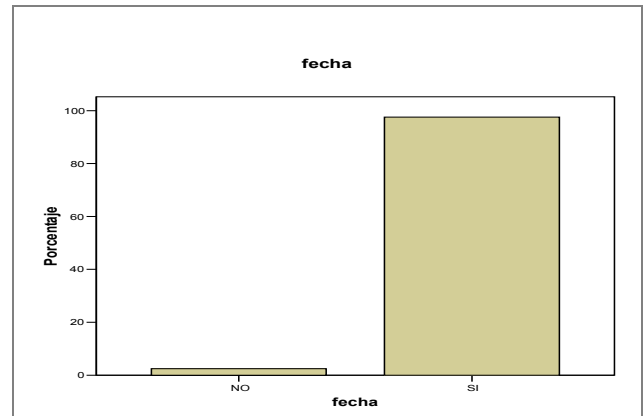


Tabla 5:
VARIABLE FECHA DE LA INTERVENCIÓN.

La tabla de frecuencias nos muestra, que en un 97,6% el dato fecha de la intervención se encuentra presente en el documento de consentimiento informado.

		Frecuencia	Porcentaje	Porcentaje válido	Porcentaje acumulado
Válidos	NO	11	2,4	2,4	2,4
	SI	439	97,6	97,6	100,0
	Total	450	100,0	100,0	

Gráfico de barras 9: en el cual se muestra de manera gráfica el porcentaje del indicador de fecha de la intervención.



5. CONCLUSIÓN.

Dentro de este apartado me gustaría en primer lugar resaltar unos breves comentarios sobre los resultados del análisis estadístico. Destaco que en general los apartados de datos referentes al paciente y el procedimiento en prácticamente un 100% cumple con una correcta cumplimentación, pero es en el apartado de datos a cumplimentar por el facultativo, los que dejan al descubierto una llamativa falta de responsabilidad en la correcta cumplimentación de los apartados analizados como son: el nombre y apellidos del facultativo con un 80,4%, la no cumplimentación del número de colegiado con un 80,4%, y la no firma en un 30,6%, algo básico en la tarea de anestesista antes de la realización de un procedimiento programada al menos con dos semanas de antelación, en donde es facilitado al paciente, esto nos hace pensar al resto de profesionales sanitarios que dependen de nosotros mismas ciertas tareas básicas recomendadas por la ley, y que las cargas de trabajo o la desinformación no pueden ser causa de una mala praxis. En todos está la responsabilidad de una atención sanitaria correcta y de calidad. Este documento no debe significar un escudo defensivo en nuestra profesión, debe ir respaldado por una correcta información del mismo.

Como conclusión final a este trabajo me gustaría relatar un caso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el cual se resalta la importancia de la correcta información del proceso anestesia y cumplimentación del Consentimiento Informado, tema en el que baso mi trabajo de campo: “Sentencia del 13 de abril de 1999”, donde se establece la responsabilidad aceptando el motivo del recurso que habla de “una

clara falta de información respecto a cuál iba a ser la técnica anestésica a emplear, pues no podemos olvidar que una de las obligaciones exigibles al profesional de la medicina y que forma parte de la “lex artis ad hoc”, es la de informar al paciente o en su caso, a los familiares del mismo, pues la falta de información previa a la familia, es tenida en cuenta hasta por la propia sala que manifiesta su crítica, aunque excluye la relación con la causalidad del fallecimiento, rechazando que era una intervención “no de extrema gravedad ni riesgo, de escasa duración y con un paciente con constantes físicas normales”, justificaciones que deben decaer de la importancia que le dé el facultativo, y siendo, como es, un riesgo importante en las anestésias totales, la información debe ser requisito imprescindible.

6. BIBLIOGRAFÍA.

1. Atela Bilbao, Alfonso; et al; *Autonomía del paciente, información e historia clínica (estudios sobre la Ley 41/2002 de 14 de noviembre*, Coordinadores: Pedro González Salinas y Emilio Lizarraga Bonelli, Civitas, Madrid, 2004.
2. AA.VV; Cuadernos de la Fundación Víctor Grifols i Lucas; “*Problemas prácticos del Consentimiento Informado*”. Girona: Fundación Víctor Grifols i Lucas; Pág. 206; 1996.
3. Calfee, Bárbara E.; “Cuestiones sobre el consentimiento informado”; *Revista Nursing* 2; Vol. 10; Pág. 11-13; Febrero, 1992.
4. Cantero Martínez, Josefa, *La autonomía del paciente: del Consentimiento Informado al Testamento Vital*, Ediciones Bomarzo; Albacete, 2005.
5. Casas, Bartolomé, *La intervención jurídica de la actividad médica: el Consentimiento Informado*, Dykinson; Madrid: Universidad Carlos III, 1997.
6. Cumplido, Manuel José; Tesis Doctoral “*Consentimiento Informado: aspectos jurídicos y legales vinculados a la formación académica del médico en la Universidad Nacional de Córdoba, República Argentina*”; dirección Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz y Aurelio Luna Maldonado: Universidad de Murcia, Facultad de Medicina, Departamento de Ciencias Socio sanitarias, Murcia 2003.
7. De Lorenzo y Montero, Ricardo; *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía de los pacientes y de los Derechos de Información y Documentación Clínica*, Colex, Madrid, 2003.
8. Del Río, M^a Ángeles; “Reflexiones sobre el Consentimiento Informado; propuesta para el análisis de los documentos de Consentimiento Informado”; *Revista de Calidad Asistencial*; Vol. 21; Pág. 213-219; Julio-Agosto, 2006.
9. Fraga Mandián, Antonio; Lamas Meilán, Manuel María, “El Consentimiento Informado: (el consentimiento del paciente en la actividad médico-quirúrgica)”, *Revista Jurídica Galega*; Pontevedra 1999.
10. Galán Cortés, Julio César, *Responsabilidad Médica y Consentimiento Informado*, prólogo de Ricardo de Ángel Yagüez; Civitas; Madrid 2001.
11. Gasajus, G.; Mañas Segura, A.; Guardia Milán, N.; “Legibilidad formal de los formularios de Consentimiento Informado”; *Revista de Enfermería Clínica* 1; Vol. 15; Pág. 3-7; Enero-Febrero 2005.
12. Guardiola, Elena, “Consentimiento informado en el ensayo clínico”; *Rev. Medicina y Humanidades* 1599; Pág. 43-49; Marzo 2006.
13. Guerrero Zaplana, José; *El Consentimiento Informado: su valoración en la Jurisprudencia: Ley Básica 41/2002 y Leyes Autonómicas*: (formularios, legislación y jurisprudencia), Lex Nova; Valladolid, 2004.
14. Guía del Consentimiento Informado del Hospital Reina Sofía de Murcia. Editado en 2008 y revisado en 2010.
15. Herrero A.; (et al.) “Valoración del Consentimiento Informado por médicos y pacientes”; *Revista de Calidad Asistencial*: Órgano de la Sociedad Española de Calidad Asistencial 8; Vol. 16; Pág. 706-713; Noviembre, 2001.
16. Herrero, A.; (et al.); “Documentos de Consentimiento Informado en Atención Primaria”; *Revista de Calidad Asistencial*; Vol. 17; Pág. 325- 330; Agosto 2002.
17. Herrero A.; (et al.) “Los médicos y los pacientes valoran de forma distinta el Consentimiento Informado”; *Rev. Gestión Clínica y Sanitaria* 4; Vol. 4; Pág. 138; invierno 2002.
18. López Pérez, Jesús; Rodríguez Borbolla, Francisco José; “Bases para la elaboración de un Consentimiento Informado”; *Revista Metas de Enfermería* 4; Vol. 10; Pág. 63-67; Mayo, 2007.
19. Lorenzo Zapata, M^a Dolores; Tesis Doctoral “*Análisis de la calidad del proceso de Consentimiento Informado en pacientes de una edad igual o superior a 65 años*”, Dirección Eduardo Osuna Carrillo de Albornoz y M^a Dolores Pérez Cárceles; Universidad de Murcia, Departamento de Ciencias Socio sanitarias, Murcia 2004.
20. Luna Maldonado, A.; *El derecho en las Fronteras de la Medicina*. Universidad de Córdoba, Facultad de Medicina, Cátedra de Medicina Legal. Tipográfica Católica-P. La Torre-cilla, Córdoba 1985.
21. Macías Castillo, Agustín. “Consentimiento Informado en los Actos Médicos”; *Revista de Actualidad civil*; Vol. 18 Pág. 2041-2042; Octubre. 2008.
22. Memoria del Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial; Mayo 2005 “Dr. D. Juan Gómez Rubí” Murcia. 2007.
23. Montenegro Suris, Alexander; Monreal Agüero, Magdalena Elaine. “Una obligación olvidada por los Comités de Ética Asistencial: revisar el Consentimiento Informado”, *Cuadernos de Bioética* 50; Vol. XIV; Pág. 63-78; Enero-Abril, 2003.
24. Navarro Royo, C. “Legibilidad de los documentos de Consentimiento Informado en el Hospital de la Paz”; *Rev. de Calidad Asistencial*; Vol. 17; Pág. 331-336; Agosto-Septiembre, 2002.

25. Northrop, Cyntia E. “Los pormenores del consentimiento informado”; *Rev. Nursing* 9; Vol. V; Pág. 36-38 Noviembre 1985.

26. Oltra Rodríguez, Enrique, Riestro Rodríguez, Rosario. “La democratización de las relaciones enfermero ciudadano: el consentimiento informado”; *Rev. Metas de Enfermería* 6; Vol. 8; Pág. 67-71; Julio-Agosto, 2005.

27. Paasle-Orlo, M., Taylor, M. A., Bracati, F. L. “Los criterios de legibilidad de los modelos de consentimiento informado establecidos por los comités de ética, no se cumplen en sus propios textos”; *Rev. Gestión Clínica Sanitaria* 3 Vol. 5; Pág. 93; otoño 2003.

28. Pacheco Guevara, R.; “Medicina legal, ética clínica y gestión sanitaria: la confidencialidad como nexo”; *Revista de Actualidad del Derecho Sanitario*. Instituto de Fomento. Madrid, Octubre 2003.

29. Palomares Bayo, Magdalena; [et al.]; *El Consentimiento Informado en la práctica médica y el testamento vital: análisis de la legislación europea, nacional y autonómica; estudio de su evolución jurisprudencial*; coordinadores, Magdalena Palomares Bayo, Javier López y García de la Serrana; Comares; Granada, 2002.

30. Pelayo González-Torre, Ángel; *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica: el tratamiento jurisprudencial del Consentimiento Informado*; Comares; Granada 2009.

31. Resúmenes de Comunicaciones: I Congreso Nacional Asociación de Bioética Fundamental y Clínica, Madrid, 21 y 22 de Junio de 1996.

32. Ribot Igualada, Joedi; “La responsabilidad civil por falta de Consentimiento Informado”; *Revista de Derecho Privado*; Pág. 26-29; Noviembre-Diciembre 2007.

33. Roldán Garrido, Bernabé; Perea Pérez, Bernardo *El Consentimiento Informado en la Práctica Médica*; Smithkline Beecham; Madrid, 2002.

34. Rubiera, Gerardo; (et al) “La legibilidad de los documentos de Consentimiento Informado en los Hospitales de Asturias”. *Gaceta Sanitaria* 2; Vol. 18; Pág. 153-158; Marzo-Abril, 2004.

35. Sánchez-Caro, Javier; Abellán, Fernando; *Derecho y Deberes de los pacientes: (ley 41/2002, de 14 de noviembre: Consentimiento Informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas)*; Comares; Granada, 2003.

36. Sánchez Caro, Javier; Abellán, Fernando; *Enfermería y paciente, cuestiones prácticas de Bioética y Derecho Sanitario*; Comares; Granada, 2007.

ANALISIS DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS Y JURISDICCIONALES EN EL PROCESO DE IMPLANTACION DEL MODELO DE DESARROLLO PROFESIONAL EN OSAKIDETZA – SERVICIO VASCO DE SALUD

M^a Angeles Rodríguez González, Juana Fernández Refoyo y Mercedes Pinedo Rojo
Dirección RRHH

Beatriz Guelbenzu Echeverría y Susana López Altuna
Dirección Asesoría Jurídica

RESUMEN:

Implantación del modelo de desarrollo profesional; recursos administrativos y jurisdiccionales.

PROCESO DE IMPLANTACION DEL MODELO DE DESARROLLO PROFESIONAL

Antecedentes y elaboración del modelo

La implantación de un Sistema de Desarrollo Profesional, que venía siendo una **demand**a de los profesionales de la sanidad, fue una **necesidad reconocida por Osakidetza** en su Plan estratégico 2003-2007 que establece como Objetivo “Diseñar un sistema de reconocimiento basado en la aportación de valor, el desarrollo profesional, la consecución de objetivos, y el desarrollo de los valores de la organización”.

Al margen de los proyectos preliminares que se iniciaron entonces, su puesta en marcha se **desenca-**

dena con la aprobación de la **Ley de Profesiones sanitarias** y el **Estatuto Marco** aprobadas a finales de 2003.

La **Ley 44/2003**, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias establece algunos **aspectos básicos** del sistema como son; el establecimiento de **4 grados** de desarrollo, los **requisitos de años de servicios** para el acceso a los grados, los **ámbitos de evaluación**, considerando no sólo aspectos curriculares, sino también de desempeño y calidad, la constitución de **Comités de Evaluación** con profesionales o la necesidad de **homologación** de estos grados en el S.N.S. instando al inicio de los procedimientos para su implantación en los colectivos de **Licenciados y Diplomados Sanitarios** en el plazo de **cuatro años** a partir de su entrada en vigor.

Por su parte, la **Ley 55/2003**, de 16 de diciembre, del Estatuto marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, establece el **Complemento de**

carrera, destinado a retribuir el grado alcanzado en la carrera profesional cuando tal sistema de desarrollo profesional se haya implantado en la correspondiente categoría.

En este contexto, Osakidetza inicia en 2005 la **aprobación de normativa** para regular el Desarrollo Profesional:

- **Decreto 395/2005**, de 22 de noviembre, por el que se regula el Desarrollo Profesional de los Licenciados Sanitarios.

- **Decreto 35/2007**, de 27 de febrero, por el que se regula el Desarrollo Profesional de los Diplomados Sanitarios.

- **Decreto 248/2007**, de 26 de diciembre, por el que se regula el Desarrollo Profesional de profesionales no sanitarios y sanitarios de Formación Profesional.

- **Decreto 106/2008**, de 3 de junio, por el que se aprueba el **acuerdo alcanzado en la Mesa Sectorial de Sanidad** que introduce una serie de modificaciones a la fase de implantación del Desarrollo Profesional.

El **Desarrollo del Modelo** se aborda a través de **grupos de trabajo de profesionales** que abordan el diseño en detalle del sistema; procedimiento de evaluación, herramientas de evaluación y baremos de méritos, etc.

Objetivos del desarrollo profesional

- **Implicar a los profesionales** y conseguir un alto grado de convergencia entre los objetivos de Osakidetza-SVS y las expectativas de las personas, de forma que su crecimiento profesional contribuya a mejorar el servicio prestado.

- Promover una **actitud** individual permanente hacia el **crecimiento profesional**.

- **Reconocer la aportación diferencial** de cada profesional en ámbitos como:

- La mejora de la atención al usuario.
- La mejora de sus propias competencias y dominio profesional.
- La mejora en eficacia, eficiencia y calidad de servicio.
- Las aportaciones a la Organización en términos de docencia, transmisión del conocimiento e Investigación-Innovación-Mejora

- **Remunerar** dicha aportación diferenciada en función de su desarrollo.

Características y estructura del modelo

- El modelo establece **cuatro niveles de Desarrollo Profesional** que corresponden a perfiles diferenciados y progresivos de desarrollo así como a contenidos y exigencias distintas.

- El acceso al sistema es **voluntario**, siendo **requisito** indispensable disponer de un **número de años de servicios prestados** y **superar la puntuación** exigida en **cada uno de los ámbitos de evaluación**.

- Participan en la evaluación, el **Profesional** mediante la aportación de méritos, el **Mando** y **Comités** de evaluación en cada Organización.

- Los niveles de desarrollo profesional son **consolidables e irreversibles**.

- Se establecen **condiciones especiales** para la asignación del Nivel en la **Fase de implantación**.

Ámbitos y proceso de evaluación

El modelo, con distintas adaptaciones dependiendo del grupo profesional, se basa en la **evaluación individualizada** de los siguientes factores agrupados en **tres bloques de evaluación**:

BLOQUE A

- Actividad y Desempeño
- Dominio Profesional

BLOQUE B

- Formación Continuada
- Actividad docente y difusión del conocimiento
- Actividad Investigadora y de Innovación

BLOQUE C

- Implicación y Compromiso con la Organización.

Cada bloque de evaluación se desarrolla para cada colectivo, adaptándose a sus especificidades y a la actividad que realiza y se despliega en factores e ítems específicos de evaluación. Se han generado de esta forma **5 modelos de evaluación**;

- Licenciados sanitarios
- Diplomados Sanitarios
- Licenciados y Diplomados no sanitarios

- Técnicos Superiores y Técnicos
- Celadores y operarios

La **asignación del Nivel de Desarrollo Profesional** implica reunir los requisitos de acceso y servicios prestados además de **superar la puntuación exigida para el mismo en cada uno de los tres bloques de evaluación.**

Nivel	Años de S.P.	REQUISITOS DE PUNTUACION			
		Bloque A		Bloque B	
		Licenciados Diplomados	Otros Grupos	Licenciados Diplomados	Otros Grupos
I	5	70	50	20	10
II	11	100	55	35	15
III	18	123	60	46	20
IV	25	145	65	57	25

Nivel	Años de S.P.	REQUISITOS DE PUNTUACION			
		Bloque C		TOTAL	
		Licenciados Diplomados	Otros Grupos	Licenciados Diplomados	Otros Grupos
I	5	15	15	105	75
II	11	25	25	160	95
III	18	30	30	199	110
IV	25	35	35	237	125

Las **herramientas de evaluación** son dos:

- El Baremo de Méritos de Currículum Vitae para evaluar el Bloque B
- Las escalas de evaluación específicas para cada colectivo e ítem contenidas en los **Manuales Guía para la Evaluación** utilizadas por los mandos para evaluar los Bloques A y C.

Las escalas suponen una herramienta de objetivación de la evaluación basada en la descripción de evidencias, conductas y actuaciones observables en el ítem a evaluar, reflejando cuatro grados de aportación incremental en el mismo además de una respuesta negativa, siendo la labor del mando identificar que grado describe mejor la respuesta del profesional y traducándose éste a una puntuación.

El **Proceso de evaluación** se desarrolla con la participación de los siguientes **agentes**:

PROFESIONAL	Efectúa su solicitud, aportando información para la evaluación de resultados de su actividad y dominio técnico (Ficha de aportaciones a la evaluación) y registra sus meritos de C.V.
MANDO EVALUADOR	Evalúa desempeño, dominio profesional e implicación y compromiso.
COMITÉ DE EVALUACION (ORGANIZACIÓN)	Analiza la coherencia de resultados en la organización. Aprueba la asignación provisional de niveles.
COMITÉ CORPORATIVO	Analiza la coherencia de resultados entre organizaciones.
DIRECCION GENERAL	Aprueba la asignación definitiva de niveles.

El proceso se gestiona a través de **dos aplicaciones informáticas** integradas y accesibles a través de intranet e internet:

- Aplicación CV: donde los profesionales pueden permanentemente registrar sus meritos de CV para ser utilizados en cualquier proceso de RRHH que requiera baremación de méritos.

- Aplicación de DP para la gestión de las fases del proceso; solicitud, evaluación del mando, baremación del CV y explotación de los resultados, tanto a nivel organización como corporativo. En esta aplicación el profesional puede ver los resultados globales de la evaluación, una vez finalizado el proceso.

Fase de implantación

A lo largo de 2010, se ha **culminado la fase de Implantación** del Desarrollo Profesional, una vez que todos los Niveles Profesionales (I-IV) se encuentran asignados en el conjunto de los colectivos y grupos profesionales de Osakidetza. Dicha fase de implantación, iniciada en 2006, ha supuesto la realización de siete convocatorias de Desarrollo Profesional.

Las características de esta fase transitoria aplicadas en las convocatorias de **2005 a 2007** son las establecidas en los tres **Decretos de regulación del Desarrollo Profesional**:

- Acceso al personal fijo de Osakidetza
- Valoración de todo el currículum profesional en el Bloque B.
- Asignación de los niveles I y II en base a la puntuación mínima global, no siendo exigida una puntuación mínima por bloques y pudiendo asignarse una puntuación adicional en función de la antigüedad (hasta 35 puntos).

A partir de **2008** se aplican las modificaciones del **Decreto 106/2008**, por el que se aprueba el **acuerdo alcanzado en la Mesa Sectorial de Sanidad**

- Acceso al personal fijo de otras administraciones y al personal no fijo
- Reunidos cinco años de servicios prestados en la categoría desde la que se solicita el Nivel, consideración de los servicios en otras categorías.

▪

Establecimiento de una puntuación adicional a la obtenida tras la evaluación para la consecución de los Niveles I, II y III.

- Mejora de los importes del complemento de Desarrollo Profesional para los grupos Diplomados Sanitarios, Personal No Sanitario y Sanitario de Formación Profesional.

CONVOCATORIAS	2006	2007	2008	2009	2010
1ª Convocatoria de Licenciados Sanitarios : Niveles I y II para profesionales 16 o mas años de Serv.Prestados					
2ª Convocatoria de Licenciados Sanitarios : Niveles I y II para profesionales con menos de 16 años de Serv.Prestados					
3ª Convocatoria de Licenciados Sanitarios : Niveles I, II, III y IV					
1ª Convocatoria de Diplomados Sanitarios : Niveles I y II para profesionales 16 o mas años de Ser.Prestados					
2ª Convocatoria de Diplomados Sanitarios : Niveles I y II para profesionales con menos de 16 años de Ser.Prestados					
3ª Convocatoria de Diplomados Sanitarios : Niveles I, II, III y IV					
Convocatoria única de Profesionales No sanitarios y Sanitarios de F.P. Niveles I, II, III y IV					

Resultados; Niveles asignados por Grupos Profesionales en Fase Implantación

Grupo Profesional	Evaluated	NIVEL I	NIVEL II	NIVEL III	NIVEL IV
A1.Facultativos Médicos y Técnicos	5.342	19%	25%	44%	12%
A2. Licenciados Universitarios	241	19%	35%	35%	11%
B1. Diplomados Sanitarios	8.296	19%	17%	40%	24%
B2. Diplomados Universitarios	196	9%	15%	56%	20%
C1. Técnico Superior Sanitario	773	30%	26%	33%	11%
C2. Técnico Superior Administrativo	367	6%	11%	66%	16%
C3. Técnico Superior Profesional	149	27%	15%	52%	5%
D1. Técnico Sanitario	4.588	20%	14%	41%	26%
D2. Técnico Administrativo	2.216	21%	23%	46%	11%
D3. Técnico Profesional	375	13%	11%	71%	5%
E1. Celadores y Operarios	2.481	23%	17%	58%	3%
Total	25.024	4881	4721	11011	4411

Recursos de Alzada a las Resoluciones de asignación provisional de Niveles

Los **Recursos de Alzada** contra las **Resoluciones Provisionales** de asignación de Niveles de las tres **últimas convocatorias** de Desarrollo Profesional en las cuales han podido ser solicitados todos los niveles han presentado la siguiente distribución y tipología:

	Evaluados Últimas convocat.	Rev. de Oficio	Recursos de Alzada			Tipo de Estimación			
			Recursos de Alzada	Desestimados	Estimados	Servicios Prestados /Otros	Bloque B (C.V.)	Bloque A y C	Bloque A, B y C
Ldos. Sanitarios	4.567	31	693 15,1%	648	45 6,5%	16	18	4	7
Diplom. Sanitarios	7.884	17	762 9,6%	607	155 20,3%	18	70	58	9
Otros Colectivos	11.386	58	1092 9,5%	777	315 28,8%	18	249	28	20
TOTAL	23.837	106	2547 10,6 %	2032	515 20,2%	52 10,1%	337 65,4%	90 17,5%	36 7,0%

De los **23.837 profesionales evaluados**, 2.547 han presentado recurso, lo que supone un **10,6%** de los mismos. 515 de los recursos interpuestos, se han estimado (20,2%).

El **65,4%** de los recursos estimados han sido tras detectarse incidencias en el registro o en la **barema-ción** de los méritos curriculares, mientras que un **24,4%** (126 casos) lo han sido tras detectarse errores relacionados con la **evaluación por el mando**.

Un **10,1%** de los recursos estimados han aceptado reclamaciones vinculadas a la consideración de años de servicios prestados o efectos económicos del abono de niveles.

Recursos contencioso-administrativos

Los Recursos Contencioso-Administrativos contra los Decretos del Gobierno Vasco que regulan el desarrollo profesional de las diferentes categorías, contra las Resoluciones de la Dirección General de Osakidetza que regulan las diferentes convocatorias y la asignación definitiva de Niveles han presentado la siguiente distribución y tipología:

I) Facultativos

Los facultativos han interpuesto 194 procedimientos judiciales. Al 30 de mayo de 2010 se han dictado 41 Sentencias, todas confirmando la actuación administrativa recurrida.

Las demandas tienen la siguiente distribución:

1	Contra el Decreto por cuestionar el modelo de evaluación
12	Contra las Bases de la Convocatoria por cuestionar los requisitos para el acceso
86	Por no alcanzar la puntuación mínima en ninguno de los elementos evaluados Bloque A: (actividad asistencial y dominio profesional y Bloque C (Implicación y compromiso con la organización) ni en el Bloque B (formación continuada, docencia y difusión del conocimiento, e investigación);
25	Por no alcanzar la puntuación mínima en los Bloques A y C que corresponde a los apartados evaluados por el Jefe de Servicio o Unidad;
61	Por no alcanzar la puntuación mínima en el Bloque B que corresponde a la baremación del curriculum vitae (formación continuada, docencia y difusión del conocimiento, e investigación);
9	Por discrepar del cómputo de servicios prestados a los efectos del desarrollo profesional. (periodo MIR, servicios prestados en Administraciones no integradas en el Sistema Nacional de Salud...)

II) Diplomados Sanitarios

Los diplomados sanitarios, cuyas evaluaciones se realizaron con posterioridad a las de los facultativos, han interpuesto 80 procedimientos judiciales. Al 30 de mayo de 2011 se han dictado 20 Sentencias, todos los

pronunciamientos judiciales han estimado que la actuación administrativa enjuiciada era conforme a derecho.

Las demandas tienen la siguiente distribución:

3	Contra el Decreto por cuestionar el modelo de evaluación y por las cuantías económicas de cada nivel entendiéndose que las de los facultativos son proporcionalmente más elevadas
0	Ninguna contra las Bases de las convocatorias
13	Por no alcanzar la puntuación mínima en ninguno de los elementos evaluados Bloque A: (actividad asistencial y dominio profesional) y Bloque C (Implicación y compromiso con la organización) ni en el Bloque B (formación continuada, docencia y difusión del conocimiento, e investigación)
42	Por no alcanzar la puntuación mínima en los Bloques A y C que corresponde a los apartados evaluados por el Jefe de Servicio o Unidad;
12	Por no alcanzar la puntuación mínima en el Bloque B que corresponde a la baremación del curriculum vitae (formación continuada, docencia y difusión del conocimiento, e investigación)
10	Por discrepar del cómputo de servicios prestados a los efectos del desarrollo profesional y la fecha de efectos económicos del nivel otorgado

III) Categorías sanitarias de formación profesional y las categorías no sanitarias

La convocatoria de desarrollo profesional de las categorías sanitarias de formación profesional y las categorías no sanitarias, se ha realizado una vez finalizada la de facultativos y diplomados sanitarios. Han interpuesto 125 procedimientos judiciales y, a día de hoy, se han dictado 13 Sentencias y todos los pronunciamientos judiciales han estimado que la actuación administrativa enjuiciada era conforme a derecho

Las demandas tienen la siguiente distribución:

0	Ninguna contra el Decreto, ni contra las Bases de las Convocatorias
7	Por no alcanzar la puntuación mínima en ninguno de los elementos evaluados Bloque A: (actividad asistencial y dominio profesional) y Bloque C (Implicación y compromiso con la organización) ni en el Bloque B (formación continuada, docencia y difusión del conocimiento, e investigación);
14	Por no alcanzar la puntuación mínima en los Bloques A y C que corresponde a los apartados evaluados por el Jefe de Servicio o Unidad;
47	Por no alcanzar la puntuación mínima en el Bloque B que corresponde a la baremación del curriculum vitae (formación continuada, docencia y difusión del conocimiento, e investigación)

20	Por discrepar del cómputo de servicios prestados a los efectos del desarrollo profesional y la fecha de efectos económicos del nivel otorgado
37	Por discrepar del Grupo Profesional (demandas de reclasificación encubiertas de trabajadores sociales y auxiliares administrativos de especial responsabilidad)

CONCLUSIONES:

Se han cumplido objetivos

La primera conclusión que obtenemos es que Osakidetza-servicio vasco de salud ha cumplido objetivos:

- Se ha cumplimentado, dentro del plazo de 4 años establecido, el Plan de Implantación del Desarrollo Profesional.
- Se ha conseguido realizar la asignación de los cuatro niveles previstos a todo el colectivo de Osakidetza, categorías sanitarias y no sanitarias.
- Se ha conseguido realizar una Evaluación Individualizada de los 25.000 profesionales de Osakidetza a pesar de las resistencias a “evaluar” y “ser evaluado”
- Se ha conseguido aplicar y testar una Herramienta de Evaluación por el Mando
- Se dispone de los perfiles en desempeño, competencias e implicación de los profesionales (individuales, por unidad, por organización.)
- Se dispone de Méritos curriculares de formación, docencia e investigación-innovación de los profesionales de un modo global y por colectivos profesionales.

Los Tribunales de Justicia han validado nuestro modelo de desarrollo profesional.

Los diferentes juzgados que ya se han pronunciado, han concluido de forma unánime sobre la conformidad a derecho de los Decretos que regulan el desarrollo profesional, y sobre las evaluaciones aprobadas, lo que revalida tanto el modelo de desarrollo profesional como la efectiva evaluación realizada por los mandos.

Las demandas tipo o generales sin adaptar al resultado de la evaluación de cada profesional ha perjudicado las posibilidades de que prosperasen las impugnaciones de los profesionales.

En los buenos resultados judiciales ha influido que la mayoría de las demandas presentadas hayan

sido generales sin individualizar en el concreto profesional que impugnaba su evaluación, reflejando simplemente la oposición a ser evaluado sin justificar los motivos por los que se entendía que la evaluación era incorrecta.

Una vez que los tribunales se pronunciaron sobre la validez del modelo de desarrollo profesional, al no plantearse situaciones concretas de errores en la evaluación, masivamente se han ido confirmando las evaluaciones realizadas por los Jefes de Servicio y Jefes de Unidad.

La litigiosidad

- El porcentaje de litigiosidad arrojado es de 1,64%, no habiéndose detectado diferencias sustanciales entre el ámbito sanitario de atención primaria u hospitalario.
- El porcentaje de litigiosidad ha ido disminuyendo en cada una de las convocatorias celebradas, al irse conociendo las primeras resoluciones judiciales. En este caso, si el plazo de obtención de resoluciones judiciales fuese de meses en vez de años, la litigiosidad se hubiera reducido exponencialmente.

Doctrina de la discrecionalidad técnica:

Las sentencias se han basado esencialmente, para la declaración de conformidad de las evaluaciones realizadas, en la aplicación de la doctrina de la discrecionalidad técnica de los órganos administrativos evaluadores, y la ausencia de arbitrariedad en la evaluación que corresponde al Jefe de Servicio o Unidad. Los mandos han objetivado su evaluación a través de la descripción de las conductas y actitudes descritas en el Manual-Guía de Evaluación que corresponde a cada puntuación.

Los recurrentes se limitaban a cuestionar la capacidad de los mandos a evaluar las conductas y actitudes, sin aportar datos de algún error en la evaluación de alguno de los ítems evaluados, y sin acreditar que sus conductas y actitudes corresponden a las de una puntuación superior

Manuales-Guía de descripción de conductas y actitudes:

Los manuales que describen las conductas y comportamientos que corresponde a cada puntuación en los diferentes ítems evaluados, publicados en la página Web de Osakidetza, han sido esenciales para

justificar la objetivación de las puntuaciones y justificar la debida motivación de las evaluaciones.

Se ha cuestionado que estos Manuales no se hayan incluido expresamente en las Resoluciones que aprueban las Bases de las diferentes convocatorias, pero los Tribunales han señalado que es suficiente que estuviesen colgados/publicados en la herramienta informática del Desarrollo Profesional a donde necesariamente debían acudir los profesionales para realizar su solicitud, rellenar las aportaciones a la evaluación por los profesionales/autoevaluación, y rellenar su curriculum vitae

Aportaciones a la evaluación por los profesionales:

Los profesionales mayoritariamente han sido reacios a rellenar en sus solicitudes sus aportaciones a la evaluación/autoevaluación. En las solicitudes se incluyen diversos apartados para que los profesionales aporten sus datos de actividad y dominio técnico, recogiendo los campos en que su actividad sea superior a la media de su unidad o servicio, o se consideren más expertos, o han aportado mejoras. El porcentaje de profesionales que han reclamado y ha dejado en blanco estas fichas es elevado. Esta circunstancia ha perjudicado sus posteriores impugnaciones porque los Tribunales han entendido que si consideraban que sus conductas y actitudes eran las tributarias de la máxima puntuación, por tener más actividad o ser la realizada de mayor complejidad o haber aportado individualmente mejoras, lo deberían haber consignado en el momento procesal oportuno: presentación de solicitudes.

Desgaste de los evaluadores:

Los Jefes de Servicio y Jefes de las Unidades de Atención Primaria, que han sido los responsables de las evaluaciones, han sufrido un enorme desgaste en estos pleitos. La proximidad y cercanía que se considera óptima para hacerles responsables de la evaluación, ha acrecentado la repercusión de los conflictos, por lo que se ha generado reticencias a la ingrata labor de evaluar a sus compañeros.

Resistencia a la evaluación:

Los que son merecedores de peor evaluación y no alcanzan la puntuación mínima de los Bloques evaluados por el Jefe de Servicio o Unidad, han cuestionado la competencia del evaluador, entendiendo que sus años de servicio eran prueba suficiente de su

calidad como profesional, resultando especialmente cuestionado el aspecto evaluado de Implicación y compromiso con la organización.

Incremento salarial encubierto:

Los profesionales que no han alcanzado la puntuación mínima en ninguno de los aspectos evaluados, han pretendido que la carrera profesional sea sólo un incremento salarial por los años de servicio, rechazando que sea considerado como un reconocimiento a la aportación individual y herramienta de mejora. Argumentaban que en algunas Comunidades Autónomas se había otorgado el máximo nivel de desarrollo profesional sólo exigiendo el cumplimiento de los años de servicio.

Computo de los años de servicio a los efectos del desarrollo profesional:

En los Decretos y Bases de las convocatorias se excluyen los años de formación para la obtención del título oficial de especialista en ciencias de la salud, y se ha acordado valorar los servicios prestados en otras Administraciones Públicas no pertenecientes al Sistema Nacional de Salud a razón de un 50% en el cómputo de los años de servicio a los efectos del desarrollo profesional. Estas dos circunstancias han sido objeto de controversia, rechazándose por los Tribunales que sean diferencias discriminatorias al existir causas objetivas que justifican el trato diferente, en atención a las funciones desempeñadas.

Carencias del curriculum vitae:

Muchos profesionales, especialmente en las categorías no sanitarias, no han alcanzado la puntuación mínima en el bloque B, que corresponde a la baremación del curriculum vitae (formación continuada, docencia y difusión del conocimiento, e investigación), alegando que no se ha favorecido la formación por parte de la Administración, sin justificar que se les haya negado la asistencia a cursos.

Los Tribunales han rechazado esta alegación ya que en todos los Acuerdos de Condiciones de Trabajo de esta administración se contempla un permiso para la asistencia a congresos, cursos, cursillos, seminarios, simposiums, encuentros, certámenes, coloquios, conferencias, reuniones, jornadas y demás eventos de carácter científico o de interés para la gestión y administración de los servicios sanitarios, por un máximo anual de 15 días naturales, de acuerdo con las necesi-

dades de servicio, previa autorización de la Dirección de la Organización de servicios a que pertenezca el personal interesado, contemplándose que el supuesto de denegación de este permiso, el/la solicitante deberá ser informado/a por escrito de los motivos que la justifican. Se ha considerado por los Tribunales que una utilización incluso moderada de este derecho hubiera permitido acceder a la puntuación mínima exigida para el máximo nivel sin problema

ÁREAS DE MEJORA

A partir de la experiencia de las 7 Convocatorias hasta ahora celebradas y del análisis de los recursos interpuestos por los profesionales, se están abordando mejoras en los siguientes ámbitos.

- Continua mejora de los Manuales guía para la evaluación por el Mando:

Estos Manuales han resultado trascendentales para fundamentar la objetivación de las evaluaciones realizadas por los mandos, y están consideradas como una herramienta en permanente revisión y mejora, buscando la mejor comprensión de las conductas y actuaciones que se evalúan en cada ítem. Paralelamente, nos enfrentamos al reto de mejorar la formación de los evaluadores en el manejo de esta herramienta.

- Manual de Cumplimentación y Validación del Curriculum Vitae:

Debido a la amplia diversidad de los méritos contemplados en los baremos del bloque B, así como la necesidad de valorar toda la vida profesional de los evaluados, hizo necesario crear la herramienta informática de CV que, para algunos profesionales, ha resultado compleja de utilizar. Este hecho junto a la dificultad de valorar la adecuación al baremo de cada uno de los méritos presentados, ha supuesto una gran litigiosidad en relación a la evaluación del bloque B. De cara a facilitar la baremación de los méritos curriculares en futuras convocatorias se ha elaborado un Manual de Cumplimentación y Validación del CV disponible para todos los profesionales.

- Difundir la importancia de la aportación del profesional de cara a la evaluación del mando:

Precisamente por haberse constatado la utilización minoritaria de las Fichas de aportaciones a la evaluación por los profesionales reclamantes, es un objetivo de esta administración comunicar a los profesionales la importancia de una correcta cumplimentación de las mismas, en las futuras solicitudes que se presenten en las convocatorias ordinarias que periódicamente se celebrarán.

BIBLIOGRAFIA

- **Decreto 395/2005, de 22 de noviembre (BOPV 02/12/2005)**, por el que se regula el desarrollo profesional de los profesionales sanitarios del grupo profesional A.1. Facultativo médico y técnico del Ente Público de Derecho Privado Osakidetza-Servicio vasco de salud

- **Decreto 35/2007, de 27 de febrero (BOPV 23/03/2007)**, por el que se regula el desarrollo profesional de los profesionales sanitarios del grupo profesional B.1. de Osakidetza-Servicio vasco de salud

- **Decreto 248/2007, de 26 de diciembre (BOPV 31/12/2007)**, por el que se regula el desarrollo profesional de las categorías no sanitarias y las del área sanitaria de Formación Profesional de Grado Superior y Medio de Osakidetza-Servicio vasco de salud

- **Decreto 106/2008, de 3 de junio (BOPV 16/06/2008)**, por el que se aprueba el Acuerdo alcanzado en la Mesa Sectorial de Sanidad, en su reunión del día 14 de marzo de 2008.

- **Resolución 17/2006, de 19 de enero (BOPV 06/02/2006)** de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por la que se regula la primera convocatoria de reconocimiento del nivel de desarrollo profesional de los profesionales sanitarios de grupo de nivel licenciado sanitario en las organizaciones de servicios dependientes de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

- **Resolución 1622/2006, de 10 de noviembre (BOPV 11/12/2006)** de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por la que se regula la segunda convocatoria de reconocimiento del nivel de desarrollo profesional de los profesionales sanitarios de grupo de nivel licenciado sanitario en las organizaciones de servicios dependientes de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

- **Resolución 2470/2008, de 9 de julio (BOPV 06/08/2008)**, de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por la que se regula la tercera convocatoria de reconocimiento del nivel de desarrollo profesional de los profesionales sanitarios de grupo de nivel licenciado sanitario en las organizaciones de servicios dependientes de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

- **Resolución 506/2007, de 31 de mayo, (BOPV 15/06/2007)** de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por la que se regula la primera convocatoria de reconocimiento del nivel de desarrollo profesional de los profesionales sanitarios de grupo de nivel diplomado sanitario, grupo profesional B.1., en las organizaciones de servicios dependientes de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

- **Resolución 1224/2007, de 26 de noviembre, (BOPV 27/12/2007)** de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por la que se regula la segunda convocatoria de reconocimiento del nivel de desarrollo profesional de los profesionales sanitarios de grupo de nivel diplomado sanitario, grupo profesional B.1., en las organizaciones de servicios dependientes de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

- **Resolución 4413/2008, de 19 de diciembre (B.O.P.V. Nº19 de 28 de enero de 2009)**, de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por la que se regula la tercera convocatoria de reconocimiento del nivel de desarrollo profesional de los profesionales sanitarios de grupo de nivel

diplomado sanitario, grupo profesional B.1., en las organizaciones de servicios dependientes de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

- **Resolución 1061/2009, de 23 de marzo (BOPV 16/04/2009)**, de la Directora General de Osakidetza-Servicio vasco de salud, por la que se regula el reconocimiento de los Niveles I, II, III y IV de desarrollo profesional de las categorías no sanitarias y las del área sanitaria de Formación Profesional de grado superior y medio de Osakidetza-Servicio Vasco de Salud.

MANUALES GUÍA PARA EVALUACIÓN POR EL MANDO

- Facultativos
- Diplomados Sanitarios
- Grupos Profesionales no sanitarios y sanitarios de Formación Profesional

EL COPAGO SANITARIO: ¿UN AUXILIO PARA EL MANTENIMIENTO DE LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA?

Irene Correias Sosa

Universidad San Pablo CEU, Facultad de Derecho

Resumen:

El incremento en la esperanza de vida y otros aspectos como la mejor cultura sanitaria de los ciudadanos implica que se demande del sistema sanitario mejores prestaciones. Ello y el alto número de sujetos bajo el sistema sanitario implica la necesidad de establecer distintos mecanismos de control para evitar el gasto excesivo pero también el uso indebido de los individuos del sistema sanitario. El copago sanitario puede ser sólo uno de ellos.

Entre los objetivos buscados por este trabajo están ver si el copago sanitario puede ser una forma eficaz de contención del gasto, y de serlo en qué tipo de servicios se podría introducir el copago de tal forma que se cumpla el objetivo de contención del gasto, y a qué sujetos ha de aplicarse, o cuáles excluir, por cuando ello pudiera suponer un elemento disuasorio de uso del sistema sanitario.

Palabras clave: copago, sostenibilidad, equilibrio, equidad, financiación, sanidad, acceso, eficacia

1.- Planteamiento. El copago como forma de contención del gasto sanitario.

En los años noventa el Informe Abril Martorell se plateó que, entre los aspectos que era necesario revisar, estaban los relativos a la gestión y control de la

sanidad pública. Entre sus propuestas recogía algunas interesantes, como el pago de precios simbólicos por los servicios o que asumieran parte del coste¹. Desde este informe han pasado dos décadas y algunas de sus propuestas siguen siendo necesarias, y de entre ellas, la que nos ocupa, la cual, sólo ha sido introducida en nuestro país en el gasto farmacéutico y en relación con las prestaciones derivadas de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia².

¹ Al respecto, *Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, Informe y Recomendaciones*, julio de 1991, en particular, sobre lo que nos ocupa, pp. 59 a 64. Puede consultarse el texto en salpub.uv.es/admon/docs/legislacio/es/Informe_Abril_Martorell_1.pdf.

² Al respecto, entre otros muchos, MONTSERRAT, J., “El patrimonio en el copago de las prestaciones de la Ley de Dependencia”, *Economistas*, núm. 122, 2009, pp. 55 a 62; MONTSERRAT, J., “La política redistributiva de las prestaciones de la dependencia: análisis del impacto del copago en las rentas de los usuarios”, *Documentos*, núm. 10/10, Instituto de Estudios fiscales, 2001, o RODRIGUEZ CABRERO, G., “La protección social a la dependencia en España en el marco social europeo”, *Panorama social*, 2006, pp.23 a 45.

Sobre el copago en productos farmacéuticos, entre otros muchos MESTRE FERNÁNDEZ, F., “Reference Prices: the Spanish way”, *Investigaciones económicas*, vol XXVII, 2001, pp 125 a 149.

La propia evolución de la sociedad española, su cada vez mayor preocupación por la salud y por mejores sistemas de diagnóstico, por la medicina preventiva, y fenómenos como la inmigración y por tanto el número creciente de personas bajo el sistema sanitario han puesto de relieve la necesidad de buscar fórmulas sostenibles de financiación que eviten no sólo déficits en el sistema sino una ineficiencia del mismo que puede venir tanto por una mala aplicación de los ingresos como por un uso ineficiente de los recursos, empleando más de los necesarios, no sólo para el diagnóstico o curación, sino desde la atención primaria.

Las fórmulas de copago pretenden hacer participe, de forma más o menos directa al usuario (beneficiario del servicio) del coste del servicio que demanda. Si bien consideramos que no es una solución final ni única de cara a la sostenibilidad del gasto sanitario, sí puede ayudar en el logro de este objetivo final de contención del gasto, aún cuando sean necesarias ciertas cautelas para evitar que la medida devenga ineficaz.

Mantenemos como punto de partida la necesidad de que el individuo haga un uso responsable del sistema sanitario, lo que implica hacerle consciente del gasto que supone, haciendo decaer la cada vez más extendida creencia de que cualquier prestación recibida es gratis. No obstante, somos conscientes de que introducir esta u otras medidas no puede significar en ningún caso que un individuo deje de acudir a una consulta o centro sanitario por el temor a tener que pagar un coste que no puede asumir, no sólo porque ello supondría ir en contra de los principios que inspiran nuestro propio sistema sino por cuanto redundaría en un perjuicio para todos, es por ello que es preciso tener a estos posibles grupos de personas muy presentes en el momento de plantear fórmulas de participación en el gasto como la que aquí estudiamos.

Por otro lado es necesario tener en cuenta que, si bien esto es algo que hoy se presenta como muy novedoso, a la par que problemático por las enfrentadas posiciones que genera, es una medida que ya cuenta con cierta implantación en países de nuestro entorno, lo que nos permite avanzar algunas ideas sobre su efectividad e incluso ver distintas fórmulas que funcionan en otros sistemas, lo que no implica que funcionaran en el nuestro³. No obstante, el primer pro-

blema al que nos enfrentamos es que, si bien desde el punto de vista doctrinal existen diversos estudios, a nivel internacional fundamentalmente, no existen datos ciertos sobre las consecuencias de su aplicación ya que, como indicamos al principio, salvo en relación con los productos farmacéuticos y más recientemente, con la Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, tal y como hemos señalado, no existen no sólo copagos sanitarios en nuestro sistema sino tampoco estudios experimentales sobre los efectos que podían producirse, más allá, insistimos, del ámbito académico.

En las páginas siguientes buscamos con un esquema muy sencillo intentar responder a ciertos interrogantes que podemos concretar en por qué este planteamiento como forma de sostenibilidad del sistema financiero y a qué problemas pretende dar solución y a cuáles ha de hacer frente para ello, ello dentro del marco previsto en nuestro ordenamiento jurídico constitucional, buscando concluir, si es al menos factible como posible forma de contención del gasto sin que ello suponga un menoscabo en nuestro sistema sanitario.

2.- Ante una creciente demanda sanitaria ¿una necesidad de una mayor implicación social?. ¿Puede ser el copago una solución?

La mejora en el nivel de vida de los ciudadanos y la evolución de la forma en que éste se relaciona con el Estado en los últimos dos siglos no sólo han tenido como resultado que el ciudadano demande más al Estado sino que comienza a ser más consciente de lo que ha de demandarlo. No obstante, como sabemos,

las enormes diferencias de unos modelos con otros (...) y los diferentes gastos en protección social y valor absoluto de cada PIB, hacen que existan muchas dificultades para obtener conclusiones válidas (...). No obstante, sí parece existir una cierta escasez presupuestaria en todos los estados". MORENO MILLÁN, E., "Ventajas e inconvenientes del copago en la financiación y gestión de la atención sanitaria urgente", *Emergencias*, núm 19, 2007, p. 32.

Sobre el copago en otros sistemas podemos ver las síntesis de SAN SEGUNDO, G., "El copago sanitario o la polémica del Euro", *Med Econ*, 2004, p. 34. Puede encontrarse el texto en [http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumen.nsf/b4e47719711a1d49c12576cd002660cc/5d6d88cd171e7652c12577c000309295/\\$FILE/areportaje%20copago.pdf](http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumen.nsf/b4e47719711a1d49c12576cd002660cc/5d6d88cd171e7652c12577c000309295/$FILE/areportaje%20copago.pdf).

Podemos consultarse igualmente el cuadro comparativo realizado por PUIG JUNOY, J., "Los mecanismos de copago en servicios sanitarios: cuándo, cómo y por qué", *Hacienda Pública Española*, núm. 158, 2001, pp 116 y ss.

³ Tal y como señala MORENO MILLÁN "aún cuando los GSPb de los distintos países y los indicadores de sus resultados en salud son habitualmente comparados, lo cierto es que

los recursos del Estado son limitados para hacer frente a la cada vez más creciente demanda de servicios públicos, y en ocasiones incluso innecesaria que se produzca ésta ocasionando un coste innecesario a otros usuarios, tanto en términos monetarios como de tiempo empleado en acceder al servicio.

Entre las causas de esta creciente demanda no sólo es destacable la mayor conciencia del individuo de la importancia de la salud, y sobre todo de los cuidados preventivos, la mejora general en el nivel de vida de nuestra sociedad, o incluso el constantemente creciente número de beneficiarios por el fenómeno de la inmigración. Es preciso considerar junto a ellas otras causas como la mejora en los sistemas de diagnóstico y prevención, aspectos conocidos por los ciudadanos, lo que redundará en la gran calidad de nuestro sistema sanitario. No obstante, como se puede imaginar, mantener estos niveles de calidad y uso intensivo de tecnología exigen una fuerte inversión, pero también un alto gasto de mantenimiento, lo que implica, especialmente en épocas de escasez, racionalizar los mismos buscando un sistema sostenible que no corra el riesgo de quedar agotado por el enorme gasto que lo amenaza cada vez más. Así, coincidimos con SPAGNOLO DE LA TORRE en que “el reto del futuro es encontrar la adecuada combinación entre la acción del mercado, incentivadora de la eficiencia, y la acción del Estado, garantizadora de la equidad (...). Se trataría de favorecer la provisión más eficiente con independencia del criterio de propiedad”⁴.

De entre los sistemas cuya viabilidad para el sostenimiento del sistema financiero se discuten está el copago sanitario. Como indicamos, los sistemas de copago implican hacer partícipe al individuo en el coste del servicio que demanda, lo que puede ocurrir bien trasladándole la totalidad del coste, compartiendo el coste con él (en forma de porcentaje o cuota), o vía una deducción de impuestos. Así, tal y como señala MONTSERRAT “el copago se ha convertido en uno de los instrumentos más utilizados para corresponsabilizar al usuario del coste de los servicios que utiliza y, al mismo tiempo, rebajar la factura del gasto público”. Lograr el equilibrio entre los dos objetivos no es una tarea fácil”⁵.

En la mayor parte de los países occidentales, sobre todo desde la extensión del Estado social tras la II Guerra Mundial y la consiguiente intervención del Estado en todos los aspectos del bienestar, los individuos trasladaron al Estado toda la responsabilidad de lograr la procura existencial (*daseinsvorsorge*) de la que hablaba Forsthoff. Si bien en los primeros años, y derivado más de las necesidades de la reconstrucción que de la propia incapacidad del individuo ello resultaba imprescindible con el tiempo se han perdido numerosas oportunidades de ir haciendo partícipe a aquéllos del bienestar social. Ello incluso ha ocasionado que algunos sistemas de bienestar, como el sueco en la década de los noventa, hayan colapsado, ocasionando una redefinición del mismo que, introduciendo mecanismos de corresponsabilidad y de gestión mixta⁶. Esta circunstancia no ha supuesto que se haya dejado de calificar a éstos sistemas como sociales, ni que se haya dejado de prestar la debida atención al ciudadano, aún cuando demagógicos discursos no duden en afirmar que introducir este tipo de mecanismos en prestaciones como las sanitarias supondrá que se dejara de atender a los individuos.

Es evidente que introducir este tipo de modificaciones al sistema implica llevar a cabo un adecuado análisis del mismo, buscando evitar que los beneficios deseados se conviertan, por una mala aplicación de la hipotética solución, en perjuicios para el sistema.

En este punto se hace necesario responder a una pregunta. En qué momento de la utilización del sistema sanitario podría ser conveniente la utilización del copago. Podríamos concluir, tras haber revisado otros sistemas de copago, que existen dos momentos

⁴ SPAGNOLO DE LA TORRE, E., “Análisis y comentarios en torno al Informe Abril Martorell”, *Medicina Clínica*, Vol. 100, núm. 7, 1993, pág. 260.

⁵ MONTSERRAT, J., “El patrimonio en el copago de las prestaciones de la Ley de Dependencia”, p. 61.

⁶ El exceso de crecimiento del sector público, unido a una coyuntura económica no muy favorable resquebrajó su estructura y fue necesaria una reconstrucción total partiendo de nuevos planteamientos y dejando de lado las políticas practicadas hasta la fecha. El nuevo modelo planteado es, a grandes rasgos, un sistema público-privado, donde al sector público le corresponde la regulación pero al sector privado la administración, habiéndose alcanzado mayores índices tanto de eficacia como de eficiencia. En este nuevo modelo se replantaron igualmente las políticas públicas, pasando el papel principal del Estado al individuo, que adquiere gran protagonismo no sólo en cuanto a la elección de quién o como le suministra algunas de las prestaciones, sino también por cuanto puede tomar un papel activo en la decisión de mejora de éstas. Al respecto, *in extenso*, puede consultarse el análisis que efectúa Mauricio ROJAS en *Reinventar el Estado del Bienestar. La experiencia de Suecia*, Gota a Gota, Madrid, 2008, en particular las páginas 21 a 100.

en que pudiéramos considerarlo como opción: en la atención primaria y en la atención especializada.

En la primera de ellas, se trataría de establecer un precio simbólico de tal forma que se disuadiera a los usuarios de una asistencia indebida a los centros de salud y de las consiguientes visitas al médico de familia. Este precio habría de ser un mínimo tal que fuera en cierta forma gravosa la asistencia cuando no se necesita, pero que, no lo fuera tanto que dejase fuese del sistema de atención primaria a quién lo necesita.

Es preciso tener en cuenta que consideramos que quizás ello no supondría una racionalización total de uso, pero al menos, quién lo usa de una forma no responsable habrá de sufragar su coste. Por otro lado, habría que tener en cuenta ciertas cautelas para evitar que las personas sin recursos accediesen al sistema sanitario. De no tenerse en cuenta esta posibilidad estaríamos afectando no sólo el propio sentido de la atención primaria y los principios de nuestro sistema sanitario, sino estaríamos ocasionando que no sirviese de nada parte de la atención que se presta en ella, que es preventiva. De esta forma se trataría de buscar un precio tal que mantuviéramos una atención primaria y preventiva pero sin excluir de ella a ningún grupo de personas.

En la segunda de las opciones, el usuario pagaría por las pruebas diagnósticas que le solicite el facultativo. Si bien partimos siempre del buen hacer del profesional sanitario, de optar por esta segunda forma de establecimiento del copago no descansaría en el usuario la voluntariedad del uso, sino que es el facultativo el que de alguna manera determina lo que el usuario necesita. Al no ser deseo del primero el decidir usar o no los medios a su alcance sino que ha de someterse a dichas pruebas para su diagnóstico, consideramos que asumir el coste del copago sería, en este caso, indebidamente justificado, por cuanto a priori podríamos establecer que el usuario no dejará de someterse a las pruebas de diagnóstico puesto que precisa de éste, por tanto, el coste ha de sufragarlo el propio sistema sanitario por cuanto es él, por medio de sus facultativos, el que determina qué necesita⁷.

⁷ Somos conscientes de que habría que racionalizar igualmente el coste en la atención especializada pero los problemas a considerar en ésta son distintos. Así, habría de ser el propio sistema sanitario el que estableciese sus controles de calidad para determinar si el tipo y volumen de pruebas solicitadas responden al fin para el que se realizan, y no son simplemente una forma del médico de solicitar cualquier tipo de prueba que pueda descartar cualquier tipo de dolencia aún cuando los síntomas del paciente indiquen la improbabilidad de ésta.

Siendo éstas las opciones que podemos plantear consideramos más adecuada la primera ya que de dicha manera existe cierta voluntariedad en el individuo en cuando a la necesidad de acceder o no al sistema sanitario. Determinado esto, es preciso avanzar algo más y discutir cómo lo hacemos, o cuál es la forma óptima de hacerlo.

Vemos dos posibilidades al respecto, que se cobre el precio en el momento de prestación del servicio o bien que se facture a posteriori. La primera de las opciones consideramos que plantea problemas derivados de la necesidad de contar con personal en cada centro de salud que se dedique a ello (lo que podría multiplicar ad infinitum el gasto en medios personales y materiales, al menos), y por el otro lado, cómo controlar quién pudiera estar exento o sujeto a algún tipo de bonificación adicional de una forma fiable. La segunda opción, cobrar *a posteriori*, nos evitaría la primera de las objeciones planteadas, ya que se puede centralizar la gestión, por tanto bastaría con el mismo personal del centro de salud que registraría, en la entrada del mismo, qué paciente accede y por qué motivo, completándose el registro con lo que añadieses el médico tras la consulta, de tal forma que se pudiese valorar mejor si la asistencia a la misma era necesaria o no.

Optando por esta facturación *a posteriori* y para evitar la objeción planteada de contar con personal específico para ello en cada centro de salud, la posibilidad más sensata es la remisión de facturas al usuario tras la prestación del servicio. Dicha emisión puede hacerse mediante el envío al paciente a su domicilio o bien en el momento de finalización de la consulta, siendo entregada por el médico.

Esta segunda forma planteada, implicaría que una vez atendido el paciente, y éste conforme con la consulta, emita la factura desde su ordenador y la entregue al paciente. En dicha factura se haría constar, igual que si optáramos por la otra forma y la enviáramos a su domicilio, el coste de la consulta y el importe a pagar, con un código identificativo para poder proceder al pago⁸.

⁸ El código facilitaría que el paciente pudiese pagarla en el banco, o incluso en las oficinas de correos, como ocurre actualmente con las facturas de suministros. Si bien esta opción supone convertir de alguna forma al médico en gestor, lo que podría ocasionar cierto rechazo en este colectivo, podría servir de base de datos, incluso para la elaboración de estadísticas por parte del médico o el personal de los centros de salud, e incluso para el mejor seguimiento del paciente.

Es quizás aquí cuando estimamos que han de entrar en juego aquellos sujetos que pudieran bien quedar exentos o bonificados en el copago. La razón de ello es que, emitiendo la factura tras la prestación de servicios, ésta le ha de llegar a todos los usuarios si queremos cumplir nuestro objetivo de hacer conscientes a los ciudadanos de que la asistencia sanitaria no es gratuita, de tal forma que se detallase en la factura qué le ha costado al Estado atender al individuo. En dicha factura se habría de hacer constar la exención en el caso de que fueran individuos que no han de quedar sujetos por el copago –como pueden ser, los incluido en el régimen no contributivo de la Seguridad Social, los enfermos crónicos o la atención urgente-, o aquellos bonificados en él –pudieran ser los pensionistas o determinadas categorías de pensionistas-, y por tanto, la cantidad a abonar resultante⁹.

Para evitar impagos en la factura y poder controlar mejor los beneficiados de alguna forma por dichas exenciones o bonificaciones, una forma de hacerlo, y al tiempo, evitar parte de los costes derivados de la gestión, sería integrando los datos con el sistema tributario. De esta forma, si bien en un primer problema existirían ciertos costes fijos derivado de la modificación de los sistemas informáticos y la integración de los mismos, serían rápidamente amortizados al tiempo que, cruzando los datos sería al menos fácilmente identificable si, por motivos de renta, determinadas personas hubieran de quedar exentas del pago sanitario igual que quedan exentas del pago tributario. Ello evidentemente supone una modificación respecto a la utilización de las tecnologías de la información y comunicación en la mejor gestión sanitaria, conexas con el sistema que comentamos, y de la que no nos ocupamos por escapar a nuestro objeto. No obstante,

⁹ Como puede adivinarse de nuestras palabras, y en aras a no quebrar el principio de igualdad, habrían de quedar afectados todos los individuos, al igual que ocurre con el sistema tributario, por ejemplo, si bien, para evitar que queden fuera del sistema sanitario grupos de individuos desfavorecidos, en distintos grados, convendría que la legislación de desarrollo tuviera en cuenta determinados grupos de individuos que habrían de quedar exentos del pago, así como un sistema de bonificaciones para el resto considerase el nivel de renta del individuo.

Existen numerosos estudios sobre ello desde el punto de vista económico, estableciendo tanto las líneas maestras que han de dibujar los sistemas de copago como qué cuantías han de establecerse. Nos remitimos por todos al estudio de PUIG JUNOY, J., “Los mecanismos de copago en servicios sanitarios: cuándo, cómo y por qué”, publicado en el número 158 de Hacienda Pública Española, por la claridad en su exposición y la sencilla explicación de otros estudios internacionales al respecto.

al integrar ambos datos, se facturaría al individuo por las cantidades adeudadas pudiendo producirse la facturación de forma anual, con la declaración del IRPF de cada año, o en periodos inferiores de tiempo –si así pudiera determinarse-, si bien a efectos de la gestión y de la disminución de costes de gestión sería deseable que se produjese para todos los individuos de la primera de las formas planteadas: con la declaración anual.

Otra forma, si optásemos porque es el médico el que emite la factura, sería mediante un sistema de códigos en el sistema que avisase al facultativo si existen facturas pendientes, de tal forma que pudiese comunicar ello al usuario y en su caso determinarse la apertura de una vía administrativa de cobro por la autoridad correspondiente.

Si uno de los principales problemas que se ha detectado en cuanto al cobro del precio es el coste burocrático, el establecimiento de una fórmula como la que acabamos de plantear supone evitar parte de ellos ya que bastaría con la creación de una estructura central en cada administración responsable de la emisión de las facturas que cruzase sus datos con la administración central para el cobro de las mismas.

Consideramos necesario plantear un último problema de los muchos que nos podría sugerir el establecimiento del copago en la atención primaria, y que es el siguiente. Cómo evitamos que, por sortear el copago en la atención primaria el usuario no acuda a las urgencias hospitalarias para ser atendido sin verse afectado por el copago.

Nos planteamos la posibilidad de que un individuo, buscando no pagar por la asistencia que recibe aduciendo que es asistencia urgente acceda al sistema sanitario por las urgencias hospitalarias. Esta circunstancia es de hecho la que ocurre en otros sistemas regidos por principios distintos a los europeos continentales, en los que la asistencia sanitaria supone pagar un precio por ella, como ocurre en el estadounidense. En los Estados Unidos se ha dado la circunstancia de que, como la asistencia de urgencia ha de ser prestada por los hospitales, los usuarios que, por falta de medios generalmente, no pueden costearse las prestaciones sanitarias que requieren acuden a las urgencias de los hospitales, de tal forma que han llegado a convertirse en auténticas puertas de entrada al sistema sanitario.

No tendría ningún sentido el establecimiento de un mecanismo como el que proponemos si pudiera sortearse por la puerta de urgencia de los hospitales, ello al menos por dos motivos, uno notablemente más

importante que el otro. El primero de ellos es porque sería un fraude al sistema, el segundo porque podría colapsar las urgencias de los hospitales. Es por ello que el copago habría de extender a las urgencias hospitalarias cuando, tras la prestación de la asistencia requerida, y atendiendo a criterios médicos, se determinase que la atención recibida no era una urgencia sanitaria y sí en cambio una consulta. En el primero de los supuestos, si fuese una asistencia sanitaria, quedaría exento del pago del servicio, no en cambio en el segundo, si se determinase que era una consulta y hubo de prestarse en los centros de atención primaria. Para ello, el facultativo, habría de indicar en el parte médico final que dicha urgencia había de ser atendida en el centro de atención primaria y por tanto es un servicio facturable, para que se pudiese emitir dicha factura.

En este punto hemos determinado que el copago puede ser una medida sanitaria para la contención de una demanda indebida y por tanto para evitar cierto gasto innecesario del sistema sanitario al tiempo que contribuya a despejar en los ciudadanos la idea de que la asistencia que reciben es gratuita. Esta responsabilidad ciudadana en la percepción del coste, como así podríamos denominarlo, es quizás la mayor ventaja que se le achaca a un mecanismo en el que todos ven serios inconvenientes.

En cuanto a lo segundo, todos los estudios que sobre el mismo hemos analizado coinciden en afirmar que no es un método adecuado para la contención del gasto ya que supone incurrir en enormes gastos en relación con la gestión del mismo y por otro lado, y es el argumento que parece tener más fuerza, al implantarse en el sistema farmacéutico se ha demostrado en éste que no supuso una contención de la demanda. En relación con este punto consideramos, por un lado, que no son extrapolables los datos y, aún cuando lo fueran, si el mayor gasto farmacéutico es soportado por quién incurre en él al verse obligado a pagar por los medicamentos que consume indebidamente no vemos ningún inconveniente para que ello ocurra igual con el gasto sanitario. Así, si un ciudadano decide soportar el coste que el sistema sanitario le repercute vía copago por un uso indebido del mismo, es opción suya, beneficiándose todo el sistema de su voluntaria coparticipación en la contención de los gastos.

Por otro lado, todos esos estudios coinciden en el mismo punto, que hacemos nuestro, razón por la cual obviamos cierto análisis económico. Faltan estudios con datos ciertos sobre qué efecto real tendría sobre el sistema. Es por ello que, hasta el momento en que se realicen no podemos sino remitirnos a los que ya

existen ante la imposibilidad de aportar nada nuevo a los mismos.

Nos parece más interesante en cambio ver si sería posible el establecimiento del copago en nuestro país considerando los principios que inspiran nuestro sistema sanitario. De entre los principios de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de Sanidad¹⁰, pudieran resultar más relacionados, por su posible afección con el copago, los relacionados con la protección y la promoción de la salud, la igualdad de los ciudadanos, la universalidad, la gratuidad y la equidad –igualdad de acceso y tratamiento–¹¹. Coinciden algunos autores en señalar que los problemas podrían venir por la posible contravención de estos últimos.

Por nuestra parte, no vemos ninguna posible contravención de la protección y promoción de la salud ya que el pago de un precio por un servicio es completamente independiente de la labor que le ha de corresponder a la Administración sanitaria para conseguir este objetivo. No es el copago en ningún caso, o no ha de serlo, una forma de financiación del sistema sanitario –de serlo, podría incluso ayudar a una mejor protección y promoción de la salud al contar con un medio más de ingresos– sino una forma de contención del gasto mediante la participación del individuo en él. En el mismo sentido la universalidad, por cuanto no deja de ser tal por el hecho de establecer precios por su prestación.

En cuanto al resto, evidentemente resultaría afectada la gratuidad si entendemos que el sistema es gratis en cuanto que no pagamos un precio en el momento de prestación del servicio. Pero, como venimos diciendo desde el principio, el sistema no es gratis ya que aún cuando efectivamente hoy no pagamos tras acudir a una consulta, por ejemplo, el sistema sanitario lo estamos pagando con nuestros im-

¹⁰ A estos mismos principios se refiere el Preámbulo del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

¹¹ Sobre este principio coincidimos con CARBONERO, VICH, C.L., ALBERTI, TRUYOLS, SEGUÍ, GALMÉS, y VICH, G.A. cuando señalan que “la equidad no puede entenderse como un valor a preservar en el ámbito sanitario, sino en el conjunto de la llamada protección social, porque puede darse el caso de colisión de necesidades, mejor dicho, de colisión de financiación de necesidades sociales y no puede prevalecer la atención a una en detrimento de las otras”. CARBONERO, J.M., VICH, C.L., ALBERTI, F., TRUYOLS, A., SEGUÍ, J.R., GALMÉS, A., VICH, G.A., “¿Afecta el copago sanitario a la equidad?”, *medicina Balear*, núm. 3, 2010, p. 40.

puestos, de tal forma que, sería, si queremos, *menos gratis* al pagar algo más por el mismo servicio¹².

En cuanto a la igualdad y la equidad, que relacionamos, pudieran surgir ciertos conflictos de no diseñarse adecuadamente la forma del copago y de no integrarse de igual forma todo el sistema jurídico.

No creemos que sea ir en contra del principio de igualdad establecer que se costee un servicio que se utiliza, pero sí consideramos que pueden existir desigualdades en el acceso, no en el tratamiento, y no precisamente derivadas del establecimiento del copago.

Tal y como está diseñado actualmente el sistema sanitario, vemos que existen profundas diferencias entre los ciudadanos que residan en uno u otro territorio, si bien muchas de ellas suponen una quiebra en la equidad por no existir una igualdad en el acceso a los tratamientos, ya que existen distintas prestaciones en algunas Comunidades Autónomas, por lo que no existe una igualdad en el acceso a los tratamientos, o no, asumiendo la gratuidad de ellas. Si pensamos en un sistema de copago y dejamos que sean las administraciones autonómicas, actuales competentes en la prestación de la asistencia sanitaria al haber asumido ellas las competencias¹³, las que determinen si lo es-

¹² Puede surgir en cambio en este punto la duda de si, de alguna manera, se produce una doble imposición, al pagar por el servicio vía impuestos una primera vez, y vía copago en un segundo momento.

¹³ Las Comunidades Autónomas que dejaron de estar bajo las funciones y servicios del INSALUD a pasar a autogestionarse lo hicieron en virtud de los respectivos Reales Decretos de 27 de diciembre de 2001, cuya aprobación es preciso considerar junto a la promulgación, también en fecha 27 de diciembre, de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. Las normas que dieron cobertura a estos traspasos fueron –siguiendo el orden numérico, no de publicación–: Real Decreto 1471/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso al Principado de Asturias de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud; Real Decreto 1472/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Cantabria de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud; Real Decreto 1473/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de La Rioja de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud; Real Decreto 1474/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud; Real Decreto 1475/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Aragón de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud; Real Decreto 1476/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la

tablecen o no y en qué cuantía, no sólo sería de más difícil gestión si asumimos como óptima lo dicho en páginas precedentes, sino que efectivamente llegaría a producirse una quiebra en la equidad. De esta forma, consideramos que la única forma de no quebrarlo es estableciendo el sistema de copago a nivel estatal. De regularse de esta manera, las posibles barreras de entrada derivadas del pago de un precio por servicios serían iguales para todos los individuos, no existiendo una quiebra en la equidad, o no más que la existente igualmente¹⁴.

No vulnerar el principio de igualdad tal y como queda establecido constitucional y legalmente, es posible si consideramos qué tipo de individuos pueden quedar fuera del sistema por carecer de fondo, e incluirlos en el mismo mediante exenciones a este copago o mediante bonificaciones al precio del mismo.

Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud; Real Decreto 1477/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de Extremadura de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud; Real Decreto 1478/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud; Real Decreto 1479/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Madrid de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud; Real Decreto 1480/2001, de 27 de diciembre, sobre traspaso a la Comunidad de Castilla y León de las funciones y servicios del Instituto Nacional de la Salud.

Sobre la descentralización puede consultarse DOMÍNGUEZ MARTÍN, M., *Formas de gestión de la sanidad pública en España*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 253 y ss.

¹⁴ No opinan en el mismo sentido CARBONERO, VICH, C.L., ALBERTI, TRUYOLS, SEGUÍ, GALMÉS, y VICH, G.A., para quienes “cualquier medida de pago directo (ticket moderador o copago) por parte de los ciudadanos cuestiona el acceso lo que, a su vez, compromete la equidad. Se puede decir que este tipo de medidas desnaturalizan el modelo y favorecen, por ello, la posibilidad de sustitución”. CARBONERO, J.M., VICH, C.L., ALBERTI, F., TRUYOLS, A., SEGUÍ, J.R., GALMÉS, A., VICH, G.A., “¿Afecta el copago sanitario a la equidad?”, *medicina Balear*, núm. 3, 2010, p. 39.

Estos mismos autores consideran “también una afectación del principio de beneficencia que es menos rotunda, porque el copago está orientado a la preservación, aún menoscabado, del modelo actual: el principal argumento para su implantación es su sostenibilidad, y esto en, en sí, benéfico. No obstante, una cosa es la intención y otra la medida, que puede (...) [generar] un riesgo para un sector de la población, lo que lesionaría el subprincipio de utilidad- incluido en el principio de beneficencia- fragilizándolo en relación a la situación actual”. *Ibidem*.

4.- Conclusiones: ¿El copago como forma de contención del gasto?

Si bien no dudamos en afirmar que el copago es una forma de implicar al usuario en el uso responsable del servicio tenemos ciertas dudas de que sea una auténtica forma de contención del gasto, o quizás no a corto plazo, aún cuando el hecho de hacerle participe suponga que al menos el uso irresponsable está compensado económicamente.

No obstante no podemos ser del todo categóricos en esta afirmación ya que, como hemos indicado, faltan estudios rigurosos al respecto en nuestro país. A pesar de que sí es un sistema que funciona en otros países de nuestro entorno, los resultados que se derivan, no positivos en igual grado en todos los Estados, no son extrapolables, salvo desde un punto de vista teórico, a nuestro país, por las diferencias estructurales, aún cuando los sistemas sanitarios tengan cierto parecido. Es por ello que, a falta de un serio y riguroso estudio económico, que requeriría de ciertos medios que no sólo escapan al objeto de esta comunicación, sino de un tiempo largo de estudio para observar en diferentes momentos sus resultados, no podemos sino sumarnos a la corriente doctrinal que intenta aportar ideas sobre cómo llevar a cabo un sistema de copago en el marco actual de nuestro sistema sanitario.

Desde la humildad del estudioso ha sido éste nuestro objetivo. Tras la lectura de distintas aportaciones doctrinales, unas a favor de estos sistemas y otras contrarias a él hemos llegado a las conclusiones que hemos intentado explicar en páginas precedentes. Ello ha supuesto que consideremos que el copago ha de ser considerado en la atención primaria, no en la especializada, y a él han de quedar sujetos todos los individuos, si bien han de preverse mecanismos de exención y bonificación para rentas bajas y enfermos crónicos, entre otros, de tal forma que su introducción no suponga, en ningún caso, que un individuo pueda quedar fuera de la atención sanitaria por no poder hacer frente al copago. Correlativamente han de ser establecidas medidas que eviten que se utilicen las urgencias hospitalarias como forma de evitar el pago en las consultas de atención primaria.

Tal y como señalamos, si bien puede ser una fórmula que ayude en algo por la toma de conciencia del individuo del coste sanitario no es la medida que solucionará el grave gasto sanitario. Es preciso junto a ella considerar otras que pasarían, en primer lugar, por establecer adecuadas formas de control de calidad y eficiencia en la prestación sanitaria, la inversión en tecnologías que facilite el trabajo de los fa-

cultativos, tanto en medios de diagnóstico como de consulta y comunicación que les permita llegar a un mejor y más rápido diagnóstico, la inversión en la formación de todo el personal médico, y, entre otras que pudiéramos pensar, la mejora en la gestión hospitalaria.

En cualquier caso, y por cuanto es una medida que en algo puede ayudar a la contención del gasto, es preciso que, de adoptarse, se tenga en cuenta, buscando su mejor gestión, la mayor centralización posible a efectos administrativos, y el cuidadoso estudio de los usuarios del sistema sanitario para evitar que buscando una mejor gestión afectemos en calidad a una sanidad que precisamente tiene en ella uno de sus puntos fuertes.

Bibliografía

- “Copago y accesibilidad a los servicios sanitarios”, *Atención Primaria*, Vol. 26 núm. 4, 2000, pp. 155 a165.
- Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud, *Informe y Recomendaciones*, julio de 1991, Puede consultarse el texto en salpub.uv.es/admon/docs/legislacio/es/Informe_Abril_Martorell_1.pdf.
- CARBONERO, J.M., VICH, C.L., ALBERTI, F., TRUYOLS, A., SEGUÍ, J.R., Galmés, A., VICH, G.A., “¿Afecta el copago sanitario a la equidad”, *Medicina Balear*, núm. 3, 2010, pp. 36 a 41.
- ERRASTI, F., *Principios de Gestión sanitaria*, Díaz de Santos, Madrid, 1997.
- GENÉ BADIA, J., “Copago sí, Copago no”, *FMC*, 2009, pp. 251 a 253.
- MESTRE FERNÁNDEZ, F., “Reference Prices: the Spanish way”, *Investigaciones económicas*, vol XXVII, 2001, pp 125 a 149.
- MONTSERRAT, J., “El patrimonio en el copago de las prestaciones de la Ley de Dependencia”, *Economistas*, núm. 122, 2009, pp. 55 a62
- MONTSERRAT, J., “La política redistributiva de las prestaciones de la dependencia: análisis del impacto del copago en las rentas de los usuarios”, *Documentos*, núm 10/10, Instituto de Estudios fiscales, 2001.
- MORENO MILLÁN, E., “Ventajas e inconvenientes del copago en la financiación y gestión de la atención sanitaria urgente”, *Emergencias*, núm 19, 2007, ppñ 32 a 35.
- PUIG JUNOY, J., “Los mecanismos de copago en servicios sanitarios: cuándo, cómo y por qué”, *Hacienda Pública Española*, núm. 158, 2001, pp. 105 a 134
- RODRIGUEZ CABRERO, G., “La protección social a la dependencia en España en el marco social europeo”, *Panorama social*, 2006, pp.23 a 45.
- ROJAS, M., *Reinventar el Estado del Bienestar. La experiencia de Suecia*, Gota a Gota, Madrid, 2008.

SAN SEGUNDO, G., “El copago sanitario o la polémica del Euro”, *Med Econ*, 2004, pp. 30-34. Puede consultarse en [http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumen.nsf/b4e47719711a1d49c12576cd002660cc/5d6d88cd171e7652c12577c000309295/\\$FILE/areportaje%20copago.pdf](http://bases.cortesaragon.es/bases/ndocumen.nsf/b4e47719711a1d49c12576cd002660cc/5d6d88cd171e7652c12577c000309295/$FILE/areportaje%20copago.pdf).

SPAGNOLO DE LA TORRE, E., “Análisis y comentarios en torno al Informe Abril Martorell”, *Medicina Clínica*, Vol. 100, núm. 7, 1993.

VILLALOBOS HIDALGO, J., “Copago y sostenibilidad de nuestro sistema sanitario”, *Aghatos*, pp. 44 a 48.

VILLALOBOS HIDALGO, J., “copago y sociedad del bienestar”, *Gestión Hospitalaria*, 2004, pp. 98 a 101.

LA PROBLEMÁTICA LEGAL EN EL TRATAMIENTO DEL MATERIAL BIOLÓGICO Y LOS DERECHOS DE SUS TITULARES: INVESTIGACIÓN *VERSUS* CLÍNICA. CUESTIONES PRÁCTICAS.”

Igor Pinedo García

Abogado despacho ASJUSA LETRAMED

I. OBJETIVO E INTRODUCCIÓN.

1.1. Objetivo

El objetivo de la presente comunicación es doble. En primer lugar, poner de manifiesto desde un punto de vista legal, la distinta problemática existente en los centros hospitalarios y centros de investigación en el cumplimiento de las obligaciones legales que dispone la normativa vigente en materia de investigación biomédica, tanto en su vertiente asistencial como de producción científica, y las distintas modalidades e interacciones entre ambas vertientes (diagnóstico, segundas opiniones, análisis genéticos, ensayos clínicos, cesión de información clínica y material biológico, así como también, investigación biomédica en general). En segundo lugar, se trata de poner de relieve que la anterior problemática enlaza de forma directa con los distintos derechos que los titulares, tanto del material biológico como de la información clínica, disponen respecto de la misma, dificultando a las instituciones, en ocasiones por desconocimiento, los tramites ordinarios que todo proceso asistencial o investigador precisa para su desarrollo y continuidad.

1.2. Introducción

Uno de los pilares de la investigación científica lo constituye la investigación con material biológico. Así, el espectacular y progresivo crecimiento de la investigación biomédica en los últimos años, ha provocado una gran acumulación y tráfico de material biológico en los centros hospitalarios y de investigación clínica y biomédica; en este escenario, ha sido más que evidente el descuido de las garantías y derechos que sobre dicho material biológico disponen sus titulares, los pacientes.

Con el propósito de remediar dicho escenario y sentar una razonable seguridad jurídica en el tratamiento del material biológico, se dicta la Ley 14/2007, de 3 de julio de Investigación Biomédica (LIB). Una de las principales aportaciones de la citada Ley lo constituye la regulación y conformación de los Bibancos, establecimientos públicos o privados, sin ánimo de lucro, que acogen una colección de muestras biológicas concebida con fines diagnósticos o de investigación biomédica, organizada como una unidad técnica con criterios de calidad, orden y destino.

Sin embargo, es igualmente evidente que dicha normativa resulta compleja de cumplir a los ojos de los profesionales de la gestión e investigación biomédica. Dicha dificultad viene motivada por varios factores; multitud de actores intervinientes, la propia tipología de los Biobancos, (mononodales o multimodales o en red), la interacción con otro tipo de investigaciones como los ensayos clínicos, y la confluencia con distintos derechos fundamentales de los pacientes titulares de la muestras y datos clínicos asociados a la mismas. Todo ello, provoca múltiples y variadas dudas legales sobre el desarrollo y gestión de la actividad biomédica, e incluso clínica, tanto en los centros públicos como privados.

II. ANÁLISIS DE SITUACIONES DE CONFLICTO

Conforme al doble objetivo de la presente comunicación, se pretende poner de relieve aquellas situaciones, que al menos desde un punto de vista legal, pueden ocasionar mayor quebranto para la continuidad de la actividad investigadora de los centros, en atención a los requerimientos legales que en cada caso pueden confluir y que en la mayoría de las ocasiones se desconocen.

2.1. Los trámites de las segundas opiniones y los derechos de consentimiento e información.

Con la aprobación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (Ley de Cohesión y Calidad) se establecieron las acciones de coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias como medio para asegurar a los ciudadanos el derecho a la protección de la salud y garantizar la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud. Este triple objetivo se concretó en el establecimiento de los siguientes extremos:

a. Equidad, en la línea de desarrollo del principio constitucional de igualdad, que garantice el acceso a las prestaciones y, de esta manera, el derecho a la protección de la salud en condiciones de igualdad efectiva en todo el territorio y posibilite la libre circulación de todos los ciudadanos.

b. Calidad, que conjugue la incorporación de innovaciones con la seguridad y efectividad de éstas, que oriente los esfuerzos del sistema hacia la anticipación de los problemas de salud o hacia soluciones eficaces cuando éstos aparecen; calidad que evalúe el beneficio de las actuaciones clínicas incorporando sólo

aquello que aporte un valor añadido a la mejora de la salud, e implicando a todos los actores de sistema.

c. Y, por último, participación ciudadana, tanto en el respeto a la autonomía de sus decisiones individuales como en la consideración de sus expectativas como colectivo de usuarios del sistema sanitario, y para permitir el intercambio de conocimientos y experiencias

Así, dentro de este escenario, el trámite de las segundas opiniones y el traslado o acceso desde distintos centros sanitarios al Historial Clínico de un paciente, o incluso la remisión de muestras biológicas para ser estudiadas en un segundo tiempo, gozan de la legitimidad reconocida por la anterior normativa de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, este escenario, al margen de dicha legitimidad, no está exento de cumplir con otra serie de requisitos legales que, al menos desde el ámbito de la normativa en materia de protección de datos, se erigen como necesarios para dar cumplimiento al mandato constitucional sobre el poder de control que todo paciente tiene sobre el destino de su datos personales.

En este sentido, la referida normativa en materia de protección de datos, específicamente la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD), determina en su artículo 8 que, *“las instituciones y los centros sanitarios públicos y privados y los profesionales correspondientes podrán proceder al tratamiento de los datos de carácter personal relativos a la salud de las personas que a ellos acudan o hayan de ser tratados en los mismos, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación estatal o autonómica sobre sanidad”*. Sin embargo, en lo que se refiere a la cesión posterior de dicha información sanitaria, el artículo 11 de la LOPD, establece que *“los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”*. Este principio de recabar el consentimiento del paciente constituye una de las obligaciones generales establecidas por la LOPD, si bien, tiene ciertas exclusiones, dentro de las cuales se destaca el hecho de que dicha cesión venga habilitada por una Ley¹. En este sentido, debemos hacer referencia a que la anterior Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (SNS), habilita este tipo de transmisiones o cesiones entre los centros sanitarios

¹ Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. Artículo 11.2.

con el objetivo de salvaguardar la salud de los pacientes. Sin embargo, a sensu contrario, dicha norma legal no exime de cumplir con el deber de información que la LOPD recoge en su artículo 5, y que se concreta en información sobre el nuevo destino, uso y finalidad que toda institución que registre y archive información personal de una persona, tiene obligación de cumplir.

Nos referimos a lo siguiente; a pesar de concurrir la excepción de solicitar el consentimiento del paciente para proceder a la cesión de sus datos con ocasión de una segunda opinión, lo mismo, difiere del deber de información reconocido en el artículo 5 de la LOPD, que en este caso, el centro destinatario que recibe los datos debe de cumplimentar. Este deber de información obedece, como hemos expuesto anteriormente, al mandato constitucional conforme al cual, toda persona debe tener un poder de control sobre el destino y uso de su información personal (STC 290/2000², y 292/2000³). Este derecho se concreta en el derecho de toda persona a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de sus datos. En suma, el derecho fundamental comprende un conjunto de derechos que el ciudadano puede ejercer frente a quienes sean titula-

res, públicos o privados, de ficheros de datos personales, partiendo del conocimiento de tales ficheros y de su contenido, uso y destino, por el registro de los mismos.

Por ello, al margen de operar una excepción para cumplir con la obligación de recabar el consentimiento del paciente para trasladar su información personal con la finalidad de llevar a cabo una segunda opinión, el deber de información se mantiene inalterado, amén de que ostenta una naturaleza jurídica distinta e independiente del deber de recabar el consentimiento en los supuestos contemplados por la LOPD. Únicamente quedaría excepcionado este deber de información siempre y cuando lo prevea una Ley de forma expresa, o bien que dar cumplimiento a esta obligación de informar, implique un esfuerzo desproporcionado a criterio de la Agencia Española de Protección de Datos (AGPD). A tal efecto, el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (RD 1720/2007), establece un procedimiento de petición a la propia AGPD en sus artículos 153 y siguientes, conforme al cual, la AGPD evaluará si dar cumplimiento a dicha obligación de información por parte del centro constituye un esfuerzo desproporcionado.

² STC, num. 290/2000, Fto. Jco.7º: “En efecto, ha de tenerse presente, como ya se anticipaba en la decisión de este Tribunal que se acaba de mencionar, que el derecho fundamental al que estamos haciendo referencia garantiza a la persona un poder de control y disposición sobre sus datos personales. Pues confiere a su titular un haz de facultades que son elementos esenciales del derecho fundamental a la protección de los datos personales, integrado por los derechos que corresponden al afectado a consentir la recogida y el uso de sus datos personales y a conocer los mismos. Y para hacer efectivo ese contenido, el derecho a ser informado de quién posee sus datos personales y con qué finalidad, así como el derecho a oponerse a esa posesión y uso exigiendo a quien corresponda que ponga fin a la posesión y empleo de tales datos.”

³ STC, 292/2000, Fto. Jco. 6º: “En cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado (...) El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidas de dicha información. Pero ese poder de disposición sobre los propios datos personales nada vale si el afectado desconoce qué datos son los que se poseen por terceros, quiénes los poseen, y con qué fin.”

2.2. Los Biobancos y el principio de seguridad jurídica.

Una de las figuras claves en el desarrollo normativo actual de la investigación biomédica en general, lo constituyen los Biobancos. Estas instituciones se han convertido, o al menos están llamadas a ello, en el eje y motor de la transferencia de conocimiento entre los profesionales de la investigación, fomentando sin parangón el intercambio de muestras biológicas entre los distintos profesionales del sector investigador, resto de Biobancos y/o centros especializados. Bien a nivel local, autonómico, nacional o internacional, en la actualidad, las redes de Biobancos proporcionan y facilitan esta tarea de intercambio de conocimiento con la finalidad de colaborar al avance y desarrollo de la investigación científica.

Sin embargo, a expensas de la futura aprobación del Real Decreto específico que desarrolle reglamentariamente la constitución, funcionamiento, estructura e inscripción formal de los Biobancos, estos, vienen formando parte esencial de otras instituciones en las que se constituyen como pilares esenciales para su desarrollo. Nos referimos, a título ilustrativo entre

otros, a los Institutos de Investigación Sanitaria. En este tipo de instituciones, los Biobancos ostentan un protagonismo central para la consecución de sus objetivos institucionales. Así, el Real Decreto 339/2004, de 27 de Febrero, sobre acreditación de Institutos de Investigación Sanitaria (RD de Institutos), tiene como finalidad, conforme recoge su artículo 2, fomentar la asociación a los hospitales del Sistema Nacional de Salud, de las universidades, organismos públicos de investigación y otros centros públicos o privados de investigación, a los efectos de constituir institutos de investigación multidisciplinarios y multiinstitucionales que contribuyan a fundamentar científicamente los programas y políticas del Sistema Nacional de Salud, potenciando preferentemente la investigación traslacional. Dicho compromiso fue recogido y concretado por la LIB, la cual, dentro de su exposición de motivos, dispone que su aprobación responde entre otros, a impulsar y estimular la acción coordinada de los poderes públicos y de los organismos e instituciones públicos y privados dedicados a la investigación, fijando normas en ámbitos no regulados hasta la fecha o que lo han sido de forma fragmentaria o ajena a los cambios producidos en los últimos años, dentro de los cuales, se sitúan los análisis genéticos, la investigación con muestras biológicas humanas, en particular las de naturaleza embrionaria, o los Biobancos.

Los principales motivos de este papel protagonista de los Biobancos en los Institutos de Investigación Sanitaria lo encontramos en el propio articulado del citado RD de Institutos; así, dentro de su artículo 3, se establecen los requisitos para la obtención de la acreditación como Instituto de Investigación Sanitaria; destacan los requisitos de índole jurídico en donde los Biobancos ocupan un papel esencial al objeto de obtener la citada acreditación. Así, como requisito imprescindible se impone la necesidad de contar con una guía escrita que asegure la calidad, la ética y la buena práctica científica en investigación y el cumplimiento de las disposiciones legales y los principios comúnmente aceptados en este ámbito de actuación.

Por ello, como quiera que los Biobancos se configuran como el eje central de la actividad investigadora dentro de este tipo de instituciones, la adecuación legal de estos, constituye un requisito imprescindible para su correcto desarrollo, debiendo de materializarse en una garantía de que su configuración, estructura, desarrollo de actividad y gestión del material biológico registrado cumple con los preceptos legales recogidos en las normas que afectan al funcionamiento de este tipo de establecimientos.

Sin embargo, dada la reciente aprobación de la LIB, julio de 2007, son numerosos los centros en donde el material biológico fue almacenado con anterioridad a la entrada en vigor de dicha norma legal o bien en fechas inmediatamente posteriores tras su aprobación, no disponiendo en consecuencia, del oportuno consentimiento del paciente para destinar su muestra biológica a fines investigadores de carácter general.

En este sentido, es necesario apuntar lo siguiente; conforme recoge la LIB en su artículo 58, la obtención de muestras biológicas con fines de investigación biomédica podrá realizarse únicamente cuando se haya obtenido previamente el consentimiento escrito del sujeto fuente y previa información de las consecuencias y los riesgos que pueda suponer tal obtención para su salud. Así las cosas, si finalizada la investigación en la que se encuentre incurso la muestra biológica, se decidiera destinarla a otro tipo de investigación, la referida LIB, estipula en su artículo 60.2 que, el consentimiento específico podrá prever el empleo de la muestra para otras líneas de investigación relacionadas con la inicialmente propuesta, incluidas las realizadas por terceros. Si no fuera este el caso, se solicitará al sujeto fuente que otorgue, si lo estima procedente, un nuevo consentimiento.

Por ello, el sentido literal de la normativa citada, exige la obtención y disposición con carácter previo del consentimiento informado del paciente para la utilización de su muestra biológica en una investigación biomédica. Su ausencia o falta de disposición previa, salvo que se traten de muestras adquiridas con anterioridad a la entrada en vigor de la LIB y el Comité de Ética correspondiente haya dado el visto bueno a su utilización sin necesidad de requerir el consentimiento (Vid. Disp. Transitoria 2ª de la LIB⁴),

⁴ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. Disposición Transitoria Segunda: "Las muestras biológicas obtenidas con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley podrán ser tratadas con fines de investigación biomédica cuando el sujeto fuente haya dado su consentimiento o cuando las muestras hayan sido previamente anonimizadas. No obstante, podrán tratarse muestras codificadas o identificadas con fines de investigación biomédica sin el consentimiento del sujeto fuente, cuando la obtención de dicho consentimiento represente un esfuerzo no razonable en el sentido que se indica en el párrafo i del artículo 3 de esta Ley, o no sea posible porque el sujeto fuente hubiera fallecido o fuera ilocalizable. En estos casos se exigirá el dictamen favorable del Comité de Ética de la Investigación correspondiente, el cual deberá tener en cuenta, como mínimo, los siguientes requisitos:

Que se trate de una investigación de interés general.

salvo que se proceda a su anonimización⁵, implica la comisión de una infracción de carácter grave, tal y como así se dispone en el Art. 74.B.b) de la LIB.

Sentado lo anterior, uno de los problemas más comunes que pueden plantearse en este escenario es el no disponer del consentimiento del paciente para la utilización de su excedente de muestra diagnóstica por ejemplo, con fines de investigación, y que, como indica la LIB, el Comité de Ética para la Investigación, al momento de presentarse el Proyecto a su dictamen, determine la inexcusable necesidad de recabar el citado consentimiento de los titulares del material biológico. Así las cosas, en múltiples ocasiones, dar cumplimiento a este requerimiento es muy dificultoso por distintas razones, falta de previsión previa, inminente comienzo de la investigación, número de pacientes, etc. Una solución que en ocasiones se plantea por parte de los centros es proceder a la anonimización de dicho material, de tal modo que se rompa toda trazabilidad posible entre la identidad del paciente y su muestra. Sin embargo, esta política, bien en aquellos casos en los que no se disponga del consentimiento del paciente y su muestra fuera adquirida tras la entrada en vigor de la LIB, o bien en aquellos casos en los que se necesite destinar una muestra para el desarrollo de una línea de investigación distinta a la que se informó y el paciente titular de la misma consintió, puede chocar directamente con determinados artículos de la LIB. La posibilidad de anonimización de aquellas muestras que hayan sido adquiridas con posterioridad a la entrada en vigor de la LIB, como método alternativo a la instrucción de recabar el consentimiento, exige, también, su previa información a los pacientes titulares de las mismas.

En efecto, lo mismo viene fundamentado por el propio artículo 59.1.f) de la LIB, toda vez que expresamente recoge en su texto que, si la anonimización absoluta de las muestras deviniera a posteriori de finalizar la investigación, o durante la misma, este

hecho debiera de haber sido informado con carácter previo a cada paciente en la hoja de información correspondiente antes de donar su muestra. Por ello, proceder a dicha ruptura total de trazabilidad para poder, o bien iniciar una investigación o para destinar la muestra a una línea de investigación distinta de la informada en un primer momento, puede implicar que, 1) el paciente, si no ha sido informado de tal posibilidad previamente, pudiera negarse a lo mismo en virtud del poder de disposición que sobre sus muestras y datos personales nuestro Tribunal Constitucional le reconoce, y 2) al no encontrarse efectivamente dispuesto de esta forma en el hoja de información al paciente, se le esté privando del derecho “a saber”, recogido entre otros, por los arts. 59.1 i),j) de la LIB. Concretamente, dicho artículo determina lo siguiente:

“Advertencia sobre la posibilidad de que se obtenga información relativa a su salud derivada de los análisis genéticos que se realicen sobre su muestra biológica, así como sobre su facultad de tomar una posición en relación con su comunicación.

Advertencia de la implicación de la información que se pudiera obtener para sus familiares y la conveniencia de que él mismo, en su caso, transmita dicha información a aquéllos.”

Esta problemática también se plasma en el último de los apartados descritos en el artículo 59, concretamente en su apartado 2, toda vez que incluso en el caso de que desde un primer momento se informe al paciente que su muestra será, ya desde el inicio, anonimizada, tal circunstancia en modo alguno implica una excepción al deber de información sobre determinados aspectos. Así, el citado artículo destaca que:

Art. 59.2:

En el caso de utilización de muestras que vayan a ser anonimizadas, el sujeto fuente recibirá la información contenida en los apartados a), b), c) y d) de este artículo.

Art.59.1.a),b),c) y d):

Finalidad de la investigación o línea de investigación para la cual consiente.

Beneficios esperados.

Posibles inconvenientes vinculados con la donación y obtención de la muestra, incluida la posibilidad de ser contactado con posterioridad con el fin de recabar nuevos datos u obtener otras muestras.

Identidad del responsable de la investigación.

Por todo ello, respecto a las muestras biológicas adquiridas tras la entrada en vigor de la LIB, julio de 2007, proceder a la anonimización directa de las mismas sin haber sido previamente informada tal circunstancia a sus titulares, puede contravenir distintos artículos de la LIB, destacando entre otros, el dere-

Que la investigación sea menos efectiva o no sea posible sin los datos identificativos del sujeto fuente.

Que no conste una objeción expresa del mismo.

Que se garantice la confidencialidad de los datos de carácter personal.

⁵ Ley 14/20007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. Artículo 3.i: “dato que no puede asociarse a una persona identificada o identificable por haberse destruido el nexo con toda información que identifique al sujeto, o porque dicha asociación exige un esfuerzo no razonable, entendiendo por tal el empleo de una cantidad de tiempo, gastos y trabajo desproporcionados.”

cho “a saber” de los pacientes titulares del material biológico.

En este sentido, la previsión y conocimiento de los requisitos legales necesarios para el desarrollo de una actividad investigadora sobre el material biológico cobra, como vemos, una importancia de primer orden al objeto de no actuar en contra de los derechos que los titulares del material biológico ostentan.

2.3. El poder de disposición sobre el material biológico de sus titulares, ¿en qué se traduce?: su extensión y límites.

Dentro del ámbito clínico, las facultades de disposición que los pacientes tienen sobre su material biológico, difiere sustancialmente de las que la LIB les confiere cuando sus muestras son destinadas a la investigación biomédica en términos generales. En efecto, esta distinción viene determinada por lo dispuesto en la actual *Ley* 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la *autonomía del paciente* y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Así, la muestra biológica y su información clínica, son parte integrante de la historia clínica del paciente; de este modo, su destrucción debe de respetar las normas legales establecidas al efecto. A título ilustrativo por ejemplo, la Resolución de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 10 de noviembre de 2008, analiza los límites del derecho de cancelación de todo paciente respecto a la información obrante en su propia Historia Clínica. Así, por parte del paciente-reclamante, se dirigió escrito a la Clínica donde había sido tratado solicitando la cancelación de determinadas imágenes integrantes de su historial clínico, toda vez que se estaban difundiendo en determinados Congresos médicos. Lejos de materializarse la cancelación pretendida, la Agencia Española de Protección de Datos resuelve confirmando la decisión de no cancelar la citada información por parte de la Clínica, amparándose en que, por un lado, la utilización docente de las imágenes del paciente se realizaba disociando la identidad del mismo, así como que por imperativo legal, al menos durante cinco años, el centro médico está obligado al archivo y custodia de toda la información clínica que se origine con ocasión de cada proceso médico de todo paciente.⁶

Así, una cuestión problemática en la actualidad lo constituyen los casos en los que por motivos diversos,

los pacientes puedan llegar a requerir la entrega de su muestra biológica biopsiada, por ejemplo, para llevar a cabo una segunda opinión diagnóstica en un centro de su elección, o incluso para poder presentar cualesquiera acciones judiciales contra los profesionales sanitarios intervinientes, amparándose en este último supuesto, en algún tipo de error de diagnóstico. Ante tales circunstancias, salvo mejor criterio, debe entenderse que si bien es cierto que el paciente tiene disponibilidad sobre su muestra biológica extraída con fines diagnósticos, lo mismo no puede traducirse en una entrega material de la misma a este. A título ilustrativo, puede citarse el artículo 49 de la *Ley* 3/2009, de 11 de mayo de derechos y deberes de los usuarios de la Región de Murcia, donde se dispone expresamente que “*las personas a quienes se les practique una biopsia o extracción de tejidos en los centros, servicios o establecimientos sanitarios tienen derecho a disponer de preparaciones de esos tejidos o muestras biológicas provenientes de aquéllas, con el fin de posibilitar, en su caso, una segunda opinión profesional o para garantizar la continuidad de la asistencia en un centro, servicio o establecimiento diferente. A estos efectos, las muestras de tejidos extraídas para su análisis o estudio anatomopatológico se conservarán en los archivos correspondientes, salvo oposición del paciente que podrá solicitar de modo expreso su destrucción. En todo caso, no podrán conservarse ni utilizarse con finalidad distinta de aquella para la que fueron extraídas, excepto que hubiese consentimiento expreso del paciente.*”

En este sentido, *derecho a disponer*, no debe de traducirse en entrega material de la muestra biológica. El riesgo de deterioro o pérdida de la muestra por parte del paciente, puede poner en grave riesgo su salud, por ejemplo, en los casos en los que no pueda repetirse una biopsia por el alto porcentaje de morbilidad, o no exista parte alícuota de seguridad de la muestra que en su caso se haya entregado al paciente, impidiendo de esta manera realizar un segundo diagnóstico. En este sentido, salvo mejor criterio, el derecho de disposición debe de traducirse en que por parte del centro se ponga a disposición del paciente la infraestructura necesaria para dar cumplimiento a su derecho de disposición, de modo que sea el propio centro quien tramite el traslado de la muestra al centro y/o destino que desee el paciente, garantizando de esta manera la seguridad y calidad de la muestra biológica en dicho proceso.

Esta postura viene avalada por nuestros tribunales. Concretamente, de especial relevancia es la Sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, Sala de lo Contencioso Administrativo, de fecha 16 de mayo de 2001 (Recurso de Apelación

⁶ Agencia Española de Protección de Datos. Resolución N°.: R/01424/2008

núm. 49/2001), donde se juzgó un caso de denegación de entrega de preparaciones histológicas a una paciente en el Hospital Marqués de Valdecilla. Así, dentro del apartado de Antecedentes de Hecho (Tercero), la Sala recogió la postura del Juzgado que dictó sentencia en primera instancia, el cual, en lo relativo al fondo del asunto sometió a debate el derecho de información clínica del paciente; entendiendo que éste tiene derecho a conocer y estar informado de su «historia clínica» y consecuentemente, en virtud del art. 61 de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y art. 15.2 del Código de Ética y Deontología Médica, de 31 de octubre de 1990, ello abarca y engloba la entrega de las pruebas histológicas que puedan conservarse en el Hospital Universitario donde se practicaron a la misma.

Sin embargo, la Sala corrigió dicha interpretación jurídica, estableciendo que

*“el derecho de información clínica del paciente, el acceso a su historia clínica, no comporta en modo alguno, como sin embargo se entiende por el Magistrado de instancia, que dentro de ésta se resida y funde su solicitud de entrega de la preparaciones histológicas para las biopsias que se le realizaron a la recurrente, pues, son conceptos que responden a realidades, completamente distintas, ya que la historia clínica es un documento imprescindible en la asistencia médico-sanitaria, que contiene datos referentes a la salud del titular de la misma, entre otros, las pruebas complementarias y datos analíticos (pruebas analíticas, radiológicas, o de otro tipo), respecto de las que el enfermo, si tiene derecho a obtener los resultados de éstas, mientras que, por el contrario, la «preparación histológica» de una biopsia realizada, es (...) «un Fragmento de tejido dispuesto para su observación microscópica ...», muestra de tejido que se prepara y manipula, que comprende la obtención del tejido por el cirujano, «la biopsia», supuesto de autos, que es «una porción de tejido obtenida de un individuo vivo para su estudio anatomopatológico y establecer un diagnóstico» sobre el que se efectúa el «análisis», definido como, «el examen de los tejidos extirpados por un estudio macroscópico ...», con posterior proceso de «evaluación» en la forma descrita en el informe científico-técnico y, a través de todo lo cual se llega a una conclusión diagnóstica del caso, que se plasma en un informe que contiene todos los datos esenciales para el manejo del caso por el clínico encargado. Siendo este informe denominado anatomopatológico, el que contiene el diagnóstico y datos de valor pronóstico en su caso. **Por consiguiente, ante el diverso y antagónico significado de ambos conceptos, no puede concluirse que dentro del derecho de información en cuestión, se encuentra la entrega de lo solicitado por doña “AAAA”, es decir, las preparaciones histológicas de las biopsias realizadas, sino la documentación clínica consistente en ese informe mencionado y demás datos objetivos sobre los resultados de dichas pruebas o análisis, obrantes en la historia clínica, que por otra parte no se ha interesado su acceso, cuya posibilidad tiene y sin perjuicio de así hacerlo con***

independencia de este proceso, por todo lo cual, procede estimar el recurso de Apelación, entendiendo como correcto el Acto impugnado por el que se denegaba a la actora la entrega del material citado.”

Por ello, debe entenderse que el derecho de disposición sobre el material biológico no puede traducirse en el derecho de recibir materialmente el mismo por parte del paciente. Todo lo contrario, debe ser el centro responsable de su custodia, el encargado de poner a disposición del paciente los medios necesarios para acceder a su derecho, siempre y cuando dicha disposición, no ponga en riesgo su salud o contraviniera un mandamiento legal, en cuyo caso, el centro en cuestión, puede negarse a dar cumplimiento al ejercicio del derecho instado por el paciente titular de la muestra biológica.

2.4. Los análisis genéticos en el ámbito de los ensayos clínicos y el modo de proceder para su conservación conforme a la normativa en materia de investigación biomédica y ensayos clínicos.

La regulación de los ensayos clínicos se recoge, principalmente, en el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, y por la Ley del Medicamento, esto es, la Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Sin embargo, con el objeto de obtener determinadas evidencias para comprender la forma en que las características genéticas de una persona determinan el grado de eficacia de un fármaco en su organismo, es cada vez más frecuente llevar a cabo sub-estudios farmacogenéticos como parte de los propios ensayos clínicos principales. Así, a pesar de que este tipo de sub-estudios comportan el tratamiento y análisis de muestras biológicas procedentes de los sujetos participantes en el ensayo principal, la norma legal que rige el tratamiento de estas muestras y la información, en este caso, genética derivada de su estudio, es la LIB, y no la relativa a ensayos clínicos.

El artículo 52 de la citada norma legal establece que los datos genéticos obtenidos de los análisis o determinaciones genéticas que se lleven a cabo, cuando vayan a ser utilizados para la investigación biomédica, deberán de conservarse, transcurridos cinco años desde su obtención y sin haber sido cancelados a petición del sujeto fuente, de forma anonimizada.⁷ Esta anonimización supone, como ya se ha

⁷ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica. Artículo 52: “1. Los datos genéticos de carácter personal se

apuntado en líneas anteriores, artículo 2.c) de la citada LIB, la imposibilidad, mediante medios razonables, de establecer un nexo entre un dato y el sujeto al que se refiere.

Sin embargo, lo dispuesto en el anterior artículo 52 de la LIB, plantea serias dificultades de interpretación porque la obtención de la eficacia de prácticamente la totalidad de los ensayos clínicos es superior a los citados 5 años, toda vez que el periodo de tiempo que media entre la obtención de los datos genéticos a partir de una serie de muestras extraídas con ocasión del estudio principal, y la obtención de los datos/resultados/evidencias de este último, es superior a 5 años, lo cual, conforme al artículo 52 de la LIB, implica que hubiera de haberse procedido, con anterioridad a la obtención de los resultados del ensayo clínico principal, a la anonimización de las muestras y la información genética extraída de las mismas. Así, la información genética obtenida de cada muestra biológica resultaría inservible a efectos de eficacia del fármaco objeto de ensayo al no poder establecerse por medios razonables el nexo entre dicha información y el sujeto al que se refiere y que participa en el ensayo clínico principal.

Sin embargo, a pesar de esta aparente contradicción, la LIB reconoce las enormes dificultades que existen para deslindar los límites que enmarcan la investigación y el diagnóstico en el ámbito de los análisis genéticos. A tal efecto, dispone en su Exposición de Motivos que, por razones de coherencia sustantiva y sistemática y en atención a los importantes derechos de las personas que pueden hallarse implicados en este tipo de análisis, *esta Ley no podía renunciar a establecer el marco jurídico en el que ha de situarse la realización de análisis genéticos con cualquier finalidad, incluida la diagnóstica.*

Por ello, al no distinguirse entre utilización de datos genéticos para diagnóstico y/o investigación, entendemos que el presente caso es una cuestión poco pacífica. La LIB, en su artículo 52, dispone, tal y como hemos expuesto anteriormente, que se procederá a la anonimización de la muestra biológica y los

datos genéticos obtenidos de la misma cuando estos datos genéticos se destinen a fines de investigación y el sujeto fuente no haya ejercido su derecho de cancelación transcurridos 5 años desde su obtención. Sin embargo, la finalidad inicial de dicha obtención de información genética, a la vista de los Art. 52.1 y 52.2 de la citada Ley, evidencia que el supuesto regulado se refiere a aquellos casos en los que la obtención de información genética ha obedecido a una finalidad diagnóstica. Ello implica que emitido el diagnóstico y transcurrido el plazo de 5 años desde la obtención de la información genética y sin que el sujeto haya solicitado su cancelación, dicha información genética, en el caso de destinarse a fines de investigación, deberá de realizarse de forma anonimizada.

De este modo, el supuesto contemplado en la propia norma legal no se refiere, al menos de forma transparente, a casos donde la finalidad de la obtención de la información genética desde el inicio, haya sido con fines de investigación.

Por ello, debido a lo controvertido del tema que nos ocupa, así como a la múltiple casuística que puede concurrir en materia de investigación biomédica, la propia LIB dispone, en su Exposición de Motivos, que aquellas cuestiones que no se encuentren reguladas por la LIB, serán de aplicación de forma supletoria, entre otras, la LOPD. Ello viene motivado principalmente por el tipo de datos (GENÉTICOS) personales que se tratan en este tipo de investigaciones científicas.

En este sentido, por el Consejo de Europa en su Recomendación R. (97) 5, sobre protección de los datos médicos, dispone la íntima relación existente entre los datos médicos y los datos genéticos (vid. principio 1): *“La expresión – datos médicos – se refiere asimismo a los datos que tienen una clara y estrecha vinculación con la salud así como a los datos genéticos.”*

Añadiendo, exclusivamente respecto a los “datos genéticos” lo siguiente: *“La expresión datos genéticos se refiere a toso los datos, de cualquier clase, relativos a las características hereditarias de un individuo o al patrón de herencia de tales características dentro de un grupo de individuos de la misma familia. Se refiere asimismo a todos los datos de los que es portador un individuo respecto a cualquier enfermedad genética (genes) línea genética relativa a cualquier aspecto de la salud o la enfermedad, tanto se presenten como características identificables como no.”*

Por tanto, habiéndose determinado que los datos genéticos constituyen datos relativos a la salud de

conservarán durante un período mínimo de cinco años desde la fecha en que fueron obtenidos, transcurrido el cual el interesado podrá solicitar su cancelación. 2. Si no mediase solicitud del interesado, los datos se conservarán durante el plazo que sea necesario para preservar la salud de la persona de quien proceden o de terceros relacionados con ella. 3. Fuera de estos supuestos, los datos únicamente podrán conservarse, con fines de investigación, de forma anonimizada, sin que sea posible la identificación del sujeto fuente.”

una persona, y que por consiguiente, su tratamiento exige la adopción de una serie de medidas de seguridad excepcionales dada la sensibilidad de la información implicada, la LIB dispone la aplicación supletoria de la propia LOPD en aquellos supuestos no regulados por la misma.

Así, atendiendo a nuestro caso concreto, como quiera que no se encuentra debidamente identificado en la LIB, salvo mejor criterio fundado en derecho, hemos de traer a colación de forma supletoria lo dispuesto por el artículo 4.5, “Calidad de los Datos”, de la LOPD, el cual dispone a este respecto lo siguiente:

“5. Los datos de carácter personal serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados.

No serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados.

Reglamentariamente se determinará el procedimiento por el que, por excepción, atendidos los valores históricos, estadísticos o científicos de acuerdo con la legislación específica, se decida el mantenimiento íntegro de determinados datos.”

Por tanto, el hecho de encontrarse vinculada la finalidad del sub-estudio farmacogenético con la propia finalidad del ensayo clínico principal determina que la obtención y conservación de la información genética extraída de las muestras biológicas de los sujetos participantes en el ensayo, se encuentra a su vez, exclusivamente ligada al desarrollo del ensayo clínico en cuestión, y concretamente, hasta el momento de su contraste con los resultados del propio ensayo principal. En dicho momento, su finalidad ya estaría cumplida y por tanto habría de procederse a su anonimización de forma que no permita la identificación del sujeto fuente.

Por ello, la protección que debe de dispensarse a los datos genéticos no es incompatible con que puedan destinarse a la investigación, siempre que se observe lo dispuesto por el marco legal general, sin perjuicio de las adaptaciones que sean posibles desde las necesidades específicas que la propia investigación requiera. Igualmente, conviene traer a colación diversos precedentes jurídicos relacionados con la LIB, y cuyo contenido marca la línea interpretativa expuesta en párrafos anteriores.

La Recomendación del Consejo de Europa Nº R(97) 5, sobre Protección de datos médicos, aporta una serie de aclaraciones conceptuales que fundamentan, a nuestro entender, lo dispuesto anteriormen-

te. Así, en su principio num. 12, relativo a la utilización de datos médicos con fines de investigación científica, dispone que los mismos serán anónimos:

“Siempre que ello sea posible, los datos médicos utilizados para fines de investigación científica deberán ser anónimos. Las organizaciones profesionales y científicas, así como las autoridades públicas promoverán el desarrollo de técnicas y procedimientos que aseguren el anonimato”.

Sin embargo, la Recomendación acepta la hipótesis de que exista la posibilidad de investigación con datos personales, identificables, si dicha anonimización comportara la imposibilidad de llevar adelante el proyecto de investigación científica, y dicho Proyecto persiguiera objetivos legítimos; si bien, se exige el cumplimiento de un conjunto de requisitos, (principio 12.2.),

Condiciones:

El sujeto de los datos ha dado su consentimiento informado para uno o más objetivos científicos.

Cuando el sujeto de los datos sea una persona legalmente incapaz privada de tomar decisiones libres, y el derecho no le permite actuar en su propia representación, que sus representantes legales, una autoridad o una persona o institución fijadas por la ley, hayan dado su consentimiento en el marco de un proyecto de investigación relacionado con la situación médica o la enfermedad del sujeto de los datos.

Descubrimiento de los datos para el objetivo de un proyecto de investigación científica bien definido relacionado con un interés público relevante ha sido autorizado por la institución que prevalece derecho interno, siempre que: i) el sujeto de los datos no se ha opuesto expresamente al descubrimiento de los datos; y, ii) sea impracticable contactar con el sujeto de los datos para obtener su consentimiento, incluso aunque se realizaran esfuerzos razonables para ello; y, iii). Los intereses del proyecto de investigación justifican la autorización; o, d) la investigación científica está prevista por la ley y constituye una medida necesaria por motivos de salud pública.

Por ello, en estos casos, el consentimiento del sujeto fuente constituye un punto de partida irrenunciable. De este modo, se hace necesario que la Hoja de Información y el Documento de Consentimiento Informado que se trasladen al paciente contengan la información relativa a la finalidad, motivaciones y naturaleza del sub-estudio farmacogenético. Habrá de recogerse de forma expresa que la finalidad del sub-estudio en cuestión se encuentra vinculada o condicionada al cumplimiento de la finalidad del ensayo principal. De este modo, la finalidad de este sub-estudio vendrá marcada, por la propia finalidad del ensayo clínico principal conociendo el sujeto fuente de forma inequívoca que la finalidad del sub-estudio

forma parte de la finalidad principal del ensayo clínico objeto de estudio y en el cual participa.

Ello debe implicar, salvo opinión mejor fundada en derecho, tal y como reconocía la propia LOPD, así como la Recomendación del Consejo de Europa N° R (97) 5, el mantenimiento de la información identificable (datos genéticos) hasta el cumplimiento de su finalidad dentro del ensayo clínico principal, momento a partir del cual, en el caso de destinar dicha información genética a otros fines distintos de los del propio ensayo clínico principal, deberá de procederse a su anonimización.

III. CONCLUSIONES

Con el paso del tiempo, hemos podido comprobar como han ido, y van aconteciendo, nuevos hallazgos e instrumentos de trabajo en el desarrollo de la actividad investigadora. Muchos de ellos han supuesto una evolución sustancial en la metodología de trabajo que hasta la fecha se venía desarrollando. En este sentido, el ámbito de la investigación biomédica se ha revelado como un instrumento básico en la mejora de la calidad y esperanza de vida de los ciudadanos, con la consecución de múltiples tratamientos médicos para patologías hasta fechas recientes intratables.

Este progresivo crecimiento de la investigación biomédica en estos últimos años ha provocado una gran acumulación y tráfico de material biológico. Esta circunstancia provoca el planteamiento de importantes cuestiones éticas y legales, toda vez que se han venido descuidando las garantías y derechos que sobre dicho material biológico disponen los pacientes (titulares del mismo).

Sin embargo, dada la compleja normativa reguladora del ámbito que nos ocupa, la multitud de actores intervinientes y la interacción con otro tipo de investigaciones, como los ensayos clínicos, provocan múltiples y variadas dudas legales sobre el desarrollo y gestión de la actividad investigadora. Sin embargo, lejos de que esta eventual dificultad legitime la transgresión de los derechos que sobre el material biológico ostentan sus titulares, en el presente caso los pacientes, obliga a una actuación coordinada de todos los poderes públicos en el esclarecimiento de cuantas lagunas legales y dudas interpretativas resulten del actual marco normativo. Todo ello con el objetivo de dotar de seguridad jurídica el desarrollo y progreso de la investigación biomédica, sin la cual, el avance de la medicina no podría ser viable.

Por todo ello, se hace imprescindible contar con una configuración y conformación dentro de los parámetros legales de todos los instrumentos, medios y agentes que rodean este tipo actividad investigadora dentro de las instituciones.

Bibliografía:

- Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.
- Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.
- Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.
- Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.
- Real Decreto 339/2004, de 27 de Febrero, sobre acreditación de Institutos de Investigación Sanitaria.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
- Ley 3/2009, de 11 de mayo de derechos y deberes de los usuarios de la Región de Murcia.
- Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos.
- Ley 29/2006 de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.
- Recomendación R. (97) 5 del Consejo de Europa.

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR CONTRACCIÓN DE INFECCIONES EN EL ÁMBITO HOSPITALARIO: EVOLUCIÓN, CONTROL Y REGISTRO DE DATOS

Elena Martínez-Zaporta Aréchaga
Abogada Especialista en Derecho Sanitario

Resumen: Un análisis prospectivo de la IN faculta al estudioso para comprender la casuística de su producción y encarar su potencial responsable. Éste nos descubre unos matices especiales que lo singularizan como supuesto de los demás arquetípicos juzgados en la Jurisdicción contenciosa sobre temas sanitarios, siendo uno de ellos el del desapego al criterio de la *lex artis* introduciendo variables más afines. Estas particularidades allanan el camino para la viabilidad de la creación de Registros de Sucesos Adversos (RSA) que la traten, dada la experiencia acumulada en sistemas parecidos.

Palabras clave: infección nosocomial, calidad de servicio, mínimo irreductible, tasa de prevalencia, *lex artis*, teoría de creación de un riesgo, déficit asistencial.

I. Definición y planteamiento.

La infección nosocomial (IN) es aquella que contrae el paciente durante su estancia en el Centro donde se le presta el tratamiento, la cual no existía antes del ingreso, ni tampoco se incubó previamente a éste, y que puede debutar mientras se le trata o en unas 48-72 horas desde que recibe el Alta¹.

La denominación viene del latín *nosocomium*, *hospital de enfermos*, que determina su origen, de ahí el adjetivo 'hospitalaria', utilizándose también el término 'intrahospitalaria' para oponerse a 'extrahospitalaria' –o infección comunitaria– que designa más drásticamente el lugar del foco infeccioso, brote o contagio, y ello no es por casualidad. La práctica de la Medicina en los Hospitales, esto es, en edificios a los que se agrupa a los pacientes para su atención, genera ese riesgo propio^{2,3} concebido como compli-

cia General de la Agencia de Calidad del SNS. Descargable en: http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/opsc_sp2.pdf [URL con acceso el 28/05/2011]. Coincide con la definición dada por la OMS. Y con la Recomendación R (84) 20 del Consejo de Europa. Comité de Ministros 376. Estrasburgo, 26 de octubre de 1984.

² Tal vez la primera aportación crucial a la investigación de la causa y a la prevención de infecciones, se debe a Ignaz Philipp Semmelweis, considerado como "el primer epidemiólogo social" si bien en su momento no tuvo la repercusión esperada e incluso recibió bastantes mofas. Éste era un médico húngaro que trabajaba en la *Primera Clínica Obstétrica* del Hospital General de Viena dirigida a atender a mujeres que no tenían recursos para pagarse una partera privada, y en donde muchos doctores primerizos y estudiantes de medicina practicaban el parto con fórceps y hacían autopsias. Junto a ésta, y también como instalación arquitectónica separada del Hospital, existía una *Segunda Clínica de Matronas*. La tasa de mor-

¹ p.21, del "Estudio Nacional de Efectos Adversos ligados a la Hospitalización", ENEAS 2005. Febrero 2006, Agen-

cación no deseada del progreso natural del curso clínico, y que aún en nuestros días es uno de los problemas más serios a los que se enfrentan las organizaciones sanitarias de los países desarrollados⁴. Las razones son:

talidad en su departamento era de entre 13-17%, situándose entre el 20% - 50% en las épocas de epidemia. Sin embargo en el que sólo intervenían las matronas dicha tasa era estable y se mantenía en un 1,5%: *"Semmelweis observó que la mayoría de las pacientes hospitalizadas contraía la fiebre puerperal incluso antes del parto y que el punto de infección era siempre el útero. Además, la sepsia puerperal era rara entre las mujeres que ya habían parido al llegar al hospital. Sin embargo, la cadena de deducciones no coincidió en su mente hasta no leer el reporte de la autopsia de su amigo y colega, Jakob Kolletschka (profesor de patología) quien murió de 'pyemia de patólogo' —una herida accidental en la mano, que se hizo después de una autopsia. (...) Posteriormente escribiría sobre Kolletschka que 'Su sepsia y la fiebre puerperal deben tener el mismo origen... los dedos y manos de los estudiantes y doctores, sucios por las disecciones recientes, portan los venenos mortales de los cadáveres a los órganos genitales de las mujeres en parto'". Por ello comenzó un estudio epidemiológico en el año 1847 que estableció las primeras bases sobre las infecciones cruzadas (el agente transmisor es el profesional sanitario), e implantó el lavado de manos (con una solución de cloruro cálcico) como medida preventiva, llegando a reducir notoriamente los porcentajes citados. Pero no le hicieron mucho caso pese a la evidencia y fue duramente criticado cuando expuso su trabajo en 1850 a la Asociación de Médicos de Viena, y entre otros por los doctores Klein y Virchow, que creían en la teoría de las "miasmas" o condición venenosa del aire. JULIE CUIKEL, Ph. D., "Lecciones de Ignaz Semmelweis. Actualización epidemiológica y social para una maternidad segura". *Medicina Social/Social Medicine*. Escuela de Medicina Albert Einstein de New York y ALAMES, Vol. 3, nº 1, 2008, p.p. 54 – 55. Vid. también MENÁRGUEZ PALANCA, Mª C., *Impacto de un programa docente de sobre la higiene de manos en un Hospital General*". UCM, Facultad de Medicina, Departamento de Microbiología I, Madrid 2010, p.p.17 – 20.*

³ Y sin perjuicio de otros riesgos ligados a la hospitalización (éste no es el único) y otra verdad constatada: en general la mayoría de los avances en los modos y medios que utiliza la ciencia médica introducen elementos riesgosos que pueden provocar la producción de efectos nocivos para la salud, ya sea por el uso de nueva maquinaria, o por la creación de una unidad específica como una UCI, o por implantes nanotecnológicos, etc.

⁴ Aunque el liderazgo parece ser asumido por la OMS que en 2003 ya iba por la 2ª edición de su guía práctica sobre la "Prevención de las infecciones nosocomiales", no se ha de soslayar el importante esfuerzo realizado por el Consejo de Europa en diversas Recomendaciones ("Controlar el consumo de agentes antimicrobianos, instituir una lista selectiva de antibióticos a utilizar en las guías terapéuticas del hospital y limitar la introducción de toda novedad antibiótica sin criterios ciertos sobre actividad, toxicidad, farmacocinética y costo"), y el papel destacado que en este campo y en el marco

a) De índole económica. Un sujeto infectado ocupa más tiempo la cama en planta o en la UCI, se emplean sobre él más antibióticos, hay remisión a otros servicios, necesita interconsultas con otras especialidades, y si del evento resulta alguna secuela⁵, precisará nuevos tratamientos y prestaciones hasta su estabilización o de por vida. A estos gastos pueden añadirse los de la indemnización por lesiones o muerte si fuesen responsables⁶. Todo ello dispara los costes. La tensión entre la eficacia y la eficiencia está servida, y la solución no puede ser la de aumentar el déficit o la "tentación constante de pedir más dinero al usuario (por ejemplo el copago) (...) o bien de "recortar a ciegas". (...) Los recursos que nos faltan están drenándose dentro del propio sistema".

b) De índole bioética. Indagar en los factores desencadenantes y evitar su producción, requiere cambios en la conducta de los profesionales sanitarios. Al margen de las recomendaciones científicas, han de estar dispuestos a participar en la gestión y formados para que sus decisiones no se basen en una viciada interpretación del principio de beneficencia o incentivo a "obtener el beneficio a costa de todo": que se precipita sin remedio hacia la medicina defensiva y entra en colisión con el contenido de los principios de justicia, autonomía⁸ y no maleficencia. Este último

más amplio de la detección de los Efectos Adversos, han desempeñado EEUU, Reino Unido, Australia y otros. Vid. p.p. 2-34, LARIOS RISCO, D. (Coord), *Error sanitario y seguridad de pacientes. Bases jurídicas para un registro de sucesos adversos en el Sistema Nacional de Salud*. Comares, Granada, 2009.

⁵ Puesto que otro problema serio es su asociación con mortalidad y morbilidad.

⁶ Aunque las indemnizaciones sean satisfechas por una Aseguradora, no se olvide la dificultad que las organizaciones sanitarias tienen para encontrar pólizas y el correlativo aumento de las primas, directamente proporcional al incremento de las cantidades concedidas por los Tribunales y al número de las reclamaciones judiciales.

⁷ "La eficacia clínica es conseguir curar a un enfermo de una enfermedad curable. La eficiencia es hacer lo mismo con los recursos justamente necesarios, no más". GOVINDARAJAN, R. "Dieta anticrisis para los hospitales públicos: seguridad, calidad y rapidez". *Gestión clínica y sanitaria*. Vol. 12, nº 3, Otoño 2010. p. 81.

⁸ La 'Justicia' implica que a todos los pacientes se debe de prestar la mejor terapia dentro de los límites presupuestarios que deben de ser administrados y distribuidos equitativamente. Conforme a la 'Autonomía' se deben de eliminar las situaciones de incertidumbre y posibilitar mejor información. p. 204, "Proyecto IDEA (Identificación de Efectos Adversos)", Escuela Valenciana de Estudios de la Salud (EVES), 2004. Descargable en: http://www.eves.san.gva.es/c/document_library/get_file?uu

encarnado por el aforismo latino “*primum non nocere*”, funciona como motor de actuación, instaurando que para no dañar, es preciso que el paciente no reciba terapias que puedan lastimarlo, lo que no alcanza sólo a la eliminación de la contraindicación técnica, sino que se extiende a la “*minimización de todo lo que pueda inducir daño: físico, psíquico u organizativo*”.

c) De índole social. Que se puede resumir en la “Paradoja de la Salud” formulada por A.J. BARSKY en un artículo que la llevaba por título, publicado en 1998 en el *New England Journal of Medicine*: “*A pesar de los indudables avances técnicos (diagnósticos y terapéuticos), y de la mejoría de los indicadores objetivos de la salud, los usuarios de servicios médicos en países desarrollados están cada vez más descontentos con la atención que reciben, al igual que los profesionales, en los que la frustración e insatisfacción por su trabajo ha llegado a adquirir caracteres epidémicos*”⁹. También se presenta como “*disminución del umbral de la tolerancia ante problemas banales y autolimitados*”¹¹, o “*creciente intolerancia al discomfort*”. Lo que explica en parte el incremento de la litigiosidad en materia sanitaria de las dos últimas décadas, planteadas a espaldas de idiosincrasia de la población: envejecimiento, mayor presencia de pacientes inmunodeprimidos y pluripatológicos, déficit de recursos, emigración y enfermedades nuevas, otras.

d) De índole jurídica. Que se traduce en la dificultad para conciliar las exigencias de los modelos de gestión de riesgos con las obligaciones legales. A estas dudas, hay que sumar dos impactos perniciosos derivados del elevado número de las reclamaciones judiciales:

- Personal, pero que toca muy directamente a las instituciones. Apreciable en la culpabilidad y quebranto experimentado por los trabajadores demandados o denunciados, apareciendo bajas laborales por trastornos anímicos, abandono

prematureo de la profesión, jubilaciones anticipadas, lo que hizo surgir hace tiempo la expresión “*segunda víctima de efectos adversos*”¹², a la que se le debería dar un tratamiento médico legal diferenciado¹³.

- Las discrepancias interpretativas presentes en las sentencias autonómicas al no poder ser casadas: “*Las transferencias sanitarias han hecho que se pase de la unidad de criterio que mantenía la Audiencia Nacional a una falta de criterio uniforme en los diferentes tribunales autonómicos*”. Siendo un claro ejemplo el de la IN: “*La Audiencia Nacional tenía claro ese concepto, y, sin embargo, ahora hay tribunales superiores en donde esa infección es sinónimo automático de condena (...)*”¹⁴.

Apuntamos a la Administración, no porque lo relatado hasta ahora no pueda ser advertido en las clínicas privadas, que también, sino por ser el SNS

¹² Cap. 9 de los materiales sobre “Seguridad del paciente y prevención de efectos adversos relacionados con la asistencia”, sobre la comunicación de efectos adversos, colgados en la web del la Agencia de Calidad del SNS dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo: “*Por último, debe señalarse que un suceso adverso también puede tener las consecuencias sobre los profesionales involucrados, particularmente si son considerados, -correcta o incorrectamente-, como responsables del mismo. Vergüenza, pérdida de autoestima, culpabilización, angustia, depresión, temor al desprestigio, litigios y sanciones, pueden suponer una carga difícil de llevar, sobre todo en el caso de profesionales de talante autocrítico o en el de los más jóvenes; a quienes puede conducir a cambios de especialidad o abandonos de la profesión, convirtiéndolos en una segunda víctima*”. Disponible en: <http://www.seguridaddelpaciente.es/formacion/tutoriales/MS-CD1/contenidos/unidad9.4.html>. [URL con acceso el 28/05/2011]. Ref. Bibliográfica: Wu AW. Medical error: the second victim: the doctor who makes the mistake needs help too. *BMJ* 2000;320:726-7. Dos referencias más actuales se publicaron en *Quality and Safety Health Care*, en 2009, núm 18, p.p. 323-324, y 325-330. S D Scott, L E Hirschinger, K R Cox, M McCoig, J Brandt, L W Hall The Natural History of Recovery for the Health Care Provider “Second Victim” After Adverse Patient Events; y, William A Nelson, Suzanne C Beyea “The role of an ethical culture for the prevention and recovery of second victims”.

¹³ Situación que había merecido un tratamiento sesgado y únicamente para los casos afrontados en la Jurisdicción Penal y conocida como “la pena de banquillo”.

¹⁴ *Diario Médico*, miércoles 2/06/2010, nº 4.123, son palabras del Ilmo. Sr. César Tolosa, Presidente del TSJ de Cantabria. Descargable de: http://static.diariomedico.com/docs/2010/06/01/dm2_6.pdf [URL con acceso el 28/05/2011]. Sin embargo estas palabras se deben de medir con cautela pues también hay sentencias dispares en los órganos judiciales superiores.

[id=fd9097fe-2bb2-4eb3-bd4d-fb314490b103&groupId=10128](http://www.seguridaddelpaciente.es/formacion/tutoriales/MS-CD1/contenidos/unidad9.4.html) [URL con acceso el 28/05/2011]. La Guía de Cribado obtenida en este estudio, sirve de base para el ENEAS 2005, mencionado como instrumento en su p. 4.

⁹ p. 204, ibídem.

¹⁰ p.p. 28-29, ibídem.

¹¹ BUITRAGO RAMÍREZ, F. “La incorporación de la Medicina de Familia como disciplina académica universitaria”, *Documentos de opinión para atención primaria*, Prim. Cuatrimestre de 2005, p. 51. Indicador incluido en la Tabla 2: Repercusiones sanitarias de los cambios sociales de la segunda mitad del siglo XX.

un modelo universal y público para los ciudadanos, diseñado legislativamente desde el art. 43 CE y siendo el Estado quien ha colocado en la base de su construcción los principios¹⁵ garantes de su organización y política, cuya solidez y equilibrio es fundamental para que no se desmorone el sistema, debiendo ser éste un logro de y para todos.

II. Calidad asistencial y Efectos Adversos.

Hasta la fecha se cuenta con numerosos estudios y Guías de recomendaciones, -locales, regionales o autonómicos-, confeccionados por los Servicios de Medicina Preventiva o Enfermedades Infecciosas de los Hospitales, o por sus Sociedades científicas, o por las Comisiones de infecciones implantadas en los Hospitales de referencia, Agencia de Calidad del SNS¹⁶, u otros homónimos de las CCAA, etc, dirigidos a obtener las pautas para reducir al mínimo las tasas de prevalencia de la infección, teniendo en cuenta cuál es ésta (p.e. de Herida tras cirugía), o de dónde procede (el quirófano o la UCI) o una técnica quirúrgica. En su introducción coinciden en afirmar que el análisis y la prevención de estas infecciones ponen en tela de juicio el atributo de la Calidad, de la que se derivan los rasgos de “*eficacia, efectividad, agilidad, accesibilidad, seguridad, continuidad, información y trato*”¹⁷ (no en vano la prevalencia de la IN es uno de los indicadores de Calidad fijados por la OCDE¹⁸).

Ésta tiene a su vez una esencia multifactorial, esto es, que su consecución requiere que se controlen distintos elementos o componentes, perfilados por DONABEDIAN en 1966: el técnico, el interpersonal

y el entorno¹⁹. Hay que recordar que el concepto de Calidad nace en el sector industrial, al principio con la finalidad de “*valorar la semejanza entre un prototipo y la pieza que se elaboraba en la cadena de producción*”²⁰, después como un modo de administrar empresas²¹ y posteriormente se extiende como criterio valorativo al resto de la economía: el arte, la cultura, el turismo, la educación, y por descontado, la sanidad.

Empero este concepto no puede trasladarse a nuestro sector automáticamente y sin tener en cuenta su naturaleza específica: que es un servicio que se emplea sobre la salud y la vida. En síntesis y en aras de la mejor comprensión consiste en “*la aplicación de la ciencia médica en condiciones ideales*”: el médico y el equipo están correctamente entrenados, utilizan la tecnología más moderna, las técnicas y maniobras más apropiadas y optimizan los recursos que están a su disposición. Por tanto “*la diferencia entre la práctica real y la ideal es el trayecto que puede hacerse mejorando la calidad*”²², siendo asimismo un indicador elocuente el de la satisfacción del paciente. Es habitual que éste o sus familiares se sientan frustrados y contrariados ante la IN, pues lo que ellos creen es que los Hospitales están para curar y no para enfermar de otra cosa. Por tanto, la mejora de la calidad asistencial se ha de focalizar en su dimensión más relevante y dinámica que es la de proporcionar protección y seguridad a los enfermos²³.

La lucha por la Calidad está regulada en los arts. 59 a 63 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo de Cohesión y Calidad del SNS, que también prevé en su art. 64 los Planes Integrales de Salud cuya función es

¹⁵ Art. 7 de la Ley General de Sanidad: “*Los servicios sanitarios, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del sistema de salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad*”. Y arts. 23 y ss de la Ley de Cohesión y Calidad.

¹⁶ Vid. http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/ec03_doc.htm. [URL con acceso el 28/05/2011].

¹⁷ DONABEDIAN, A. “Una aproximación a la monitorización de la calidad asistencial”. *Calidad Asistencial*, 1981, Vol. 6: 31-9. Citado también en ARANAZ ANDRÉS, J.M., “Acerca de las unidades de gestión de riesgos”, *Calidad Asistencial*, 2009, 24 (3), P.P. 93-94.

¹⁸ Vid. traducción del “Proyecto de indicadores de calidad de atención sanitaria”, hecho en Dublín el 22- marzo – 2007. Descargable en: http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/indicadores_calidad_atencion_sanitaria.pdf [URL con acceso el 28/05/2011].

¹⁹ p. 93, ibídem.

²⁰ BOHIGAS SANTASUSAGNA, L. “Semejanzas y diferencias entre las estrategias de mejora de la calidad en la industria y en la sanidad”. p.35 en *Aseguramiento de la calidad y acreditación sanitaria*. ARANAZ ANDRÉS, J.M. y VITALLER BURILLO, J. (Coord.), EVES, 2003, Valencia.

²¹ Hay cientos de definiciones de la calidad todas ellas economicistas, representadas por los pensadores CROSBY, TRIFUS y TAGUCHI: lo que responde a las expectativas del cliente, producir sin errores a la primera, esto es, fabricar el producto a la primera sin errores y al menor coste. Según la RAE: “*Propiedad o conjunto de propiedades inherentes a algo, que permiten juzgar su valor*”, “*superioridad o excelencia*”, “*condición o requisito que se pone en un contrato*”, “*Importancia o gravedad de algo*”.

²² BOHIGAS SANTAGUSAGNA, L. Op. cit. p. 37.

²³ ARANAZ ANDRÉS, J.M. Op. cit. p. 93.

estandarizar las formas y distribuir los recursos con los que se presta la atención a cualquier ciudadano²⁴.

El estudio ENEAS 2005 comprobó que el porcentaje de los Efectos Adversos más frecuentes es: de un 37,4% para las reacciones medicamentosas y otros episodios relacionados con la medicación, del 25,3% para las IN de cualquier tipo y de un 25,0% para las complicaciones técnicas durante un procedimiento²⁵. No todos los EAs son inevitables pero para saber si lo son o no, depende del contexto y las circunstancias coadyuvantes, y entre ellas los llamados “errores latentes” o “acciones inseguras previas²⁶”, puesto que no se puede hablar de evitabilidad en términos absolutos: ej. en si son graves, moderadas o leves. En todo caso la percepción de un riesgo siempre es una cuestión subjetiva de cada una de las partes que intervienen, por lo que es necesario que haya una mínima estandarización y objetividad.

Para auxiliarnos conviene indicar que el ENEAS contiene algunas definiciones que nos sirven como muestra y sobre las que reflexionaremos a continuación²⁷:

“Efecto adverso (EA)”²⁸. Se define para este estudio como todo accidente

o incidente recogido en la Historia Clínica del paciente que le ha causado daño o lo ha podido causar, ligado sobre todo a las condiciones de la asistencia. El accidente puede producir un alargamiento del tiempo de hospitalización, una secuela en el momento del alta, la muerte o cualquier combinación de estos. El incidente, no causa lesión ni daño, pero puede facilitarlos. Para reunir esta condición, tendrá

que darse una lesión o complicación, prolongación de la estancia, tratamiento subsecuente, invalidez al alta o exitus, consecuencia de la asistencia sanitaria y desde moderada probabilidad de que el manejo fuera la causa a total evidencia.

(...)

Accidente. Suceso aleatorio imprevisto e inesperado que produce daño al paciente o pérdidas materiales o de cualquier tipo.

Incidente. Suceso aleatorio imprevisto e inesperado que no produce daño al paciente ni pérdidas materiales o de cualquier tipo. También puede definirse como un suceso que en circunstancias distintas podría haber sido un accidente; o como un hecho que no descubierto o corregido a tiempo puede implicar problemas para el paciente.

Error Médico. Acto de equivocación u omisión en la práctica de los profesionales sanitarios que puede contribuir a que ocurra un suceso adverso. (...).

Casi-error. Categoría mal definida que incluye sucesos como los siguientes: caso en el que el accidente ha sido evitado por poco; cualquier situación en la que una sucesión continuada de efectos fue detenida evitando la aparición de potenciales consecuencias; suceso que en otras circunstancias podría haber tenido graves consecuencias; suceso peligroso que no ha producido daños personales pero sí materiales y que sirve de aviso de posibles accidentes efecto adverso propiamente dicho).

Error de medicación. Efecto que puede evitarse y que es causado por una utilización inadecuada de un medicamento produciendo lesión a un paciente mientras la medicación está bajo control del personal sanitario, paciente o consumidor”.

Por tanto, los EAs son tanto los eventos antijurídicos como los que no lo son²⁹, que ocurren durante el proceso asistencial (que no quiere decir que no aparezcan en la farmacia, en Atención Primaria o incluso en el domicilio del propio paciente), por lo que no califican el acaecimiento que se vaya a enjuiciar; pero si se registran para su examen posterior, ello permite averiguar los resortes de su producción, actuar sobre ellos para reducirlos, y conocer su morfología para potenciar el encaje legal. El fin es que no

²⁴ Vid. Plan de Calidad 2010. Actúa sobre seis áreas y doce estrategias, siendo la núm. 8 la del Refuerzo de la Seguridad del Paciente. <http://www.mspsi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/pncalidad/PlanCalidad2010.pdf> [URL con acceso el 28/05/2011].

²⁵ p. 5, ENEAS 2005, Op. cit. febrero de 2006.

²⁶ Que se refieren en los precursores Informes americanos entre otros en el “To err is human ...”.

²⁷ p. 19, ENEAS 2005.

²⁸ Ibídem, que se completa con estas otras definiciones: **“Efecto adverso prevenible.** Aquél que existiendo alguna posibilidad de prevención, presente entre moderada y total evidencia de posibilidad de prevención. **Efecto Adverso Grave.** Aquel que ocasiona exitus o incapacidad residual al alta hospitalaria o que requirió intervención quirúrgica. **Efecto Adverso Moderado.** Aquel que ocasiona prolongación de la estancia hospitalaria al menos de 1 día de duración. **Efecto Adverso Leve.** Aquel que ocasiona lesión o complicación sin prolongación de la estancia hospitalaria.”

²⁹ Siempre va a existir un mínimo irreductible. Pese a ello la filosofía del informe del Institute of Medicine (ION) americano, es la de transmitir que hay que aprender de los errores (Khon LT, Corrigan JM, Donaldson MS eds., “To err is human. Building a safer system.” *Safer health system*, Washington DC, National Academy Press, March 2000).

se debe ahorrar en medidas de control pues se pierde más contrarrestando los incidentes, y no digamos los accidentes.

III. La Responsabilidad Patrimonial por IN.

La IN está relacionada con la asistencia clínica por lo que no lo serán las que se producen fuera de este *ratio*. Para el estudio del mecanismo responsable proponemos una clasificación de supuestos tratados por los Tribunales de la que inferir su ámbito objetivo y subjetivo. Tales son:

a) La IN causada por Hemoderivados. En nuestra opinión los contagios de VHI y Hepatitis C por transfusiones de sangre contaminada, deberían ser excluidos dado que: a) No cumplen el requisito de la temporalidad que sirve para dar cuerpo a la IN, sino que se debe investigar minuciosamente a los donantes y a los productos para poder situar el origen en el Hospital, pues se diagnostican mucho después de la atención; b) La vía de transmisión requiere un acto invasivo, es decir, es consecuencia de un acto clínico determinado que es posible reconstruir *a posteriori*, generalmente consentido; c) Si concurren los anteriores, la antijuridicidad resulta de una infracción normativa: el incumplimiento de la trazabilidad segura que se acoge en la legislación sectorial. El nexo causal se construye partiendo de la ausencia de análisis previos al producto que se trasfunde, siendo obligatorios al tiempo de su estudio. En éste podrían incluirse también las enfermedades como el cáncer transmitidas por trasplantar un órgano o tejido sobre los que no constaban pruebas de malignidad³⁰. En el ínterin resulta responsable no quien hizo la transfusión o el trasplante sino de la organización que tuvo que hacer aquellas comprobaciones, si éstas estaban indicadas según el estado de la ciencia en esa fecha³¹ (art. 141.1 Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo Común).

b) La IN por Legionella. Puede provenir de la mala conservación de las instalaciones por las que se

presta aire acondicionado (torres de refrigeración que funcionan con agua) en cuyo caso la alerta acucia tal vez más a la Salud Pública y el causante puede ser la empresa mantenedora si se debe a negligencia suya, y se apreciará asimismo por infracción de la normativa que la regula³². Quiere decir que caben supuestos no directamente asociados a la asistencia sanitaria. Sí lo está cuando la bacteria es consecuencia de la inhalación de aerosoles o de gotas de pequeño tamaño suspendidas en el aire de quirófanos, también por incorrecta desinfección de sus dispositivos de acondicionamiento, que asimismo suelen provocar infecciones por *Aspergillus*. Se habrá de atender a la Guía que haya establecido las medidas de precaución sobre estos elementos a fin de recabar la oportuna prueba.

c) Las IN y su relación con el consentimiento informado. La más nombrada es la de infección de herida quirúrgica, tratándose últimamente como suceso inevitable pues está muy influida por el “*aleas*” del paciente (su estado de salud previo, su edad, las posibilidades de éxito de superar la cirugía, etc). Si hay consentimiento, también se mencionan las típicas de la intervención que se vaya a realizar³³. Sin embargo en este grupo de casos es donde podemos encontrar más pronunciamientos dispares, a veces pese a la información previa y tratarse de resultados insatisfactorios pero dentro de la normalidad. La STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 1ª), núm. 593/2008 de 24 de septiembre (JUR 2008/367248), condena a la Administración por haberse encontrado en la herida quirúrgica “*gérmenes típicamente hospitalarios*” que impiden que el paciente tenga el deber jurídico de soportar el daño. Pero la STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 3ª), núm. 1.930/2010 de 17 de septiembre (JUR 2010/413979), no indemniza a una paciente que fue advertida de la posibilidad al 1% de la pérdida del ojo por infección grave³⁴, aunque citó que otra persona que fue operada

³⁰ También se conocen casos de trasplantes de órganos con cáncer. Además las Guías para prevenir y controlar las IN no se refieren a estos contagios salvo en sede de la Prevención de Riesgos Laborales, dirigida a evitar el riesgo biológico en los trabajadores. De hecho nuestros Tribunales no la califican de nosocomial, aunque la procedencia sea hospitalaria.

³¹ Vid. AN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), sentencia de 30 junio 1999. RJCA 1999\1578. Siendo sin embargo igualada al resolverse con la IN pues a ésta le funciona el mismo mecanismo del art. 141.1 LPC: la antijuridicidad del daño.

³² Principal y de ámbito nacional es el REAL DECRETO 865/2003, de 4 de julio, por el que se establecen los criterios higienico-sanitarios para la prevención y control de la legionelosis. [BOE núm. 171 del 18.07.2003]. Pero la Administración sólo podría repetir, respondiendo *prima facie* frente al administrado y luego dirigirse contra el mantenedor.

³³ STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 12 de marzo de 2004 (RJ 2005/2819): infección ocasionada en el curso de intervención oftalmológica derivada de los riesgos inherentes, no se indemniza por haberse probado además que tras la IN hubo tratamiento correcto.

³⁴ Si bien se le achaca no haber presentado prueba pericial y no demostrar alguno de los extremos que se indican en

en el mismo quirófano y con unas horas de diferencia también había tenido el mismo padecimiento. En otras ocasiones no se responsabiliza exactamente por la contracción de la IN sino por no haber instaurado a tiempo el tratamiento procedente, y si además existe falta de consentimiento o éste es defectuoso, la respuesta comprende ese doble descuido: STSJ de la C. Valenciana (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 3ª), de 7 de abril de 2004, (JUR 2005/2972): realización de punciones lumbares al paciente sin informar previamente del riesgo de la infección padecida, quedando infectado como consecuencia de la actuación y retraso injustificado en su diagnóstico. La STS (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 6ª), de 22 de noviembre de 2010 (RJ 2010/8620), indemniza por contraerse una IN que provocó una insuficiencia venosa crónica o síndrome post-flebitico por no demostrar la Administración que adoptó todas las prevenciones profilácticas de los protocolos médicos, y por los daños morales asociados a la falta de consentimiento en donde se pudieron indicar estas complicaciones.

d) La IN y las maniobras asistenciales: manejo descuidado de catéteres, inadecuado tratamiento farmacológico³⁵, no acordar el aislamiento invertido del paciente inmunodeprimido, no corroborar la desinfección de material quirúrgico. STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 9ª) núm. 825/2007 de 21 junio RJCA 2007/803. Infección por intervención mamaria que provoca una segunda para limpiar abscesos en donde se encuentran gérmenes introducidos por el propio hospital, resultando de ello secuelas y lesiones, se demuestra un control irregular de los drenajes, y el resto de medidas profilácticas dejan mucho que desear.

e) La IN por el contacto con prótesis. Riesgos inherentes, complicaciones posibles y no evitables en general, máxime cuando su aparición se hace depender de la propia respuesta del paciente que puede estar limitada por patologías concurrentes. Así se pronuncia la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), de 18 mayo 2005 (JUR

2005\265905), al reclamar el paciente por las secuelas derivadas de una segunda intervención para retirar la prótesis de cadera que había originado la infección.

f) La IN relacionada con la limpieza y con las infraestructuras³⁶. Se pueden librar certificaciones sobre la desinfección de quirófanos, salas de neonatos u otras que se consideren de riesgo, a fin de probar la adecuada asepsia: STSJ de Cataluña (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 4ª), núm. 311/2007 de 26 abril JUR 2007\280882, Fº Jº 8º: *“Si bien la causa de la infección no fue probablemente la realización de la ecografía vía vaginal, ello no es suficiente para descartar que se contagiara en el ámbito hospitalario aunque por causas desconocidas. Ahora bien, este elemento no es suficiente para que deba declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración pública y ello por cuanto el daño ha de ser antijurídico. Además, frente a lo afirmado por la parte apelante no estamos ante un daño evitable (ya sea previsible o no), pues la prueba pericial de parte, informe Don. Jesús Ángel, no se pronuncia al respecto. Es evidente que esta cuestión es esencial y la carga de su prueba corresponde a la parte demandante, puesto que si la infección es IN-EVITABLE (en el porcentaje que sea y mientras no se supere dicho porcentaje) el daño causado no es antijurídico; la propia Administración al contestar a la demanda recogía la imposibilidad de tener un 0,00% de infecciones después de la cirugía. Es en este sentido que debe entenderse la cita a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2004 (RJ 2004\ 6005), puesto que, efectivamente, aunque los datos sobre el estudio SENIC hacían referencia a un estudio científico aportado por la parte recurrente el carácter evitable de la infección tenía que ser probado por la parte demandante”*.

Aunque todas preocupan y se hace lo posible para reducir su incidencia, de lo que acabamos de exponer se colige:

- Que se trata de errores involuntarios o netamente imprudentes.

- Que de ordinario no puede conectarse con la mala praxis profesional³⁷ aunque encontremos conti-

el Fº Jº 3º *in fine* que éstos son: “I.- Falta de consentimiento informado. II.- Riesgos de la intervención de cataratas. III.- Mala ejecución de la intervención. IV.- Mala ejecución de las medidas reparadoras de la infección”.

³⁵ STSJ de C. Valenciana (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 1ª), núm. 622/2005 de 27 de julio (JUR 2005/276035). Fármaco o producto administrado en exceso ocasionándole un encharcamiento pulmonar padeciendo una “sepsis por acinetobacter”, que se inició como neumonía nosocomial, considerando además que se trataba de una paciente de riesgo.

³⁶ STSJ de Madrid (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 9ª), núm. 461/2008 de 3 de abril (JUR 2008/121209). El Fallecimiento de la paciente se produce por un cuadro infeccioso en el Hospital al existir una falta de medios y de condiciones de infraestructura siendo inexistentes las medidas de asepsia.

³⁷ Sólo si se puede asegurar la vulneración de los Protocolos de actividad profesional establecidos en el art. 4.7 b) de

nuas alusiones a la misma, sino que entronca con la responsabilidad social, con la infracción de guías técnicas, recomendaciones e instrucciones preconstituidas por la Gerencia del Centro, que también es infractor y es sujeto activo de la acción u omisión aunque sea mediato; verificándose que prima lo impersonal o colectivo sobre el individualismo (sólo tal vez si se colocan mal los catéteres, los drenajes, no se comprueba la desinfección del material, o no se comunica a tiempo la existencia de un brote, podría señalarse *in personam*³⁸).

- Que para la formación del nexo causal se han de dar los siguientes pasos: 1º Determinar si la infección es nosocomial o no; 2º Seguir la secuencia infecciosa para hallar la causa³⁹; 3º Abordar el perfil

la Ley 44/2003 de 21 de noviembre de Ordenación de las Profesiones Sanitarias.

³⁸ RAMOS MARTÍNEZ, A. “¿Son responsables los médicos de la infección nosocomial?”, en *Calidad y Riesgo*, nº 9, marzo 2009. p.p. 70-71, da las siguientes pautas de comportamiento: “• *Actuar como modelo en el lavado de manos, barreras de protección y medidas de aislamiento oportunas.* • *Corregir al personal sanitario que incumple el lavado de manos o el aislamiento de pacientes con enfermedades transmisibles dentro del hospital.* • *Emplear dispositivos invasores en los pacientes sólo cuando es clínicamente necesario.* • *Limitar la profilaxis antibiótica al periodo perioperatorio.* • *Seleccionar cuidadosamente el tratamiento antibiótico de inicio cuando se sospecha una infección evitando la cobertura antibiótica excesiva e inapropiada.* • *Estrechar el espectro del antibiótico cuando se aísle el patógeno responsable.* • *Suspender los antibióticos en el momento adecuado.* • *Conocer bien el plan de prevención de la tuberculosis y los patógenos transmitidos por la sangre.* • *Ordenar precoz y adecuadamente las precauciones de aislamiento para enfermos contagiosos.* • *En el pase de visita alertar a la enfermería sobre los fallos en la asepsia (por ejemplo, apósitos sucios) y de situaciones favorecedoras de infección (por ejemplo, posición corporal con riesgo de aspiración).* • *Notificar al equipo de control de infección problemas en la vigilancia de este tipo de infecciones”.*

³⁹ Es aquí donde se sitúa una indicación que rompe de inmediato el nexo causal: las IN por enterobacterias que son las que infectan al paciente porque están en su propio cuerpo: piel, tracto urinario, respiratorio o digestivo (ej: neumonía nosocomial por aspiración). La IN endógena no se indemniza, sólo la de causalidad exógena. SAP de Barcelona (Sección 13ª). Sentencia núm. 608/2007 de 13 noviembre (AC\2007\2076): IN por bacteria existente en intestino al practicar una gastroplastia. Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 4ª), de 22 de marzo 2002 (AC\2002\1028), sobre: riesgo asociado a la intervención como consecuencia de los gérmenes de la propia piel de la paciente, sin que dicha infección pueda evitarse aun poniendo todos los medios, ni tenga relación alguna con la asepsia del quirófano donde se le practicaron las intervenciones; cumplimiento con el deber de información al paciente sobre riesgos y posibles secuelas de la intervención.

científico de la causa que fluctúa en el binomio evitable/inevitable; 4º Análisis de las demás circunstancias concurrentes⁴⁰ o alcance de la antijuridicidad⁴¹.

Por tanto no siempre que se concluye que hay IN se indemniza.

Hasta el año 2003 eran frecuentes las condenas atendiendo a la imputación bien por la teoría del daño desproporcionado experimentado por el paciente, bien levemente por la de la creación de un riesgo no permitido⁴² y, a veces, recurriendo la pérdida de oportunidad. No obstante, los retardos administrativos y judiciales, suscitan que pese a la fecha de la sentencia, los hechos litigiosos queden algo lejos, en la década de los 90, en la que aún la cultura de la prevención era tímida en nuestro país⁴³, y eran más habituales los fallos de asepsia. De todas ellas la más correcta es la de la creación o no eliminación de los

⁴⁰ STSJ de Castilla y León, Valladolid (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 1ª), núm. 2049/2010 de 30 de septiembre (JUR 2010/374333). Curiosa en cuanto el déficit asistencial lo cifra en un porcentaje del 30% al que hace corresponder la cuantía de la indemnización.

⁴¹ En cuanto a la excepción del art. 141.1 LPC estamos con la Jurisprudencia y con gran parte de la Doctrina que entiende que no es un subtipo de fuerza mayor, porque ésta es irresistible, indeterminada y externa, mientras que lo consignado en el precepto se origina internamente en la institución y actúa no sobre la causa sino sobre el resultado excluyendo la respuesta de la indemnización cuando pueda apreciarse incluso un funcionamiento normal. “*Manifiesta la imposibilidad de que el Estado asuma todos los riesgos inherentes a la prestación médica, excluyendo la antijuridicidad en algunos daños donde el estado de la ciencia no ha alcanzado un nivel adecuado para resolver los problemas de salud*”. P. 491, MONTAÑÉS CASTILLO, L.Y., “Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria”. Cap. VII, en GALLARDO CASTILLO, Mª J (Dir) y CRUZ BLANCA, M.J. (Coor), *La responsabilidad jurídico-sanitaria*. La Ley, marzo 2011, Madrid. Vid. también en el mismo sentido LÓPEZ MENUDO, F. “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”. *Derecho y Salud*, Vol. 8, núm 2, Julio – Dic. 2000, Ponencia presentada al VIII Congreso de Derecho y Salud celebrado los días 10 al 12 de noviembre de 1999, en Santiago de Compostela. P.p. 77-79 y ss.

⁴² MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas, 2000. Responsabilidad por creación de un riesgo relevante o por no minimizarlo, donde incluye el estudio de los contagios transfusionales. p.p. 250 y ss.

⁴³ SAN (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 4ª), de 7 de julio de 1999 (RJCA 1999/3547. Acerca de la ruptura de la cadena de asepsia: STSJ de Galicia (Sala de lo Contencioso – Administrativo, Sección 1ª), núm. 521/2003 de 21 mayo (JUR 2003\262740).

riesgos para incidir en el resultado de una actividad que no proviene inmediatamente del profesional sino de su empleador, pues GALÁN CORTÉS⁴⁴ niega que la responsabilidad por riesgo sea aplicable a aquel (al menos automáticamente): “por cuanto el médico no crea habitualmente riesgos aislados (y menos en beneficio o provecho propio), sino que se enfrenta, en beneficio del paciente, a una situación de riesgo, tratando los peligros de la propia enfermedad (...)”. Y ello pese a la “subjetivización de la responsabilidad patrimonial a través del criterio de la *lex artis*”⁴⁵, pues es evidente que en el desenvolvimiento de estos accidentes es clave la constatación de un déficit asistencial de cualquier clase, que los incardina en el terreno de la ‘culpa anónima’⁴⁶.

Por último, la teoría de la mayor facilidad probatoria es consustancial a la RP, razón por la cual la Administración siempre estará obligada a demostrar el “mínimo irreductible” de este fenómeno⁴⁷, junto con la acreditación de que: además ha puesto en marcha de manera efectiva un plan de erradicación de infecciones, que existen Guías en el Centro, que los profesionales conocen la prevalencia de las IN más habituales y sus mínimos en el Centro, y que están preparados para su diagnóstico conforme a los programas EPINE⁴⁸.

IV. A modo de conclusión: la oportunidad de implantación de un RSA para la IN.

Una manera de reforzar la confianza y las expectativas del paciente es a través de la información.

⁴⁴ GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*. 2ª Edic, Civitas, 2007, p. 94, al margen en la neta responsabilidad civil de la cirugía estética en los que sí puede el médico provocar un riesgo aunque sea en beneficio del paciente.

⁴⁵ PANES CORBELLE, L.A. “Registro de sucesos adversos y responsabilidad jurídica del personal sanitario y gestores del registro”. Col. en *Error sanitario y seguridad de pacientes. Bases jurídicas para un registro de sucesos adversos en el Sistema Nacional de Salud*. Op. Cit. p.p. 122 – 123.

⁴⁶ GALÁN CORTÉS, J.C., Op. Cit. p.p. 147-162.

⁴⁷ MARTÍN DELGADO, Mª C. “La responsabilidad civil médica: ¿Cómo utilizar los medios de prueba para objetivar la responsabilidad de los médicos y otros profesionales sanitarios? *Economist & Jurist*, Octubre, nº 94, 2005.p. 40 – 41. Es importante que en el Hospital que se trate exista definido el “mínimo irreductible” que haya fijado al efecto la Comisión Mixta de Infecciones, mucho más concreta y preferible que las Tasas de Prevalencia que arrojan los estudios EPINE.

⁴⁸ Que quiere decir que no basta con tener la Guía en el despacho, sino que deberá justificarse que se ejercita.

Ésta, según la Ley 41/2002 básica de Autonomía del Paciente es, o atinente a su proceso particular (asistencial), o general contemplando también la “*información de gestión*”⁴⁹ que les permita conocer todas aquellas características cualitativas y cuantitativas de los centros e instituciones.”. Ello recuerda el inacabado debate sobre si el derecho a ser informado alcanza a los errores cometidos durante la atención, o incluso los incidentes⁵⁰, afirmando los detractores que no creen que pueda ser útil para que no se insten menos reclamaciones judiciales, y para que no se denigre al médico que hace la revelación al que implícitamente se ve como culpable o incompetente.

Por otro lado, quienes han estudiado con más rigor la creación de los Registros para la notificación de EAs afirman que el marco legal impide su obligatoriedad⁵¹, que podrían ser voluntarios aunque los facultativos son reticentes si quiera a advertir de ello internamente por temor a las represalias, pese a la confidencialidad, y que en cualquier caso ha de ser objeto de *lege ferenda*.

En EEUU existe un programa pionero que es el desarrollado por el National Nosocomial Infection Survey (NNIS), del Center for Disease Control and Prevention (CDC)⁵² y que está siendo referente inter-

⁴⁹ MARTÍNEZ LÓPEZ, F.J. “La gestión de riesgos sanitarios y los derechos de los pacientes. La Ley 41/2002. Notas para un programa de gestión de riesgos.” *Revista de Administración Sanitaria* 2003; 1 (3) 487 – 512. p. 506

⁵⁰ SAP de Badajoz (Sección 3ª), núm. 106/2002 de 26 de mayo (AC 2003/468). Existe ya entonces en España la Red de Vigilancia Epidemiológica pero sin desarrollo. Resuelve la Sala un caso de contagio del virus de la Hepatitis C en la unidad de hemodiálisis. La Sala se cuestiona si para evitar contagios masivos era necesario avisar a la población, entendiéndose que no es preceptiva y que podría vulnerar el derecho a la intimidad personal. De todos modos se asienta este supuesto en el de la declaración obligatoria de determinadas enfermedades.

⁵¹ Debido a la regulación del inicio de la acción penal (cualquiera que conozca de un hecho que puede ser calificado como delito tiene el deber de denunciar), y a la intervención de los testigos en un proceso. Vid. también ROMEO CASA-BONA, C. y URRUELA MORA, A., Informe al Ministerio de Sanidad y Consumo, “El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales”. 2009 Disponible en: http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/ec03_d oc.htm [URL con acceso el 28/05/2011]. p. 24 y 168 -182 y 209 – 233.

⁵² BAÑERES, J., CAVERO, E, y Otros, elaboran el Informe “Sistemas de registro y notificación de incidentes y efectos adversos”, Editado por la Agencia de Calidad del SNS, año 2005. Disponible en: <http://www.msps.es/organizacion/>

nacional. No es propiamente un RSA (sino una base de datos) pero se acomoda a su sistemática. Está dedicado a tratar las cualidades de los incidentes de IN relacionados con “fallos en el sistema” y no “fallos en la atención” lo que hacen los Hospitales asociados y luego comparan los índices obtenidos con los conformados a nivel nacional. Es voluntario y confidencial.

No debe caer en saco roto la experiencia de recopilación de información y control de la IN que se está haciendo en España⁵³, cuyos Planes y Programas prevén la comunicación a la Autoridad Sanitaria, ya sea ésta la Inspección, ya sean órganos autonómicos homónimos a los nacionales⁵⁴.

Finalmente por la singularidad de los supuestos antes vistos, es muy remoto que pueda ser instada la acción de regreso, pues como resalta DOMÉNECH PASCUAL⁵⁵, aun con las modificaciones introducidas en el año 1999 en el art. 145.2 de la Ley 30/92 de Procedimiento Administrativo Común, sigue sin ser la regla general; y acogiendo que procede cuando el funcionario incurra en dolo, o culpa o negligencia graves, se preconiza que se entable sobre todo con el dolo, pero dado el carácter impersonal de los acontecimientos de IN, y las absoluciones por la vía del art. 141.1 LPC, la conducta sospechosamente culpable no encaja en ninguna de las otras dos.

Un RSA en este campo está ya moldeado a falta de pocos implementos, sin que su puesta en vigor diste mucho de lo que ya hay, ni vaya a cambiar el panorama sino a mejor. A la prevención y control de la IN contribuyen todos los que están al servicio del

Hospital, y el RSA asegurará la implicación colectiva en la mejora asistencial, será un coadyuvante para minorar los litigios, o en ellos, podría auxiliar notoriamente en la probanza del ejercicio de estos conocimientos, lo que está teniendo una buena acogida en los Tribunales desde los medios existentes.

Bibliografía.

1. Monografías y colaboraciones.

MONTAÑÉS CASTILLO, L.Y., “Los requisitos de la responsabilidad patrimonial en materia sanitaria”. Cap. VII, en GALLARDO CASTILLO, Mª J (Dir) y CRUZ BLANCA, M.J. (Coord), *La responsabilidad jurídico-sanitaria*. La Ley, marzo 2011, Madrid.

LARIOS RISCO, D. (Coord), *Error sanitario y seguridad de pacientes. Bases jurídicas para un registro de sucesos adversos en el Sistema Nacional de Salud*. Comares, Granada, 2009. PANES CORBELLE, L.A. “Registro de sucesos adversos y responsabilidad jurídica del personal sanitario y gestores del registro”.

GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*. 2ª Edic, Civitas, 2007.

BOHIGAS SANTASUSAGNA, L. “Semejanzas y diferencias entre las estrategias de mejora de la calidad en la industria y en la sanidad”. Col. en ARANAZ ANDRÉS, J.M. y VITALLER BURILLO, J. (Coord), *Aseguramiento de la calidad y acreditación sanitaria*. EVES, 2003, Valencia.

MIR PUIGPELAT, O. *La responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria. Organización, imputación y causalidad*. Civitas, 2000.

2. Artículos en revistas.

MENÁRGUEZ PALANCA, Mª C., *Impacto de un programa docente de sobre la higiene de manos en un Hospital General*”. UCM, Facultad de Medicina, Departamento de Microbiología I, Madrid 2010.

GOVINDARAJAN, R. “Dieta anticrisis para los hospitales públicos: seguridad, calidad y rapidez”. *Gestión clínica y sanitaria*. Vol. 12, nº 3, Otoño 2010.

ARANAZ ANDRÉS, J.M., “Acerca de las unidades de gestión de riesgos”, *Calidad Asistencial*, 2009, 24 (3), P.P. 93-94.

RAMOS MARTÍNEZ, A. “¿Son responsables los médicos de la infección nosocomial?”, en *Calidad y Riesgo*, nº 9, marzo 2009.

JULIE CWIKEL, Ph. D., “Lecciones de Ignaz Semmelweis. Actualización epidemiológica y social para una maternidad segura”. *Medicina Social/Social Medicine*. Escuela de Medicina Albert Einstein de New York y ALAMES, Vol. 3, nº 1, 2008, p.p. 54 – 55.

DOMÉNECH PASCUAL, G. “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”. *In dret*, 2/2008.

sns/planCalidadSNS/ec03_doc.htm [URL con acceso el 28/05/2011].

⁵³ Ha de mencionarse que muchas Comunidades Autónomas ya cuentan con programas en los que los Servicios de Medicina Preventiva y Salud Pública ante la aparición de una enfermedad de declaración obligatoria por su alta transmisibilidad a otros pacientes o si advierten un aumento en la incidencia de gérmenes multirresistentes, pone en marcha una investigación que comienza con la declaración a la Autoridad Sanitaria. Ej: Vid. Junta de Andalucía, documento de “Apoyo metodológico para el abordaje integral de brotes nosocomiales”.

⁵⁴ El Observatorio Regional de Riesgos Sanitarios de la Comunidad de Madrid, creado por el Decreto 134/2004 de 9 de septiembre, por ejemplo, de consulta y asesoramiento en materia de riesgos sanitarios y prevención de los mismos, o el Sistema de Alerta mencionado en la nota anterior de la Junta de Andalucía.

⁵⁵ DOMÉNECH PASCUAL, G. “Por qué la Administración nunca ejerce la acción de regreso contra el personal a su servicio”. *In dret*, 2/2008, p.p. 7 y ss.

MARTÍN DELGADO, M^a C. “La responsabilidad civil médica: ¿Cómo utilizar los medios de prueba para objetivar la responsabilidad de los médicos y otros profesionales sanitarios? *Economist & Jurist*, Octubre, n^o 94, 2005.

BUITRAGO RAMÍREZ, F. “La incorporación de la Medicina de Familia como disciplina académica universitaria”, *Documentos de opinión para atención primaria*, Prim. Cuatrimestre de 2005.

MARTÍNEZ LÓPEZ, F.J. “La gestión de riesgos sanitarios y los derechos de los pacientes. La Ley 41/2002. Notas para un programa de gestión de riesgos.” *Revista de Administración Sanitaria* 2003; I (3) 487 – 512.

LÓPEZ MENUDO, F. “Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. Un paso adelante en la definición del sistema”. *Derecho y Salud*, Vol. 8, núm 2, Julio – Dic. 2000.

DONABEDIAN, A. “Una aproximación a la monitorización de la calidad asistencial”. *Calidad Asistencial*, 1981, Vol. 6: 31-9.

3. Informes, dictámenes y otros.

Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud 2010. <http://www.mspsi.gob.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/pncalidad/PlanCalidad2010.pdf>.

Cap. 9 de los materiales sobre “Seguridad del paciente y prevención de efectos adversos relacionados con la asistencia”.

<http://www.seguridaddelpaciente.es/formacion/tutoriales/MS-C-D1/contenidos/unidad9.4.html>.

ROMEO CASABONA, C. y URRUELA MORA, A., Informe al Ministerio de Sanidad y Consumo, “El establecimiento de un sistema nacional de notificación y registro de incidentes y eventos adversos en el sector sanitario: aspectos legales”

http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/ec03_doc.htm. Año 2009.

Traducción del “Proyecto de indicadores de calidad de atención sanitaria”, http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/indicadores_calidad_atencion_sanitaria.pdf, Dublín 22/03/2007.

Diario Médico, miércoles 2/06/2010, n^o 4.123. Vid: http://static.diariomedico.com/docs/2010/06/01/dm2_6.pdf

“Estudio Nacional de Efectos Adversos ligados a la Hospitalización”, ENEAS 2005. Febrero 2006, Agencia General de la Agencia de Calidad del SNS. http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/pdf/excelencia/opsc_sp2.pdf

BAÑERES, J., CAVERO, E. y Otros, elaboran el Informe “Sistemas de registro y notificación de incidentes y efectos adversos”, Editado por la Agencia de Calidad del SNS. Año de publicación 2005. http://www.msps.es/organizacion/sns/planCalidadSNS/ec03_doc.htm

“Proyecto IDEA (Identificación de Efectos Adversos)”, Escuela Valenciana de Estudios de la Salud (EVES), 2004.

http://www.eves.san.gva.es/c/document_library/get_file?uuid=fd9097fe-2bb2-4eb3-bd4d-fb314490b103&groupId=10128

AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD E INTERNAMIENTO PSIQUIÁTRICO: PROBLEMAS LEGALES Y TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL

Gustavo Merino Gómez

*Asesor Jurídico. Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad
y Servicios Sociales. Gobierno de Cantabria*

1. RÉGIMEN JURÍDICO

Dos recientes Sentencias del Tribunal Constitucional¹ referidas al régimen jurídico en materia de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico han puesto de actualidad la poca atención que ha recibido por parte del legislador el desarrollo de un derecho fundamental como es la libertad individual, pasados más de treinta años desde la aprobación de la Constitución Española² (en lo sucesivo

CE), que, como es sabido, se encuentra recogido en su artículo 17, confiriéndole un régimen jurídico privilegiado al formar parte del denominado “núcleo duro” de los derechos fundamentales.

Así las cosas, el internamiento no voluntario en un centro asistencial, cuando se ordena como consecuencia del padecimiento de un trastorno psíquico del sujeto, no ha merecido el mismo tratamiento que otras limitaciones de la libertad individual, como las derivadas de la comisión de un delito o falta o la regulación de las medidas excepcionales en materia de salud pública³, sino que, a diferencia de aquellas, ha

¹ Sentencia 131/2010, de 2 de diciembre de 2010 que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad 4511-1999 y Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre de 2010 dictada en cuestión de inconstitucionalidad 4542-2001 publicadas en el (BOE nº4 de 5 de enero de 2011)

² Por su parte, el artículo 49 CE impone un mandato a los poderes públicos en la realización de una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos. No debe olvidarse además lo señalado en el artículo 10.2 CE que determina que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución deberán interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y acuerdos inter-

nacionales sobre las mismas materias ratificados por España. Dentro de estos acuerdos internacionales destaca el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales Derecho a la libertad y a la seguridad cuyo artículo 5.1.e) garantiza el derecho a que nadie pueda ser privado de su libertad salvo, si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

³ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, Reguladora del Procedimiento Habeas Corpus y Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública.

sido parcamente regulada mediante una ley ordinaria, la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC).

En efecto, la LEC únicamente dedicó el artículo 763 a regular el internamiento por razón de trastorno psíquico, limitándose a señalar que el internamiento de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.

El legislador consideró suficiente la regulación de la privación de libertad de un sujeto mediante una ley ordinaria de carácter procesal dictada al amparo del artículo 149.1.6 de la Constitución, obviando cualquier dimensión sustantiva que afecta a un derecho fundamental de tal envergadura. Es por ello que, el descuido por parte del legislador en el tratamiento legal de un aspecto tan sensible como la privación de libertad de un sujeto a través del internamiento no voluntario por trastorno psíquico, ha merecido, en opinión del Tribunal Constitucional, el máximo reproche posible con que puede sancionarse una norma de rango legal, cual es la declaración de inconstitucionalidad de la normativa contenida en la LEC y en el Código Civil que se refiere al internamiento no voluntario.

Así, la Sentencia 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, dictada con ocasión de la cuestión de inconstitucionalidad 4542-2001, ha declarado paradójicamente inconstitucional pero no nulo⁴, el inciso «el

⁴ En el presente caso el Tribunal no sanciona el precepto con la nulidad radical argumentando que “*A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material. [...] Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica.*” Ello parece contravenir lo indicado en el artículo 39.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional que señala “*Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados, así como, en su caso, la de aquellos otros de la misma Ley, disposición o acto con fuerza de Ley a los que deba extenderse por conexión o consecuencia.* Sin embargo existen antecedentes en los que el Tribunal ha declarado en diversas ocasiones, no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11; 138/2005, de 26 de mayo, FJ 6; 273/2005, de 27 de octubre, FJ 9; 236/2007, de 7 de noviembre, FJ 17; y 120/2010, de 24 de noviembre, FJ 6).

internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial» del artículo 763.1, párrafo primero, de la LEC. La misma tacha de inconstitucionalidad se proyecta sobre el inciso «la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida» del artículo 763.1, párrafo tercero.⁵

Paralelamente, la Sentencia 131/2010, de 2 de diciembre de 2010 que resolvió la cuestión de inconstitucionalidad 4511-1999, ha declarado en primer lugar, inconstitucional y nula la disposición final vigésima tercera de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Por otra parte, ha calificado inconstitucional, pero no nulo⁶, el párrafo primero del artículo 211 del Código Civil, en la redacción dada por la disposición final duodécima de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor.

En ambos casos, la declaración de inconstitucionalidad no se funda en el contenido sustantivo de la norma sino el hecho de que mediante ley ordinaria se hayan regulado materias que, de acuerdo con la doctrina del Alto Tribunal⁷, se encuentran reservadas a la

⁵ Debe entenderse que el Tribunal Constitucional se refiere al párrafo segundo del artículo 763.1 LEC y no al tercero tal y como cita la sentencia.

⁶ Nada hubiera impedido al Tribunal Constitucional declarar nulo e inconstitucional el citado precepto, teniendo en cuenta que fue derogado hace más de once años y que su derogación no crearía en el ordenamiento jurídico vacío legal alguno como sí sucede en el caso de la anulación del artículo 763 LEC.

⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional 129/1999, 1 de Julio de 1999 referida al segundo párrafo del artículo 211 del Código Civil, no sancionó con la inconstitucionalidad el citado precepto, por entender que el mismo no era la “*norma que en nuestro Derecho permite el internamiento de personas que padezcan trastornos psíquicos. Esa posibilidad se establece y disciplina en el párrafo primero del mismo precepto, que habilita al Juez para acordar una privación de libertad en el concreto supuesto ahí contemplado. El párrafo segundo, aquí en cuestión, regula el proceder del Juez previamente habilitado para acordar el internamiento; disciplina, por tanto, el procedimiento a cuyo través ha de conformarse la decisión judicial, pero ésta, en tanto que determinante de uno de los casos de privación de libertad referidos en el artículo 17.1 de la Constitución, trae causa de la habilitación contenida en el párrafo precedente.*” De forma indirecta el Alto Tribunal si entendía en 1999 que la antigua regulación del párrafo primero del artículo 211 del Código Civil era inconstitucional ya que suponía el desarrollo “*de la garantía de la libertad personal establecida en el artículo 17.1 de la Constitución alcanza,*

ley orgánica toda vez que suponen el desarrollo de un derecho fundamental, la libertad individual, con la consiguiente infracción del artículo 81.1CE⁸.

2. PRESUPUESTOS DEL INTERNAMIENTO SEGÚN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL.

Tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 104/1990, de 4 de junio, “según el artículo 17.1 C.E. nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en las formas previstos en la Ley. Dentro de esos casos y formas ha de considerarse incluida desde luego la «detención regular ... de un enajenado», a la que se refiere el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La «regularidad» de esa detención depende a su vez, de la existencia de una decisión judicial que autorice ese internamiento (artículo 211 Código Civil), por la situación de salud mental del afectado que justifique la necesidad del internamiento. Para privar al enajenado de su libertad, según la doctrina consolidada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Winterwerp, Sentencia de 24 de octubre de 1979 y Ashingdane, Sentencia de 8 de mayo de 1985), debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva, y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud que justifique ese internamiento, por no po-

desde luego, a quienes son objeto de la decisión judicial de internamiento a que se refiere el artículo 211 C.C. Es, en efecto, doctrina de este Tribunal, que dentro de los casos y formas mencionados en el artículo 17.1 «ha de considerarse incluida [...] la (detención regular... de un enajenado), a la que se refiere el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos» (STC 104/1990. En tanto que constitutiva de una privación de libertad, es obvio que la decisión de internamiento sólo puede ser acordada judicialmente y que, en lo que aquí importa, el precepto que la hace posible sólo puede ser una Ley Orgánica, pues, dada su condición de norma que fija uno de los casos en que una persona puede ser privada de libertad, concurre al desarrollo del derecho fundamental garantizado en el artículo 17.1 (STC 140/1986).”

⁸ En el caso de la declaración de inconstitucionalidad del artículo 211 del Código Civil se da la paradoja de que su última redacción se introdujo por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, por lo que la Disposición Final Vigésima Tercera, ahora declarada inconstitucional atribuyó expresamente el rango de Ley Ordinaria a la disposición final duodécima, que modificó la redacción del artículo 211 del Código Civil. De tal manera que si ésta disposición hubiera guardado silencio, se hubiera producido una congelación del rango del artículo 211 del código civil que hubiera impedido la derogación del precepto mediante otra Ley Ordinaria, en este caso la Ley de Enjuiciamiento Civil.

der vivir esa persona libremente en sociedad. Además ese internamiento no puede prolongarse lícitamente sino en la medida en que persista esa situación de perturbación que le impida la vida en libertad.”

Así pues, los presupuestos necesarios para acordar el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico pueden tener naturaleza objetiva o subjetiva. Dentro de los presupuestos que afectan al sujeto, debe concurrir en él un trastorno psíquico, que impida su autogobierno y que requiera su internamiento.

Dentro de los aspectos objetivos que deben concurrir destaca la necesaria privación de libertad del sujeto debido al régimen cerrado del centro en el que se prestará atención al sujeto, la supervisión médica y el necesario tratamiento clínico del mismo.

Por lo que respecta a las personas legitimadas para acudir al órgano jurisdiccional con el fin de que autorice el internamiento del aquejado por el trastorno psíquico el artículo 763 LEC guarda silencio, sin embargo, por analogía, debe entenderse que estarán legitimados los mismos sujetos que pueden promover los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad de acuerdo con lo que establece el artículo 757 LEC, excepción hecha de la persona cuyo internamiento se solicita, que por razón de su trastorno se le presume privado de su capacidad de autogobierno.

Así pues, están legitimados, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, sus descendientes, sus ascendientes, los hermanos de la persona cuyo internamiento se pretenda, y en el supuesto de un incapaz, el tutor según lo señalado en el artículo 271 del Código Civil necesita autorización judicial, para internar al tutelado en un establecimiento de salud mental o de educación o formación especial. En el caso de los menores de edad el internamiento podrá ser solicitado por las personas que ejerzan la patria potestad o tutela. En todo caso, estará legitimado el Ministerio Fiscal cuando el resto de sujetos no existan o no hubieran solicitado el internamiento

Por último en el caso del internamiento urgente, debe entenderse que, además de los anteriores, estará legitimado el responsable del centro en que se hubiere producido.

3. ESPECIAL REFERENCIA AL INTERNAMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD SOMETIDOS A PATRIA POTESTAD O TUTELA.

El internamiento en el caso de los menores de edad no emancipados sometidos a patria potestad o tutela

presenta una serie de especialidades con respecto al régimen general que deben ponerse de manifiesto⁹.

En primer lugar, por cuanto afecta a la legitimación para solicitar el pronunciamiento jurisdiccional en el caso de los menores de edad no emancipados, deben entenderse legitimados para solicitar su internamiento no todos los previstos en el artículo 757 LEC, sino únicamente las personas que ejerzan la patria potestad o tutela¹⁰, sus hermanos mayores de edad y el Ministerio Fiscal.

Cuando no concurren razones de urgencia y nos encontremos ante un internamiento ordinario de un menor será posible el otorgamiento del consentimiento por representación en los términos del artículo 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. En el caso de los menores, se da la paradoja de que las personas que puede prestar su consentimiento para el tratamiento, en este caso los que ostentan la patria potestad, no coincide con la del paciente internado. Ello nos lleva a concluir que no cabe el “ingreso voluntario” del menor, ni si siquiera cuando se cuente con el consentimiento de quien ejerza la patria potestad o tutela sino que, en todo caso, será necesaria autorización judicial. Este aspecto es especialmente importante toda vez que no está previsto en el ordenamiento jurídico que el menor de edad, una vez recobradas sus facultades, tenga la potestad de rechazar el tratamiento propuesto sino que deben ser las personas que prestaron consentimiento las que dispongan sobre el mismo.

Sin embargo en un supuesto de internamiento urgente, los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley, con la obligación de consultar, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él y debiendo recabar, posteriormente, el consentimiento de las personas que ejerzan la patria potestad o tutela del menor.

⁹ Puede consultarse el “Libro blanco sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas afectadas por trastornos mentales” y el documento “El ingreso no voluntario y la practica terapéutica de Medidas restrictivas en Pacientes Psiquiátricos y las personas demenciadas” aprobado por el Comité de Bioética de Cataluña.

¹⁰ No debe considerarse equivalente al concepto de ascendiente previsto en el 757 LEC, toda vez que un ascendiente puede haber sido privado de la patria potestad.

Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal deberá oír a la persona afectada por la decisión, no sólo por aplicación de lo preceptuado en el artículo 763 LEC sino por aplicación de lo señalado en el artículo 9 de la LO 1/1996. Se dará audiencia al Ministerio Fiscal y se recabará informe de los servicios de asistencia del menor.

El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad. Siguiendo las indicaciones del Libro blanco sobre la protección de los derechos humanos y la dignidad de las personas afectadas por trastornos mentales, los menores que son objeto de hospitalización tienen que estar tratados en ambientes separados de los adultos.

Asiste también un derecho del menor de recibir información adecuada en relación al conjunto del tratamiento médico al que sea sometido, de acuerdo con su capacidad de comprensión como titular del derecho a la información asistencial en los términos del artículo 5 de la Ley 41/2002. Su opinión tiene que considerarse de forma determinante y de manera progresiva, en relación a su edad y su grado de madurez.

Además de estas garantías directamente relacionadas con el internamiento la doctrina¹¹ ha señalado que la necesaria autorización judicial del internamiento sólo afecta a la libertad del sujeto, siendo necesaria una nueva autorización judicial para restringir otros derechos fundamentales del menor, como pueden ser el derecho al secreto de las comunicaciones, el derecho a la intimidad, el derecho a un régimen de visitas, e incluso el derecho a disfrutar de permisos fuera del centro cuando sea compatible con el tratamiento, así como su derecho a ser reintegrado al sistema escolar que debe hacerse tan pronto, como su estado psicopatológico lo permita, asimismo debe tenerse en cuenta la opinión del menor, especialmente en situaciones especiales en las cuales exprese su negativa a recibir visitas o llamadas telefónicas de algún familiar.

4. CONCLUSIÓN

Como ya resulta sabido, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública no incluye precepto alguno acerca de la salud mental ni sobre el internamiento no voluntario por razón de trastorno

¹¹ AZNAR LÓPEZ M. *Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios*. Comares, 2000.

psíquico. Resta conocer si los proyectos o proposiciones de Ley Orgánica que regulen la materia asumirán las propuestas apuntadas por la doctrina.¹²

En todo caso, compete al legislador la urgente regulación de un estatuto jurídico integral del enfermo mental, demandado por los propios enfermos, sus familiares, por los profesionales del sector, así como por la doctrina. Debe afrontarse una regulación completa, que distinga las especialidades propias de los posibles aquejados por una enfermedad mental, menores, pacientes crónicos, ancianos pacientes de demencias asociadas al envejecimiento¹³, de forma que puedan incorporarse a la práctica clínica instrumentos como el tratamiento ambulatorio involuntario de enfermos mentales, ampliamente demandado por todos los sectores implicados y utilizada, con éxito, en otros países de nuestro entorno, pero que carece de respaldo normativo en España.

Del mismo modo, como consecuencia de la inconstitucionalidad de los preceptos incluidos en la LEC deben regularse de forma integral los internamientos no voluntarios de pacientes, indicando con claridad bajo qué supuestos puede ordenarse el internamiento de un paciente, cuáles son las garantías durante el procedimiento jurisdiccional y durante el tratamiento, estableciendo las posibles revisiones del internamiento, bien de oficio o a instancia del paciente o de las personas que instaron la autorización judicial, cuando su criterio no coincida con el del facultativo responsable de la atención al paciente.

Por último, debe contemplarse la aprobación de un catálogo de derechos y obligaciones del paciente mental en relación con el tratamiento al que pueda ser sometido, implique o no su internamiento en un centro. Todas ellas resultan a nuestro juicio reformas inaplazables.

¹² BARRIOS FLORES, L. F., “La propuesta de regulación del tratamiento ambulatorio involuntario en España: una posición escéptica”, en *La respuesta judicial ante la enfermedad mental, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 92, 2006 y BELTRÁN AGUIRRE, JL. “Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas para una nueva regulación”. *Revista Aranzadi Doctrinal* num. 2/2011 (Tribuna). Editorial Aranzadi, SA, Pamplona. 2011.

¹³ Puede consultarse MERINO GÓMEZ, G. “El Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. Cuestiones relativas al Internamiento en Centros Geriátricos.” en TOMILLO URBINA J. y CAYON DE LAS CUEVAS J. (Dir), *Estudios sobre Derecho de la Salud*, Ed. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, pp 239-247

INTERVENCIONES OBLIGATORIAS POR RIESGO DE TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES CONTAGIOSAS: INTERÉS PÚBLICO *VERSUS* DERECHOS INDIVIDUALES

Ángela Ruiz Sáenz

Asesora Jurídica. Servicio de Asesoramiento Jurídico de la Consejería de Sanidad y Servicios Sociales Gobierno de Cantabria

1. INTRODUCCIÓN

Pese a la amplitud de cuestiones que bajo el título de intervenciones obligatorias en materia de salud pública se pueden tratar (inmovilización de productos, cierre de instalaciones o intervención de medios materiales y personales, entre otras), el presente trabajo tiene por objeto el estudio de las medidas que las autoridades sanitarias pueden adoptar cuando existe un peligro para la salud de la población originado en la posible transmisión de enfermedades contagiosas. Entre las medidas que cabe adoptar, procede centrar el estudio en las dos que pueden resultar más controvertidas desde un punto de vista jurídico por los derechos fundamentales que pueden verse lesionados: la hospitalización, en tanto que de entre las medidas previstas en nuestro ordenamiento jurídico en caso de peligro para la salud de la población, es la que mayor incidencia tiene en la libertad personal, y la vacunación, esta última por motivo de su actualidad, en tanto que si bien no constituye una cuestión nueva, si es de interés relativamente reciente hasta qué punto puede la Administración imponer la vacunación contra la voluntad del vacunado, o contra la de sus representantes legales, en el supuesto de menores de edad. En el caso de la hospitalización la

controversia se produce entre el interés general y el derecho fundamental a la libertad (artículo 17 de la Constitución española, en adelante CE) mientras que en el caso de la vacunación obligatoria, la controversia tiene lugar entre el interés general y el derecho fundamental a la integridad física (artículo 15 CE).

2. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS INTERVENCIONES OBLIGATORIAS EN MATERIA DE SALUD PÚBLICA EN ESPAÑA.

La Constitución reconoce en su artículo 43, apartado 1, el derecho a la protección de la salud, señalando en su apartado 2 la competencia de los poderes públicos para la organización y tutela de la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. Reconoce por lo tanto el derecho a la protección de la salud tanto en su vertiente individual, es decir el derecho de cada persona a la protección de su salud, como en su vertiente colectiva, como un derecho de la colectividad¹.

¹ En relación con el derecho a la protección de la salud en España y en el ámbito del Derecho comparado, véase

Atendiendo al aspecto colectivo del derecho a la protección de la salud, el artículo 11 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad en el Sistema Nacional de Salud, define la prestación de salud pública como el conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones Públicas para preservar, proteger y promover la salud de la población, señalando en el apartado dos una serie de actuaciones entre las que destacan, en atención al objeto de la comunicación, la información y vigilancia epidemiológica, la protección y promoción de la salud y la prevención de las enfermedades y de las deficiencias. Cabe señalar no obstante que el citado apartado dos ha sido objeto de modificación por la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (en adelante LGSP), de conformidad con lo previsto en la Disposición final segunda apartado tercero, procediéndose a la inclusión en la prestación de salud pública, además de actuaciones concretas, de todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique.

En este contexto de protección de la salud colectiva, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en lo sucesivo LGS) recoge en su artículo 26 la posibilidad de que por las autoridades sanitarias se adopten las medidas preventivas pertinentes ante la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, siempre con respeto a una serie de principios relacionados en el artículo 28 de la citada Ley, a saber, la preferencia en la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias, la adopción de medidas que no conlleven riesgo para la vida, la necesaria proporcionalidad entre la limitación sanitaria que implica la medida preventiva adoptada y los fines perseguidos con su adopción y la adopción de aquellas medidas que resulten menos perjudiciales al principio de libre circulación de las personas y los bienes, la libertad de empresa y cualquiera otros derechos afectados.

Cabe además señalar que, de conformidad con lo previsto Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, el Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116.2

de la Constitución, podrá decretar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional cuando se produzcan crisis sanitarias tales como epidemias (artículo 4) lo que permitirá la adopción de medidas tales como la limitación de la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o su condicionamiento al cumplimiento de ciertos requisitos, práctica de requisas temporales de todo tipo de bienes e imposición de prestaciones personales obligatorias (artículo 11), y más concretamente, las medidas establecidas en las normas para la lucha contra las enfermedades infecciosas (artículo 12).

Frente a lo anterior, en el ámbito de la actividad asistencial, donde el paciente se configura como el eje básico de las relaciones clínico-asistenciales necesitando toda actuación del consentimiento libre y voluntario del mismo, el riesgo para la salud pública puede operar como un límite de este consentimiento informado.

Esta posibilidad ya se recogía en el apartado 6 del artículo 10 de la LGS. Posteriormente, el citado apartado queda derogado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 9.2 a) señala que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos: a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicará a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas”.

En virtud de lo anterior, las medidas que se adopten para preservar la salud pública lo serán en todo caso de conformidad con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública (en adelante LOMESP), cuyo artículo 1 dispone que “al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad”.

A continuación y de forma más concreta señala en su artículo 2 que “las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de reconocimiento,

PERMÁN GAVÍN, J. “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, *Derecho y Salud*, volumen 16, número extraordinario, noviembre de 2008, Págs. 29-62.

tratamiento, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad” y en su artículo 3 que “con el fin de controlar las enfermedades transmisibles, la autoridad sanitaria, además de realizar las acciones preventivas generales, podrá adoptar las medidas oportunas para el control de los enfermos, de las personas que estén o hayan estado en contacto con los mismos y del medio ambiente inmediato, así como las que se consideren necesarias en caso de riesgo de carácter transmisible”.

La ley se completa con un último artículo 4 relativo a dificultades de abastecimiento de medicamentos y productos sanitarios.

Nos encontramos ante una Ley que, pese a otorgar amplias facultades a las autoridades sanitarias para la adopción de medidas especiales en materia de salud pública, está repleta de conceptos jurídicos indeterminados y no ha sido desarrollada por un reglamento que recoja el procedimiento a seguir en la adopción de tales medidas. En todo caso, la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública o impliquen privación o restricción de la libertad² o de otro derecho fundamental corresponde a los Juzgados de lo Contencioso Administrativo en virtud del artículo 8.6 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, si bien tampoco se especifica en esta Ley la tramitación a seguir en la autorización o ratificación judicial. Cabe reseñar la tardanza, desde la aprobación de la LOMESP, en atribuir a un determinado órgano judicial, en este caso, a los Juzgados de lo contencioso administrativo, la competencia para autorizar o ratificar la medida, en tanto que el citado apartado 6 del artículo 8 no se introduce sino hasta la aprobación de la Ley Orgánica

19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, en su disposición adicional decimocuarta apartado dos.

En definitiva, nos encontramos con una materia, la relativa a la adopción de medidas especiales por motivos de salud pública, regulada de forma dispersa e insuficiente en múltiples normas sin que en ninguna de ellas se prevea un concreto procedimiento a seguir por las autoridades sanitarias y ello pese a la gran incidencia que la adopción de tales medidas puede tener en los derechos fundamentales de los ciudadanos. Nada nuevo en este sentido aporta la LGSP en su artículo 54 relativo a la adopción de medidas especiales y cautelares, salvo que su adopción requiere la previa audiencia de los interesados, si bien quedan exceptuados los casos de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población. Asimismo el citado artículo proclama garantías tales como que la duración de la medida no exceda del tiempo exigido por la situación de riesgo que la motivó, la asunción de los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares por la persona o empresa responsable y el respeto al principio de proporcionalidad.

3. LA HOSPITALIZACIÓN FORZOSA: AUSENCIA DE PROCEDIMIENTO AL EFECTO.

La hospitalización constituye, de entre las medidas que el artículo 2 de la LOMESP permite adoptar en caso de apreciarse indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población, la que mayor incidencia tiene en la libertad de las personas.

La hospitalización como limitación especial para el logro de la salud se recoge en el Título Preliminar (Base única) de la Ley de Bases de 25 de noviembre de 1944 de Organización de la Sanidad. A su vez, el Decreto de 26 de julio de 1945 por el que se aprueba el reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, desinfección y desinfectación, recoge en su Capítulo II “Del aislamiento de los enfermos infecto-contagiosos” la posibilidad de realizar el aislamiento en un Hospital para aquellos supuestos en que no sea posible llevarlo a cabo en el propio domicilio.

La posibilidad de internamiento de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa viene recogida además en el artículo 5 del Convenio de Protección de Derechos y Libertades fundamentales de 1999, de idéntica redacción al artículo 5 del Convenio de Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales de 1979 (Convenio de 4 de

² Al respecto señala NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. que “Al utilizar la Ley el término genérico libertad no indica si se refiere en exclusiva a la libertad personal o, por el contrario, alude a cualesquiera modalidades de libertad, es decir, no sólo a la mencionada libertad personal reconocida en el artículo 17 CE, sino también a la de circulación contemplada en el artículo 19 CE o, incluso a determinadas libertades que tienen una proyección colectiva como son las libertades de expresión y de información, recogidas en el artículo 20 y que pueden guardar relación con la finalizada perseguida por este apartado”. Comentario recogido en NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 6/2009, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2009.

noviembre de 1950 ratificado por Instrumento de 26 de septiembre de 1979), exigiendo el sometimiento al procedimiento que al efecto se establezca por Ley.

Y es aquí precisamente donde se plantea el principal problema a la hora de adoptar una medida de hospitalización por razones de salud pública, a saber, la ausencia en el ordenamiento jurídico español de un procedimiento al efecto. Este vacío legal ha derivado en ocasiones en la aplicación analógica del procedimiento para el Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico recogido en el artículo 763 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (adelante LEC)³. No obstante cabe señalar que el objeto del internamiento previsto en el citado artículo 763 es la protección de la persona con trastorno psíquico que no se encuentra en condiciones de decidir, trastorno que afecta a la salud de la persona concreta y no a la salud de la población, no siendo comparable con la medida de hospitalización recogida en el artículo 2 de la LOMESP que podrá adoptarse siempre y cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas⁴. Así,

³ En este sentido, señala el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia de 13 de noviembre de 2001, en relación con la adopción de medida de hospitalización terapéutica forzosa que “dado este vacío legal ante un supuesto de limitación o privación del derecho a la libertad de una persona y tratando de efectuar una labor integradora en la aplicación de la norma jurídica, parece a este Ministerio que el supuesto más próximo y cercano sería el contemplado en la LECiv, art. 763, referido al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, pese a constatar la diferencia consistente en el defecto de capacidad presente en el enajenado y ausente en supuestos como el que nos ocupa (...) Sentado lo anterior parece que la situación jurídica del que padece una enfermedad física contagiosa potencialmente peligrosa para la colectividad no ha de ser de peor condición, dando por hecho la necesidad de internamiento, que la del enfermo mental objeto de internamiento no voluntario, al que no se olvide se otorga control jurisdiccional aunque su capacidad esté suplida o complementada por padre o tutor (...) En efecto, ante la carencia de disposición procedimental, parece adecuado que se apliquen al internamiento de que se trata las normas que la LECiv tiene en relación con el «internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico» dada la analogía existente entre uno y otro internamiento. La razón de esa aplicación no viene, por supuesto, ordenada por norma alguna. Sin embargo, esa aplicación aparece justificada porque la LECiv, en su artículo 763, es plenamente respetuosa con los derechos del enfermo mental para lo que acoge una serie de garantías cuyo acogimiento en el presente caso resulta obligado”.

⁴ En relación con las diferencias que se suscitan entre el internamiento de un enfermo mental y el internamiento de una persona por razones de salud colectiva, véase CIERCO

mientras que el primer supuesto el objetivo es la protección de la salud en su vertiente individual, en el segundo lo es en su vertiente colectiva.

Merece especial atención señalar que el inciso “el internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial” del artículo 763.1, párrafo primero, y el inciso “la autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida” del párrafo segundo de dicho precepto han sido declarados inconstitucionales por Sentencia del Tribunal Constitucional nº 132/2010, de 2 de diciembre⁵, puesto que posibilitan la decisión de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, estando esta materia reservada a Ley orgánica en tanto que medida constitutiva de una privación de libertad (artículos 17.1 y 81.1 CE), de tal modo que su inclusión en una Ley ordinaria vulnera el artículo 81.2 del citado texto constitucional. Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar, que la declaración de inconstitucionalidad de los citados incisos no lleva aparejada la de nulidad en tanto no se lleve a cabo la regulación por Ley Orgánica procedente a fin de evitar un vacío legal⁶.

4. LA VACUNACIÓN: LÍMITES EN SU IMPOSICIÓN.

Distinta de la medida de hospitalización cuya adopción con carácter forzoso ampara la ley en el supuesto de que exista un peligro para la salud de la población, es la medida de vacunación, cuya posibilidad de adopción con carácter obligatorio no se recoge de forma expresa en nuestro ordenamiento jurídico.

SIEIRA, C. “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y salud*, Volumen 13, nº 2, 2005, Págs. 211-256.

⁵ Véase BELTRÁN AGUIRRE, J. L. “Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas de una nueva regulación”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 2/2011, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2011.

⁶ El Tribunal Constitucional ha declarado en diversas ocasiones que no siempre es necesaria la vinculación entre inconstitucionalidad y nulidad (SSTC 45/1989, de 20 de febrero, F. 11; 138/2005, de 26 de mayo, F. 6; 273/2005, de 27 de octubre, F. 9; 236/2007, de 7 de noviembre, F. 17; y 120/2010, de 24 de noviembre, F. 6).

Las vacunas aparecen recogidas como una prestación de actividad preventiva en el apartado 3.1.2. a) del Anexo II (cartera de servicios comunes de atención primaria) del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

Nadie duda de que las vacunas son una de las medidas más eficaces para prevenir infecciones y que han logrado la erradicación mundial de muchas de ellas, siendo un instrumento fundamental de salud pública. Sin perjuicio de ello, en ocasiones puede producirse la negativa a la vacunación. En España, el calendario de vacunaciones recomendado por el Ministerio de Sanidad comienza con el nacimiento y continúa hasta los 14 años. La administración de las vacunas recogidas en el calendario es recomendada (no obligatoria) y gratuita. Cada Comunidad Autónoma tiene su propio calendario, que puede variar ligeramente del recomendado. Consecuentemente, pueden existir de facto 19 calendarios oficiales de vacunación, uno por cada Comunidad Autónoma, además de los correspondientes a las ciudades de Ceuta y Melilla, de contenido diverso, lo que repercute negativamente en la percepción que la sociedad tiene de los programas de vacunación. En este sentido LGSP prevé en su artículo 19.3 la adopción por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de un calendario único de vacunas en España. El objetivo es conseguir una prevención epidemiológica más efectiva, aunando los recursos a la hora de conseguir las vacunaciones necesarias. Frente a la existencia de 19 calendarios de vacunación diferentes, la adopción de un calendario único resulta más justo y equitativo, garantizando el derecho que tienen todas las personas de que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad⁷.

Si bien, como decimos, la vacunación en España se configura actualmente como una medida recomendada, la Ley de Bases de 25 de noviembre de 1944 de Organización de la Sanidad, preveía su obligatoriedad en su Título Preliminar al señalar que “para el logro de la salud y el fortalecimiento de los ciu-

dadanos, así como el mejoramiento físico del pueblo español, el Estado podrá imponer obligaciones y limitaciones especiales. Por tanto, en los casos y las condiciones que prevengan las leyes y reglamentos podrá ordenarse con carácter obligatorio las vacunaciones, el empleo de medios preventivos, el reconocimiento individual, el aislamiento, la hospitalización, la vigilancia y otras medidas sanitarias de prevención y de tratamiento”.

Más concretamente contemplaba la citada ley en su Base 4ª (párrafo 6) relativa a la “Lucha contra las enfermedades infecciosas. Desinfección y desinsectación” la declaración obligatoria de las vacunaciones contra la viruela y la difteria, así como el mantenimiento en la obligatoriedad de las vacunaciones preventivas contra las infecciones tíficas y paratíficas cuando por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades, estado epidémico del momento o previsible, se juzgara conveniente. En todas las demás infecciones en que existiesen medios de vacunación de reconocida eficacia total y parcial y en que ésta no constituyera peligro alguno, podrían ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias.

No obstante, éste último apartado fue objeto de modificación por la Ley 22/1980, de 24 de abril, sobre Vacunaciones obligatorias impuestas y recomendadas al señalar que “la vacunación contra la viruela y la difteria y contra las infecciones tíficas y paratíficas, podrán ser declaradas obligatorias por el Gobierno cuando, por la existencia de casos repetidos de estas enfermedades o por el estado epidémico del momento o previsible, se juzgue conveniente. En todas las demás infecciones en que existan medios de vacunación de reconocida eficacia total o parcial y en que ésta no constituya peligro alguno, podrán ser recomendados y, en su caso, impuestos por las autoridades sanitarias”.

En este sentido debe entenderse igualmente derogados por aplicación de la citada Ley los artículos 21, 25 y 26 del Decreto de 26 de julio de 1945 por el que se aprueba el reglamento para la lucha contra las enfermedades infecciosas, desinfección y desinfectación, que contemplan la obligatoriedad de las vacunaciones contra la viruela y la difteria, así como de las vacunaciones anti-paratíficas en los supuestos concretos contenidos en la Ley⁸.

⁷ La LGSP recoge en su artículo 6 el derecho a la igualdad señalando en su apartado 3 que “la enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública” incidiendo en el apartado 4 en que “este derecho se concretará en una cartera de servicios básica y común en el ámbito de la salud pública, con un conjunto de actuaciones y programas. Dicha cartera de servicios incluirá un calendario único de vacunación y una oferta única de cribados poblacionales”.

⁸ El artículo 25 del Decreto de 26 de julio de 1945 contempla la vacunación anti-paratífica obligatoria para todas las personas en contacto con enfermos o sospechosos de padecer dicha dolencia. Por su parte el artículo 26 prevé asimismo la obligatoriedad de esta vacunación para todo

En virtud de lo anterior, cabe afirmar que, con la aprobación de la Ley 22/1980, de 24 de abril, la vacunación obligatoria deja de tener amparo en nuestro ordenamiento jurídico, resultando únicamente viable la adopción de esta medida en el marco de la LOMESP, al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, siempre que lo exijan razones sanitarias de urgencia o necesidad.

En este sentido, con fecha 24 de noviembre de 2010, en una decisión sin precedentes en España, el Juzgado de lo contencioso administrativo nº 5 de Granada, ante la existencia de un brote de enfermedad de sarampión en la ciudad de Granada y solicitada vacunación forzosa por la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, resolvió autorizar la vacunación forzosa de 35 niños cuyos padres se habían negado a vacunarlos o no habían cumplimentado el requerimiento de recibir la dosis de la vacuna, amparando su decisión en la regulación contenida en la LOMESP. Se produce en el presente supuesto, tal y como señalábamos con anterioridad, una confrontación entre el interés general y el derecho fundamental a la integridad física amparado en el artículo 15 de la CE⁹.

En todo caso, la adopción de una medida como ésta requiere una previa ponderación entre los riesgos y los beneficios de la vacunación. Precisamente por ello la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de sep-

habitante de localidad epidemiada pudiendo las Autoridades sanitarias imponer su aplicación si es necesario sin más excepción que los casos que la contraindiquen. Asimismo, podrá imponerse como obligatoria en las poblaciones, pueblos o núcleos rurales que por la deficiente potabilidad de sus aguas sufran endémicamente estas infecciones, interin les es suministrada agua de garantía y potabilidad bacteriológica.

⁹ El Juzgado fundamenta su decisión en la doctrina del Tribunal Constitucional que expone los requisitos necesarios para que la medida que afecta al derecho a la integridad física se encuentre constitucionalmente justificada, esto es: 1) que se persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) que su adopción se encuentre amparada por una norma de rango legal en (principio de legalidad); 3) que sea acordada judicialmente pero sin descartar que la ley pueda habilitar a otros sujetos por razones de urgencia o necesidad; 4) que la resolución que la acuerde esté debidamente motivada; y 5) que la medida sea proporcional, de manera que el sacrificio que la medida, idónea y necesaria a los fines constitucionalmente legítimos que se pretenden, no implique un sacrificio desmedido. A ello añade que “la ejecución de tales intervenciones corporales se habrá de efectuar por personal sanitario que deberá ser personal médico especializado en el supuesto de intervenciones graves que lo requieran por sus características” y que “la práctica de la intervención se ha de llevar a cabo con respeto a la dignidad de la persona, sin que pueda en ningún caso constituir, en sí misma o por la forma de realizarla, un trato inhumano o degradante”

tiembre de 2007 declaró la responsabilidad de la Administración sanitaria porque “a la fecha en la que fue sometido [el paciente] a vacunación obligatoria contra la viruela se puede decir con la opinión de la mayoría de los profesionales del momento que eran mayores los riesgos por efectos secundarios que los efectos preventivos de la enfermedad que podían justificar la imposición de la obligación de vacunación”. No se tuvo en cuenta que “entre los posibles efectos secundarios de la vacuna contra la viruela se encontraba las encefalitis víricas con fuertes subidas de temperatura”, que precisamente el paciente sufrió con resultado ciertamente grave (epilepsia)¹⁰.

Distinto de este supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios ocasionados al paciente como consecuencia de la actuación sanitaria impuesta, en este caso, la vacunación obligatoria en 1975 contra la viruela, son los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración, ya no por los daños originados por la imposición de la vacunación, sino por la falta de información sobre la necesidad de vacunación (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de octubre de 2009¹¹ y Sentencia del Tribunal Su-

¹⁰ El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana ha señalado en Sentencia de 18 de diciembre de 2010 que “si bien la obligación de vacunación constituye una carga del ciudadano de asumir los efectos adversos derivados de la administración de vacunas que sean calificados de leves o moderados, el principio de evitar que unos ciudadanos sean de peor condición que otros, impone que cuando la consecuencia dañosa suponga perjuicios graves y permanentes, ésta debe ser indemnizada por la comunidad, representada por la Administración, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de la salud colectiva de la sociedad, perjudicando su integridad personal sin obtener el debido reconocimiento al derecho de máxima protección en nuestro ordenamiento constitucional, como el derecho a la vida y a la integridad personal”

¹¹ Por Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de octubre de 2009 se estima recurso contencioso administrativo interpuesto contra la resolución presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 25 de febrero de 2005 por los padres de una menor, nacida en 1993, vacunada a los 4 años de edad (el 24 de septiembre de 1997) contra la meningitis con vacuna antimeningocócica A+C de polisacáridos y fallecida el 17 de abril de 2004 tras ser ingresada bajo el diagnóstico de meningitis neumocócica. Según consta en los antecedentes de hecho, una vez vacunada la menor no se informa a los padres ni al colegio en que estudiaba, ni consta que se hiciera campaña publicitaria alguna que diera a conocer que los efectos de tal vacuna no tenían una duración de más de tres años. No obstante, desde el año 2000 la Administración demandada tenía conocimiento de que la vacuna no era todo lo efectiva que hubiera sido de

premo de 25 de junio de 2010¹²), lo que impide adop-

desear por lo que abre una nueva campaña de información con un importante despliegue de medios, llamando a la vacunación a los menores de cinco años, llamamiento que no se refería a la menor que en el año dos mil cumplió siete años de edad por lo que no fue re-vacunada. En septiembre de 2004, después de haber fallecido la menor, la Comunidad de Madrid lleva a cabo otra campaña para vacunar a todos los niños y adolescentes menores de veinte años. La Sala aprecia responsabilidad de la Comunidad de Madrid por no haber extendido la campaña del año 2000 a jóvenes con edades superiores a los cinco años, señalando que “La Administración creó una situación de seguridad en 1997 que no se vio contradicha por ninguna actuación directa ni indirecta que hiciera suponer la eficacia limitada de la vacuna suministrada en 1997. Al contrario, cuando en 2000 se inicia una nueva campaña y (la menor) queda fuera de ella, era razonable que los padres de (la menor) pensarán que a los mayores de cinco no era necesario recordarles la vacuna, es decir, que la vacuna de 1997 seguía siendo eficaz para éstos”.

¹² Por Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2010 se estima parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por una madre contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida ante la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha con fecha 4 de febrero de 2004, en solicitud de indemnización de los daños y perjuicios sufridos por su hija denunciado que la enfermedad que padece la misma es consecuencia directa de no haberse revacunado con la nueva vacuna como consecuencia de falta de información y de actividad preventiva por parte del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha. Según consta en los antecedentes fácticos la hija de la recurrente fue vacunada contra la meningitis C, el 7 de junio de 1997, con diez años de edad, con vacuna antimeningocócica A+C de polisacáridos (Mencevax A+C), vacuna que fué objeto de la campaña vacunal desarrollada entre el 20 de octubre y el 20 de diciembre de 1997, por la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, dirigida a individuos de entre 18 meses y 19 años de edad, incluyéndola en el calendario vacunal. En el año 2000, la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha lleva a cabo una nueva campaña de vacunación contra la Meningitis C, dirigida a niños nacidos desde el 1 de enero de 1995 y, por tanto, a menores de seis años, con una nueva vacuna (la vacuna conjugada) más eficaz que la vacuna de polisacáridos suministrada en 1997 y que proporciona una mayor memoria inmunológica. El 7 de abril de 2003, con motivo de una excursión organizada por el Colegio Compañía de María, de Albacete, la hija de la recurrente, se traslada a París. Al día siguiente es ingresada en el Hospital Bichat-Claude Bernard donde se le diagnostica una Meningitis C púrpura fulminante, con shock severo y fallo multiorgánico. El 17 de noviembre de 2003 (y hasta el 20 de febrero de 2004), la Consejería de Sanidad de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha inicia una nueva campaña de vacunación para proceder a la inmunización contra la Meningitis C con la vacuna conjugada de todos los menores de 19 años que no la hubieran recibido. Señala la Sala que “de lo expuesto se desprende que la Administración efectúa la

tar las medidas oportunas para la protección de la salud. Y en este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha definido la pérdida de oportunidad – entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008- como “la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancia a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias: tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una “falta de servicio”.

En todo caso, para que exista responsabilidad derivada de la actuación sanitaria es necesario no sólo la concurrencia de los requisitos exigidos en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sino además, la infracción de la *lex artis*, entendida como el criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.

campaña del 2000 de tal forma (sólo a través de los Centros de salud, en los que los pediatras solo informan de la campaña a los padres de los menores de seis años a los que va dirigida) que priva a los padres de los mayores de esa edad de la posibilidad de obtener una información suficiente, comprensible y adecuada en relación con la insuficiencia de la vacuna suministrada en 1997 y con el hecho de estar expuestos, que les permita adoptar las medidas oportunas para su adecuada protección, y en este sentido el recurso debe ser estimado (...) es aquí, en la falta de información que provoca la pérdida de la oportunidad de proteger a los menores excluidos de la campaña, donde radica la dejación de funciones de la Administración que, si bien puede ser libre para adoptar la decisión de revacunar gratuitamente, no lo debe ser para rectificar informaciones incompletas que colocan a los ciudadanos en la falsa seguridad de estar protegidos frente a una enfermedad como la que nos ocupa, de suerte que, si como ocurre en el caso de la joven, el riesgo llega a materializarse, el administrado no tiene el deber de soportar el daño consistente en las lesiones y secuelas de por vida provocadas por la nefasta enfermedad, debiendo la Administración, en consecuencia, responder”.

En relación con esta sentencia véase ALARCÓN PONCE, A. “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas (comentario a la STS de 25 de junio de 2010)”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, número 184, Julio-Agosto 2011, Págs. 509-514.

BIBLIOGRAFÍA

ALARCÓN PONCE, A. “Un caso de responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de oportunidad en la dispensación de vacunas (comentario a la STS de 25 de junio de 2010)”, *Actualidad del Derecho Sanitario*, número 184, Julio-Agosto 2011, Págs. 509-514.

BELTRÁN AGUIRRE, J. L. “Declaración de inconstitucionalidad de dos incisos del artículo 763.1 de la LEC sobre el internamiento forzoso de enfermos mentales. Propuestas de una nueva regulación”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 2/2011, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2011.

CIERCO SIEIRA, C. “Epidemias y derecho administrativo. Las posibles respuestas de la Administración en situaciones de grave riesgo sanitario para la población”, *Derecho y salud*, Volumen 13, n° 2, 2005, Págs. 211-256.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A. “La limitación de derechos fundamentales por razones sanitarias”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n° 6/2009, Editorial Aranzadi, S.A., Pamplona. 2009.

PERMÁN GAVÍN, J. “Sobre el derecho constitucional a la protección de la salud”, *Derecho y Salud*, volumen 16, número extraordinario, noviembre de 2008, Págs. 29-62.

JURISPRUDENCIA E INFORMES

Sección a cargo de **Vicente Lomas Hernández**

Jefe de Servicio de Derecho Sanitario y Bioética
Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (Servicio Jurídico)

DERECHO SANITARIO

1.- AUTO DEL JUZGADO DE LO CONTEN- CIOSO-ADMINISTRATIVO NÚM. 5 DE GRA- NADA, DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2010.

El aspecto verdaderamente noticiable de esta resolución judicial reside en la imposición de un tratamiento médico a personas sanas a instancia de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía debido a la negativa de algunos padres de vacunar a sus hijos tras la aparición de 36 casos de sarampión detectados en un colegio granadino.

El juez, tras aplicar el triple juicio de proporcionalidad para verificar la legalidad de semejante medida, concluye que existe habilitación legal -Ley Orgánica 3/1986- de modo que la medida en cuestión puede calificarse como idónea, necesaria y proporcionada, pues *“mientras con la administración de la vacuna antisarampionosa un 10% de los vacunados presentan malestar general y fiebre entre 5 y 12 días después de la vacunación, síntomas que duran de uno a dos días y causan pocas limitaciones a la actividad del niño, acreciendo en contadas ocasiones convulsiones por la fiebre, que no dejan secuela alguna, sin que se asocian enfermedades de mayor gravedad con la vacunación; las complicaciones del sarampión ocurren en un 5- 15% de los casos, e incluyen otitis media, la rino-traqueobronquitis, neumonía, diarrea, crisis convulsivas febriles, encefalitis y ceguera, siendo los menores de 5 años que viven en malas condiciones o están mal nutridos, los adultos y los pacientes con indeficiencias los que presentan un mayor riesgo de complicaciones graves, conllevando la gravedad del cuadro clínico el Ingreso en Hospital de un elevado número de casos, siendo la tasa de letalidad del sarampión, en los países desarrollados, en torno al 1 por mil”*.

Hasta ahora el único supuesto en el que se ha justificado, desde el punto de vista constitucional, la imposición de tratamiento médico en contra de la voluntad de la persona afectada, ha sido en el caso de los internos en instituciones penitenciarias, apelando para ello a la relación de sujeción especial que les vincula con la Administración – SSTC 120/90 y

137/90 que desestiman el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia que consideró ajustada a derecho la asistencia médica a reclusos del GRAPO en huelga de hambre-

No obstante, también se podrían haber valorado por el juez otras alternativas menos gravosas, como la expulsión de los niños no vacunados, una medida ésta sobre la que ya se pronunció el TSJ de Cataluña en su sentencia de 28 de marzo de 2000. En este caso se cuestionaba la resolución de la Universidad Autónoma de Barcelona por la que se dejaba sin efecto la matrícula concedida a una menor para ingresar en un centro vinculado a dicha Universidad ante la negativa de sus padres a que le fuese inoculado cualquier tipo de vacuna; la STSJ de La Rioja núm. 134/2002, de 2 de abril, en la que se impugnaba una resolución de la Comunidad Autónoma de La Rioja por la que se dejaba sin efecto la concesión de una plaza en una guardería infantil a una menor ante la negativa de la madre a que fuese vacunada.

2.- SENTENCIA 132/2010, DE 2 DE DICIEM- BRE DE 2010. CUESTIÓN DE INCONSTITU- CIONALIDAD 4542-2001. PLANTEADA POR EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NÚM. 8 DE A CORUÑA EN RELACIÓN CON LOS PÁRRAFOS PRIMERO Y SEGUNDO DEL ARTÍCULO 763.1 DE LA LEY 1/2000, DE 7 DE ENERO, DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

La cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña tiene por objeto determinar la posible inconstitucionalidad del art. 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC), por infracción de la reserva de Ley orgánica establecida en los arts. 17.1 y 81.1 CE.

El art. 763.1 LEC regula tanto la habilitación al Juez para acordar la medida de internamiento forzoso de las personas que padezcan trastornos psíquicos como las reglas procedimentales para la conformación de la decisión judicial de internamiento.

El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de A Coruña entiende, de acuerdo con la doctrina establecida

en la STC 129/1999, de 1 de julio, que el art. 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en cuanto establece uno de los supuestos en que cabe privar a una persona de su libertad, debiera haber sido aprobado con el carácter de Ley orgánica, ha de ser considerado inconstitucional por infringir los arts. 17.1 y 81.1 CE.

El Fiscal General del Estado comparte el parecer del órgano judicial, en tanto que el Abogado del Estado defiende la constitucionalidad del art. 763.1, párrafos primero y segundo, de la Ley de enjuiciamiento civil con el argumento de que la doctrina invocada por el Juzgado -y el propio art. 17.1 CE- se refiere a los supuestos de privación de libertad en el ámbito penal, siendo así que la medida de internamiento en establecimiento de salud mental contemplada en el precepto cuestionado estaría conectada con el art. 49 CE, de cuyo mandato sería una concreción en garantía de los derechos de las personas incapacitadas por razón de trastorno psíquico.

El Tribunal Constitucional declara la inconstitucionalidad parcial del art. 763 de la LEC, en concreto los siguientes incisos del art. 763.1 párrafo primero y párrafo tercero respectivamente:

a) *"El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial"*

b) *"La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida"*

Ahora bien, el TC consciente de los demoledores efectos que una declaración de esta naturaleza puede acarrear establece lo siguiente *"A esta declaración de inconstitucionalidad no debe anudarse en este caso la declaración de nulidad pues esta última crearía un vacío en el Ordenamiento jurídico no deseable, máxime no habiéndose cuestionado su contenido material"(...)* *"Estamos, por consiguiente, en presencia de una vulneración de la Constitución que sólo el legislador puede remediar; razón por la que resulta obligado instar al mismo para que, a la mayor brevedad posible, proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica."*

3.- SENTENCIA DEL TS DE 6 DE JUNIO DE 2011.

En el curso de una relación de pareja (heterosexual), el varón, conocedor al menos desde el año 1994 de que estaba infectado con el Virus de inmu-

nodeficiencia Humana (VIH), y que había sido informado por los médicos de los riesgos y métodos de transmisión a terceros de dicha enfermedad, mantuvo relaciones sexuales con su pareja sin comunicarle nada sobre su estado de salud, usando como medio de protección en sus relaciones el preservativo.

A pesar de ello, y tal y como se recoge en los hechos declarados probados, en al menos *"cuatro o cinco veces"* el preservativo se rompió, por lo que, a resultas de estos *"accidentes"*, su pareja quedó embarazada y dio a luz en el mes de agosto de 1997 una niña aparentemente sana y que poco tiempo después cayó gravemente enferma, ingresando en el Hospital Gregorio Marañón, donde se descubrió que estaba infectada de SIDA. La menor fue contagiada por su madre durante el parto (transmisión vertical).

A raíz de tal circunstancia, se realizó un estudio médico familiar, siendo diagnosticada la pareja del acusado de infección por VIH ya que fue infectada por el acusado, al mantener con ella relaciones sexuales. Desde el nacimiento de la menor continuaron como pareja, llegando incluso a contraer posteriormente matrimonio.

Sin embargo en marzo de 2007, la mujer presentó querrela contra su marido por delito de lesiones que desembocó en la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de junio de 2010, en la que no se aprecia conducta imprudente por parte del acusado ya que éste seguía constante y rigurosamente, en las relaciones sexuales mantenidas con su pareja, las indicaciones médicas, protocolariamente consideradas como suficientes, consistentes en el uso del preservativo.

Distinto es el parecer del TS, para quién el dato objetivo de que el preservativo se hubiera roto *"cuatro o cinco veces"* resulta suficientemente revelador. En efecto, si bien es cierto que algo que en la generalidad de los casos resulta tener carácter excepcional (la rotura del preservativo), en el caso en concreto que se juzga se producía con cierta frecuencia, por lo que nos encontramos ante *"un comportamiento descuidado, en el sentido de no poner la diligencia necesaria para evitar esas roturas, o en todo caso, susceptible de generar un riesgo real y efectivo..."* que junto con *"la evidente relación de causalidad entre dichos actos negligentes y los resultados, relación directa en el caso del contagio de la mujer, e indirecta, a través del embarazo y con motivo del parto"* llevan al Tribunal a condenar al acusado como autor de sendos delitos de lesiones imprudentes.

PROFESIONES SANITARIAS

1.- STS DE 12 DE JULIO DE 2010.

El TS confirma la legalidad de la previsión recogida en el Anexo al V Convenio marco Estatal de Servicios de las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal en lo que se refiere a las funciones de los gerocultores y la aplicación de fármacos por vía subcutánea.

La Sala entiende que hay cuidados que el propio enfermo puede llevar a cabo por sí mismo, como es el caso de la administración de insulina o heparina por vía subcutánea, de modo que no toda administración de medicación por vía parenteral es idéntica ni comporta las mismas exigencias de conocimientos para su aplicación. Por este motivo entiende que resulta perfectamente admisible que sea el gerocultor el que pueda suplir la falta de capacidad personal del enfermo para ayudarlo cuando no pueda hacerlo por sí mismo, teniendo en cuenta que *“aunque la subcutánea es una forma de administrar medicamentos por vía parenteral, en absoluto tiene la complejidad y los riesgos de la vía intravenosa o intramuscular. Si a eso se añade el importante dato de que siempre habrá que actuar el gerocultor bajo supervisión médica, en ausencia de ATS/DUE, y bajo sus instrucciones, y que además, tal y como se destaca en la sentencia recurrida, que el gerocultor recibe una formación específica para realizar esas funciones, nada hay que deba impedir entonces que en el ámbito de que se trata, se puedan llevar a cabo las discutidas funciones por los gerocultores...”*

Lo verdaderamente sorprendente es que el TS en una sentencia anterior de **2 de diciembre de 2008**, declaró la nulidad del acuerdo adoptado por la Comisión Paritaria del IV Convenio Marco estatal de Servicios de Atención a Personas Dependientes, en el que se recogía la posibilidad de que los gerocultores, en ausencia de la enfermera puedan utilizar la vía subcutánea para administrar insulina y heparina a los residentes.

En este otro caso, el TS dijo que no resultaban admisibles este tipo de actuaciones, sin que, además, se pudiesen establecer comparaciones con otros supuestos similares, como el suministro de fármacos a los escolares por parte de los cuidadores de centros de educación especial – STS de 16 de junio de 1993- ya que en este último caso se trataba de una actividad meramente mecánica, no una práctica médica que comporta una acción invasiva.

2.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ENERO DE 2011. REGISTROS DE PROFESIONALES SANITARIOS

Los recelos de los Colegios profesionales sobre la competencia de las Administraciones Sanitarias para organizar sus propios registros de profesionales sanitarios se manifiestan abiertamente en el presente caso del que conoce la Sala de lo Contencioso del TS.

El motivo de la discordia no es otro que la inclusión en el Registro de los profesionales sanitarios del SNS, y de los registros de los profesionales sanitarios de las distintas CCAA, de los datos correspondientes a los reconocimientos de titulaciones obtenidas en el extranjero para el ejercicio de la profesión en nuestro país -DA Tercera del RD 1837/2008-

Curiosamente el mismo precepto legal es empleado para defender tanto la tesis sostenida por el Consejo General de Colegios Oficiales de Enfermería, como para apoyar los argumentos del Abogado del Estado: el artículo 5 de la LOPS.

Como muy bien afirma el Abogado del Estado, los Colegios Profesionales no poseen el monopolio de los Registros de Profesionales Sanitarios, comenzando porque el citado art. 5 admite la existencia de otros registros de profesionales sanitarios de carácter complementario a los propios de los Colegios, y es más, el mismo precepto otorga a las Administraciones Sanitarias la potestad de establecer los criterios y requisitos mínimos de esos registros.

Pero es que el respaldo legal de estos otros registros complementarios no se agota en el mencionado art. 5.2 de la LOPS, sino que también a ellos se refiere el art. 8.4 y el art 43, ambos del mismo texto legal, el art. 13 de la Ley 41/2002, el art. 53 de la Ley 16/2003 de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, o el art. 16 de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud, sin que por otra parte exista norma alguna que imponga a la Administración del Estado la obligación de comunicar a las Corporaciones profesionales los reconocimientos otorgados.

Así pues, la impugnada Disposición Adicional Tercera del RD 1837/2008 no coarta la función propia del Registro que los Colegios Profesionales están obligados a llevar.

PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

1.- SENTENCIA DEL TS DE 8 DE OCTUBRE DE 2010. CESIÓN DE DATOS PERSONALES DE ANCIANOS DE UNA RESIDENCIA A UNA OFICINA DE FARMACIA.

Centro residencial de mayores que presta a sus internos (ancianos) un servicio de atención integral de

todas sus necesidades, incluidas las de acceso a medicamentos y artículos de higiene personal. Considera que la prestación de esa concreta asistencia solo puede realizarse mediante la confección de un pedido a la farmacia y con la facilitación de los datos de cada persona a los efectos de cobro. La Residencia considera que la cesión de datos realizada a la farmacia se encuentra amparada por el artículo 11.2.c) de la Ley Orgánica 15/1999, y por tanto no es preciso recabar el consentimiento de los residentes.

El artículo 11.2.c) de la Ley Orgánica 15/1999 que, como excepción a la regla general de la necesidad del consentimiento del interesado para la comunicación de datos a un tercero, prevé que no será preciso "*Cuando el tratamiento responda a la libre y legítima aceptación de una relación jurídica cuyo desarrollo, cumplimiento y control implique necesariamente la conexión de dicho tratamiento con ficheros de terceros*"

¿Qué dice el Tribunal Supremo?

"Mal puede sostenerse que en el caso de autos la prestación del servicio farmacéutico y parafarmacéutico por parte de la recurrente a sus residentes fuera precedida de una información expresa en la que se hiciera saber a éstos la facilitación de sus datos de carácter personal a la oficina de farmacia, ni que la información requerida esté implícita en la relación jurídica aceptada por los residentes, aún cuando se admita que la relación de mención abarca una asistencia integral que incluye el servicio farmacéutico y parafarmacéutico, ya que para llegar a aceptar esto último, sería necesario al menos compartir la idea de que la única forma posible para la prestación de ese específico servicio es la adoptada por la recurrente, lo que con rotundidad negamos, ya que es obvio que otros medios distintos al adoptado existen para el cumplimiento de aquellos servicios"

CONTRATACIÓN PÚBLICA

1.- STS DE 26 DE ENERO DE 2011. CESIÓN ILEGAL DE MANO DE OBRA EN EL MARCO DE UN CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS.

La sentencia objeto de comentario gira en torno al art. 43 del TRET y la siempre difícil separación entre lo que constituye la cesión ilegal de mano de obra y la descentralización productiva lícita.

La recurrente presta servicios con la categoría de limpiadora en una empresa contratista, en concreto realizando labores de encargada en la vivienda tutelada de mayores del Ayuntamiento de San Bartolomé

de Tirajana. Consta que la interesada no lleva uniforme de la empresa, recibe las órdenes de dirección y ejecución de la coordinadora de la Concejalía, no ha recibido cursos de formación por la empresa y los servicios los prestaba empleando los medios materiales que le proporcionaba el propio Ayuntamiento.

Estos y otros datos constituyen serios indicios de la presencia de una cesión ilegal de mano de obra. Ahora bien, ¿cabría defender que, en realidad, la Administración cuando adoptaba estas medidas de índole organizativa, lo era en el ejercicio legítimo de las prerrogativas reconocidas en la LCSP, y en concreto, de las facultades para dar instrucciones al contratista y de vigilar la ejecución del contrato?

El TS considera que no podemos confundir el régimen de prerrogativas de la LCSP con la dirección exclusiva del trabajo por parte de la Administración en lugar de la empresa contratista -luego parece que podría ser viable si la dirección de los trabajos fuese compartida- y además señala que no podemos invocar las cláusulas del contrato para justificar este proceder ya que tales cláusulas "*no pueden obligar a terceros, y no pueden vulnerar preceptos legales imperativos*".

2.- SENTENCIA DE 26 DE ENERO DE 2011 DEL TSJ DE MADRID

El Tribunal Superior de Justicia reconoce la legitimación a una empresa distribuidora de productos farmacéuticos que recurrió el Pliego de Prescripciones Técnicas -PTT- en una licitación del Servicio Madrileño de Salud aunque no participó en la licitación.

Respecto a esta primera cuestión, la Administración consideraba que la entidad mercantil recurrente carecía de legitimación para interponer el recurso al no participar en él. Sin embargo la Sala entiende que sí existe legitimación ya que lo impugnado no es el acto de adjudicación sino los pliegos, y además la recurrente sí que ostentaba la titularidad de un interés legítimo, pues lo que impugnaba eran los lotes del PTT en los que excluían a oferentes de medicamentos solo por no ser genéricos, o daban una preferencia injustificadas a estos últimos medicamentos, de modo que "*su anulación le produce un beneficio al poder participar en el concurso con otro pliego de condiciones distinto*".

En este sentido y en relación con el tema de la legitimación activa, la LCSP establece que el recurso especial puede ser interpuesto por las personas físicas y jurídicas cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados y, en todo caso, por los licitadores. Así pues, el pro-

pio tenor literal del precepto muestra que se reconoce legitimación activa para recurrir no sólo a los que han participado en la licitación, pues los licitadores están siempre legitimados, sino también a otras personas que acrediten la titularidad de derechos o intereses legítimos que sean perjudicados o bien puedan ser afectados.

En cuanto al fondo del asunto, la sentencia es bastante elocuente cuando afirma en el Fundamento Jurídico Cuarto que *“el artículo 101, apartado segundo de la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público, dispone que las prescripciones técnicas deberán permitir el acceso en condiciones de igualdad de los licitadores, sin que puedan tener por efecto la creación de obstáculos injustificados a la apertura de los contratos públicos a la competencia, añadiendo el apartado octavo que salvo que lo justifique el objeto del contrato, las especificaciones técnicas no podrán mencionar una fabricación o una procedencia determinada o un procedimiento concreto, ni hacer referencia a una marca, a una patente o a un tipo, a un origen o a una producción determinados con la finalidad de favorecer o descartar ciertas empresas o ciertos productos. Tal mención o referencia se autorizará, con carácter excepcional, en el caso en que no sea posible hacer una descripción lo bastante precisa e inteligible del objeto del contrato en aplicación de los apartados 3 y 4 de este artículo y deberá ir acompañada de la mención «o equivalente».*

En el caso debatido, el Pliego de Prescripciones Técnicas en 16 de los 63 lotes especificaba expresamente “Debe ser Especialidad Farmacéutica Genérica”, excluyendo, por tanto, de la posibilidad de licitar a los laboratorios cuyos medicamentos no tuvieran la condición de medicamentos genéricos y en el lote nº 26 se recogía “Preferiblemente Especialidad Farmacéutica Genérica”, con lo que se primaba a aquellos licitadores que ofertaran medicamentos genéricos sobre aquellos que no lo son, por lo que es evidente, tal y como sostiene el Juzgador de la Instancia que se restringe la libre concurrencia en materia contractual a prohibir concurrir a la licitación a determinadas empresas oferentes de medicamentos, por el solo hecho de no ser genéricos, debiendo señalar que mientras estén autorizadas las especialidades farmacéuticas, no existe razón alguna para que las empresas titulares de dichas especialidades farmacéuticas no puedan concurrir a estos contratos, en términos de igualdad con aquellas otras que ofrecen medicamentos genéricos.

PROPIEDAD INTELECTUAL

JUZGADO MERCANTIL Nº 6 DE BARCELONA. SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 2011. AUDIENCIA PROVINCIAL DE ÁLAVA. SENTENCIA DE 19 DE ENERO DE 2011.

La Asociación catalana de entidades de salud (ACES) pretende que se declare por el juzgado que la instalación de aparatos de televisión en las habitaciones de los establecimientos hospitalarios no constituye acto de comunicación pública, que la habitación de un hospital constituye un ámbito estrictamente doméstico, y que como consecuencia de lo anterior, las tarifas de establecimientos asimilados a los de Alojamiento y Hospedaje no son aplicables a los hospitales.

El titular del juzgado nº 6 interpreta respecto del primero de los pedimentos, que la puesta a disposición de los pacientes que se encuentran ingresados en una clínica o en un hospital debe ser, a los efectos de lo dispuesto en el art. 20 de la LPI, calificado de acto de comunicación pública. Ahora bien, cuestión distinta es determinar si dicho acto de comunicación pública merece o no la consideración de acto que se desarrolla en el ámbito estrictamente doméstico, a los efectos de que comprobar si se puede aplicar la excepción prevista en el punto 1.º del citado art. 20.

La parte demandada considera que no es factible en este caso la aplicación de esta excepción por dos motivos:

a) La habitación de un hospital no merece la calificación de ámbito estrictamente doméstico, apoyándose a tal efecto en la **sentencia del TSJUE de 7 de diciembre de 2006**, en la que se refiere a los *“hospitales, clínicas o sanatorios”* como *“establecimientos asimilados a los alojamiento y hospedaje”*.

b) Aún en el caso de merecer tal calificación, no sería posible la aplicación de la excepción prevista en el art. 20, en la medida que se utiliza una única red, que difunde desde una única antena, la señal a todos los aparatos receptores instalados en el establecimiento hospitalario.

Comenzando por el final, el juez desestima este segundo argumento, pues *“lo relevante a los efectos de determinar la aplicación de la exención prevista en el art. 20.1.2º, no es si el aparato de TV está o no conectado a una red de difusión, sino el espacio en el que el aparato se sitúa, si se encuentra en un lugar en el que concurren los elementos para calificarlo como ámbito estrictamente doméstico, o por el contrario está situado en un lugar que carece de tal carácter”*.

Pero, ¿cuáles son los elementos que integran este ámbito doméstico?

Tres son los elementos cuya concurrencia hay que valorar, a) el elemento personal –que concurre, ya que acceden a la habitación no solo el personal sanitario sino también familiares y allegados-; b) el elemento espacial –cumple una función asimilable a la de la habitación del domicilio-; c) elemento de gratuidad.

Este último es el factor clave para determinar si se debe o no abonar por parte del centro sanitario el precio correspondiente a la tarifa preestablecida. Así pues, si el establecimiento se limita a poner a disposición de los pacientes el aparato receptor y la señal, la habitación tendrá la consideración de ámbito estrictamente doméstico.

Pero si el hospital percibe algún tipo de remuneración a cambio de permitir que el paciente tenga acceso a la señal, nos encontraremos ante un ámbito que no puede ser calificado como estrictamente doméstico, y por tanto el titular de la obra o de los derechos afines tendrá derecho a ser remunerado.

En definitiva, únicamente quedan exentos del pago de este tipo de tarifas los hospitales o clínicas en las que el paciente no satisfaga cantidad alguna ya sea a la propia clínica o a un tercero, para poder ver la televisión en su habitación.

Por el contrario, la Audiencia Provincial de Álava en su sentencia de 19 de enero de 2011 va más allá, y admite que se deba abonar dicho canon pese a los pacientes ingresados no realizan desembolso alguno para disfrutar de los servicios de TV. La AP entra a conocer del caso a raíz del recurso interpuesto por la Sociedad de Gestión (AISGE) contra la sentencia de instancia que había absuelto a la Clínica Maternal Nuestra Señora de la Esperanza de tener que pagar la remuneración por comunicación pública de grabaciones audiovisuales a través de los televisores instalados en sus habitaciones.

La clínica ofrece la posibilidad de que el paciente pueda encender directamente el aparato para poder ver la televisión, sin tener que abonar cantidad alguna conforme se desprende de la propia publicidad que de la clínica aparece en Internet, donde se destaca que ofrece a sus pacientes el servicio de televisión.

Pues bien, según la Audiencia Provincial estamos ante una actividad empresarial, al igual que lo es la actividad hotelera, pues así se desprende de la propia publicidad de la clínica, de modo que habrá que entender que algún tipo de beneficio obtiene de dicho ofrecimiento, y por tanto habrá que aplicar la misma

doctrina jurisprudencial que para los establecimientos hoteleros.

RESPONSABILIDAD POR ASISTENCIA SANITARIA

2.- LA OBLIGACIÓN DE MEDIOS Y LA OBLIGACIÓN DE RESULTADOS EN LAS INTERVENCIONES DE CIRUGÍA ESTÉTICA. SENTENCIA DEL TS, SALA DE LO CIVIL, DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2010.

La reclamación de una indemnización de daños y perjuicios por un inadecuado control postoperatorio de una herida quirúrgica tras habersele practicado a la paciente una abdominoplastia, sirve al TS para revisar la tradicional distinción entre obligación de medios y obligación de resultados. El Alto Tribunal pulveriza tal distinción por entender que la obligación del médico es poner a disposición del paciente los medios adecuados, y que *“la intervención médica está sujeta al componente aleatorio, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas, especialmente la estética, son los mismos que los que resultas de cualquier otro tipo de cirugía. Lo contrario supone poner a cargo del médico una responsabilidad de naturaleza objetiva en cuanto se le responsabiliza exclusivamente por el resultado alcanzado en la realización del acto médico (...) al margen de cualquier valoración sobre culpabilidad y relación de causalidad.”*

En esta misma línea ya se había pronunciado el TS en sentencia de 20 noviembre 2009 al señalar que, *“los médicos actúan sobre personas, con o sin alteraciones de la salud, y la intervención médica está sujeta, como todas, al componente aleatorio propio de la misma, por lo que los riesgos o complicaciones que se pueden derivar de las distintas técnicas de cirugía utilizadas son similares en todos los casos y el fracaso de la intervención puede no estar tanto en una mala praxis cuanto en las simples alteraciones biológica”*. En definitiva, el médico sólo responde de la no consecución del resultado pretendido si se acordó expresamente o se garantizó al paciente.

Las cuestiones que se podrían plantear son:

a) ¿Incide este tipo de pronunciamientos judiciales en la intensidad de la información que debe suministrarse en este tipo de intervenciones?

Recordemos que los Tribunales de Justicia otorgan gran relevancia a la falta de información según se

trata de supuestos de medicina asistencial o de medicina voluntaria, pues en este último caso -que como hemos visto incluye las intervenciones quirúrgicas de estética-, habría que informar de “cualesquiera secuelas, riesgos, complicaciones o resultados adversos se puedan producir, sean de carácter permanente o temporal, y con independencia de su frecuencia...” (STS 21 de octubre de 2005). En este caso, la demandante se sometió a una intervención consistente en tratamiento dermoabrasador por láser quirúrgico con la finalidad de hacer desaparecer unas pequeñas cicatrices en la región del mentón, tras lo cual le apareció un queloide debido a la predisposición genética de ciertos pacientes “se trata por lo tanto de un riesgo previsible, que aunque muy improbable, lo que excluye la responsabilidad en la práctica de la intervención, no excusaba del deber de información, a cuyo efecto el médico podía, y debía haber hecho saber a la paciente la pequeña posibilidad de que ocurriera el suceso y su causa...”

b) ¿Qué sucede si, en efecto, se hubiese pactado el resultado con el paciente? ¿Surgiría automáticamente la responsabilidad del profesional sanitario por el hecho de no haberse conseguido el resultado pactado aún cuando la intervención se hubiese ajustado a los parámetros de la “lex artis”?

3.- STS DE 15 DE FEBRERO DE 2011. EL ESTADO ACTUAL DE LA CIENCIA COMO CLÁUSULA DE PROGRESO PARA EXIMIR DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Verano de 1982. Un lactante es ingresado en el Hospital Reina Sofía de Córdoba, y, para combatir un problema respiratorio con fiebre, se le suministra aspirina. Poco tiempo después desarrolla el Síndrome de Reye, que, entre otras manifestaciones, comporta retraso mental.

Los padres, para quienes existe una evidente conexión entre el suministro del fármaco en cuestión y la discapacidad mental sobrevenida, tras haber perdido en todas las instancias, administrativa y jurisdiccional, interponen recurso de casación ante el TS para que sea éste el que dilucide si en 1982 debía un profesional competente de la medicina saber que la administración de aspirina a los niños puede causar el síndrome de Reye o no. El examen del material probatorio permite concluir de forma contundente que estaríamos ante un supuesto del **art. 141 de la Ley 30/1992**, ya que “sólo es 1986 se estableció oficialmente el deber de informar sobre el referido riesgo inherente a la administración de aspirina a los niños (...) y así, dado que los hechos examinados acaecieron en 1982, la conclusión de que la

Administración sanitaria no vulneró la lex artis es correcta” “fue en 1982 cuando la máxima autoridad sanitaria norteamericana comenzó a recomendar – en ningún caso a ordenar- prudencia en el uso de la aspirina con niño-”.

Pero, ¿y si hubiésemos estado ante el mismo caso pero en una clínica privada? **El artículo 140.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007**, de 16 de noviembre, establece que “En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con este capítulo, no podrán invocar la causa de exoneración del apartado 1, letra e).” –Que el estado de los conocimientos científicos y técnicos existentes en el momento de la puesta en circulación no permita apreciar la existencia del defecto-.

5.- STC DE 28 DE MARZO DE 2011.

El recurrente en amparo ingresa en el servicio de urgencias de una clínica presentando dolor precordial. Es sometido a un cateterismo cardíaco por vía radial derecha pero sin que se le informara de las posibles consecuencias de la intervención y sin que se hubiera obtenido previamente su consentimiento para la práctica de la misma. Tras la intervención, la mano derecha del recurrente evolucionó negativamente hasta sufrir su pérdida funcional total.

El derecho a la integridad física y moral engloba la facultad de la persona de oponerse a la asistencia médica en el ejercicio de su derecho de autodeterminación, de modo que el derecho fundamental del art. 15 de la CE se verá afectado cuando se realice una intervención médica en contra de la voluntad del interesado. Ahora bien, ¿cabe entender que también se violenta este mismo derecho fundamental en los casos en que la intervención médica no haya ido precedida de una información adecuada sobre la misma?

El TC hace un repaso por el derecho supranacional y la jurisprudencia del TEDH sobre el consentimiento del paciente y el derecho a la integridad física para concluir que la facultad de consentir, de decidir sobre actos médicos, necesita que el paciente previamente haya recibido la información médica adecuada. “De esta manera el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente relacionados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir...”

Descendiendo al derecho interno, la cuestión suscitada debe ser analizada a la luz de la Ley 41/2002, y la regu-

lación que, de forma separada, se hace del derecho a la información y el derecho al consentimiento informado. Así respecto del primero, destaca los artículos 4 y 5 de la ley en los que se consagra el derecho del paciente a ser informado, con las excepciones previstas en la ley, *“permitiéndose la limitación del derecho únicamente en casos de carencia de capacidad del paciente para entender la información o por la existencia acreditada de un estado de necesidad terapéutica.”*

En cuanto al consentimiento informado el legislador *“permite a los facultativos prescindir del mismo para llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente tan solo en los casos de riesgo para la salud pública, y cuando existe riesgo inmediato y grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización”*.

En el caso que juzga el TC no se aprecia la existencia de una situación de riesgo que justifique la omisión del consentimiento informado, ya que *“no basta con que exista una situación de riesgo (...) sino que aquél ha de estar cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad...”*

En este caso concreto, y aunque el recurrente ingresó en urgencias, *“el cateterismo no se le practicó hasta la mañana siguiente, de modo que el lapso de tiempo transcurrido parece suficientemente amplio como para que, una vez que los facultativos entendieron procedente la realización del cateterismo como solución para la dolencia del actor, éste fuera informado sobre las consecuencias, riesgos y contraindicaciones de la intervención...”*. En consecuencia, *“hemos de concluir que se ha lesionado el derecho fundamental del actor a la integridad física...”*.

La trascendencia práctica de esta sentencia podría pasar desapercibida, si tenemos en cuenta que son frecuentes los pronunciamientos judiciales que reconocen el derecho a ser resarcido por daño moral cuando el paciente, que ha sufrido daños a raíz de la asistencia sanitaria recibida, no ha sido debidamente informado de los riesgos. Pero la relevancia de esta sentencia radica en que deja abierta la posibilidad de que, a partir de ahora, y ante una sentencia desestimatoria, el paciente pueda acudir en amparo ante el TC por la vía de la violación de un derecho fundamental y así, obtener la indemnización que la justicia ordinaria le ha denegado.

6.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2010.

El consentimiento informado de la parturienta a los efectos de decidir cómo debe finalizar el parto, si

mediante cesárea o por parto vaginal, constituye el eje central de esta sentencia donde se enjuicia la labor de los profesionales sanitarios que asistieron al nacimiento del hijo de la recurrente, que presentó una distocia de hombros, si bien del informe pericial se desprende que el bebé no padeció ningún problema neurológico.

Así pues la inexistencia de daño físico podría haber servido como motivo suficiente para que la Sala, directamente, hubiese dictado sentencia desestimatoria, ya que además queda acreditado que no hubo infracción alguna de la *lex artis* ya que el embarazo no era de riesgo, no estaba aconsejada la cesárea y no se podía prever la distocia de hombros. Pero, ¿qué sucede en cuanto a la infracción de las exigencias derivadas del consentimiento informado?

La Sala se alinea en el sentido recogido en las últimas sentencias del TS de considerar, frente a lo que dijera en un principio el TS en su sentencia de 4 de abril de 2000, que la mera falta o ausencia de aquél - consentimiento informado- no es indemnizable si no concurre el elemento del daño antijurídico -STS de 30 de junio de 2009-. Pero es más, considera que en estos casos, no cabe reconocer derecho a elegir entre otras posibles alternativas, pues *“resultando acreditado por los informes médicos que la cesárea es una intervención mayor con un porcentaje de mortalidad mucho mayor que en los partos por vía vaginal, no se justifica que sea la paciente la que decida sobre la forma de terminación del parto”*.

7.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE DICIEMBRE DE 2010. SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Frente al criterio sostenido por el TSJ de Castilla y León en su sentencia de 30 de septiembre de 2010 en relación con la capacidad de la mujer embarazada para decidir cómo quiere que tenga lugar el parto, nuestro Alto Tribunal se vuelca en esta sentencia decididamente a favor de la tesis autonomista.

En este caso se trataba de una mujer embarazada con diabetes insulínica dependiente, con antecedentes personales de adicción a drogas por vía parenteral, que con una edad gestacional de 35 semanas acude a Urgencias por contracciones, siendo diagnosticada de amenaza de parto pretérmino. Al día siguiente se produce el alumbramiento por vía vaginal de una niña con presentación podálica, si bien hubo que emplear un fórceps de cabeza para la última extracción. La recién nacida fue ingresada en neonatología y se informó a la madre de la presencia de hemorragia grado 1 periventricular. Tres años después se ha

emitido dictamen técnico facultativo concediendo a la menor un grado de minusvalía de 75% por presentar retraso madurativo por encefalopatía cuya etiología es el sufrimiento fetal perinatal.

Desde el punto de la vista de la *lex artis* material, no se cuestionan los métodos empleados por los profesionales una vez iniciado el parto por vía vaginal, *“que deben considerarse como tratamientos correctos y adecuados a la “lex artis ad hoc”*. Ahora bien, pese a que el parto se desarrolla habiendo empleado como digo los facultativos todas las reglas propias de la *lex artis*, la Sala llama la atención sobre el dato de que el dictamen técnico facultativo emitido tres años después concluya que la etiología de la encefalopatía de la menor haya sido el sufrimiento fetal perinatal, lo que conduce a pensar que en este caso concreto, la cesárea *“habría evitado las gravísimas lesiones que sufrió la hija de la recurrente”*.

Y llegados a este punto, se plantea si hubo o no **privación de la capacidad de la mujer a decidir al respecto, y si los facultativos informaron a la paciente de la posibilidad de finalizar el parto por cesárea**, en vez de hacerlo por vía vaginal. Vaya por delante, que, según los protocolos de la SEGO, éstos no establecen que sea preceptivo recurrir a una cesárea en el caso de presentación podálica, es más, esta sociedad científica admite que la finalización de un parto de nalgas mediante cesárea representa mucho mayor riesgo para el feto.

Pues bien, la tensión entre la *“autonomía científica y técnica”* del profesional sanitario, reconocida en el artículo 5 de la LOPS y la *“autonomía decisoria”* del enfermo, es resuelta por el TS a favor de esta última manifestación autonomista, y rechaza el argumento empleado por la compañía aseguradora de que la primacía de la capacidad de decidir del paciente tendría como efecto el aumento de la *“cesárea a demanda”*, *que no sólo no es postulable en una correcta asistencia médica sino que, de hacerlo contravendría lo dispuesto en los Protocolos de la SEGO”*.

El TS, en cambio, considera que en este caso concreto de embarazo de alto riesgo por la patología asociada, la prematuridad y otros factores añadidos, determina que *“en el momento que tienen conocimiento los facultativos que se trata de una presentación podálica, deberían haber informado a la gestante de los riesgos potenciales que se derivan de la asistencia de un parto de nalgas ofreciéndole la posibilidad de la finalización del parto mediante cesárea si ella lo hubiera decidido así, si ella no hubiera asumido los riesgos de un parto vaginal”*.

La traducción económica de este quebranto de la *“lex artis”* en concepto de **daño moral por no haberle brindado a la madre la posibilidad de asumir este riesgo**, queda fijada por el Tribunal en 50.000 euros.

La repercusión de esta sentencia no puede ser pasada por alto, ya que inclina el fiel de la balanza claramente a favor de la paciente y en detrimento de la autonomía técnica de profesional, al menos en los casos en que existan riesgos manifiestos asociados a patologías de la madre, tamaño del feto, presentación fetal u otros con relevancia clínica. Pero, ¿podemos mantener este mismo criterio en aquellos supuestos en lo que no existen datos médicos perturbadores que hagan sospechar posibles complicaciones llegado el momento del parto?

El Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares se decanta por una visión expansiva del derecho de la mujer a decidir sobre la forma de terminación del parto. Así es, en su sentencia de 1 de julio de 2009 declara probado que la actuación de los profesionales desde el punto de vista técnico fue correcta, ya que en atención a las características de la madre y del feto no estaba aconsejada según protocolo la práctica de una cesárea; sin embargo considera que en la medida que no hubo consentimiento informado se vulneró el derecho a decidir de la madre, y por tanto, ese defecto del consentimiento informado representa, como ya dijera en el año 2000 nuestro Alto Tribunal, un incumplimiento de la *lex artis* al revelar *“una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario, que constituye supuesto o causa de responsabilidad”*, y todo ello aunque estemos ante un proceso fisiológico, natural, que necesariamente debe desembocar en el alumbramiento del feto.

A la luz de estos pronunciamientos, ¿cuál debe ser el alcance, la extensión de esta capacidad de autodeterminación de la mujer embarazada? ¿Habría que parcelar la aplicación de este principio autonomista exclusivamente a la libre elección entre parto vaginal y parto por cesárea, o también podríamos invocarlo para el resto de las decisiones que deben ser adoptadas con ocasión de un parto, todas ellas con una gran trascendencia para el futuro bienestar del feto, como por ejemplo, si procede o no el uso de ventosa? ¿Podemos entender que en todos los embarazos, sean o no de riesgo, privar a la mujer de la capacidad de decidir supone, conforme a la reciente STC 28 de marzo de 2011 sobre la trascendencia de la omisión del requisito del consentimiento informado, un atentado a su dignidad personal y a su derecho a la integridad física? ¿O por el contrario, hay que acotar la vigencia del principio de autonomía de la mujer em-

barazada exclusivamente a la elección de la vía del parto, y solo en aquellos casos en los que se trate de embarazos que, por diversos factores, hagan pensar en la posible existencia de importantes complicaciones con graves y serios riesgos para la salud del feto?

8.- SENTENCIA DEL TS DE 11 DE FEBRERO DE 2011. MODIFICACIÓN DEL ALCANCE DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO YA PRESTADO POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS.

Mujer embarazada de gemelos que, momentos antes del parto, había sido informada y había consentido expresamente para que se le practicase una ligadura de trompas.

Llegado el momento del alumbramiento, la facultativa, que asiste a la mujer en el parto, al sacar a uno de los niños advierte la falta de respuesta por parte del bebé, por lo que hace entrega del mismo a los neonatólogos. Cuando le comunican el fallecimiento del bebé, ya se había practicado la ligadura de trompas previamente acordada con la paciente.

La paciente considera que se han conculcado sus derechos a la información y obtención del consentimiento informado, al haberse producido un hecho novedoso como es el nacimiento sin vida de uno de los fetos, circunstancia que, con carácter previo, debería habersele puesto de manifiesto, ya que el deber de informar no se agota con la obtención del consentimiento informado, sino que la información asistencial ha de ser continuada.

Además, entiende la parte recurrente que esta nueva situación provocada por el fallecimiento del feto, invalida el consentimiento informado otorgado para la práctica de la ligadura de trompas.

No comparte el TS las apreciaciones de la parte recurrente ya que *“hubo información médica y consentimiento suscrito por la actora autorizando la ligadura de trompas (...) y lo que no es posible es convertir ambos presupuestos, información y consentimiento, en una especie de trampa para quienes estaban obligados a adecuarlos a la nueva situación originada por el fallecimiento de una de las gemelas desde el momento en que la paciente, al otorgar el consentimiento, no hizo constar en modo alguno que era condicionado, y que cuando la facultativa saca al niño y lo pone en manos de los neonatólogos, ante la falta de respuesta, desconocía su fallecimiento, de tal forma que cuando le comunican el fallecimiento ya había practicado la ligadura de trompas que es lo que precisamente había solicitado...”*

MEDICAMENTOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE JUNIO DE 2011. RESPONSABILIDAD POR DEFECTUOSA INFORMACIÓN DE EFECTOS ADVERSOS EN EL PROSPECTO DEL MEDICAMENTO.

La sentencia del TS confirma la sentencia recurrida que considera que el medicamento Agreal comercializado por el laboratorio médico Sanofi-Aventis, S.A. es defectuoso en sentido legal por insuficiencia del contenido del prospecto con el cual venía siendo comercializado en España.

Como dice el Supremo *“Junto al etiquetado, la ficha técnica y el prospecto constituyen vertientes fundamentales del derecho a la información en el ámbito del derecho sanitario, y es lo cierto, y así lo avalan las pruebas que valoran las sentencias, que Agreal producía unos efectos adversos (...) que no estaban incluidos en el prospecto con el cual era comercializado ni tampoco estaban en la ficha técnica todas las reacciones adversas científicamente comprobadas, al menos las que no ofrecen discusión...”*

RECURSOS HUMANOS

1.- SENTENCIA DEL TSJ DEL PAÍS VASCO DE 12 DE MAYO DE 2010.

Nulidad de la base primera de la convocatoria del proceso selectivo para el ascenso a la categoría de suboficial de investigación criminal de la Ertzaintza. La referida base establece que el nº de las plazas que se convocan es de 60, de las cuales 30 serán cubiertas por mujeres y otras 30 por el resto de aspirantes que mayor puntuación obtengan.

Para ello el TSJ recuerda que no existe ninguna norma con rango de ley nacional o autonómica que prevea reserva de plazas a favor de mujeres en el acceso a la función pública, en la promoción o provisión, y en segundo lugar una normativa nacional que estableciera una preferencia automática e incondicional a favor de las mujeres resultaría contraria a Derecho Comunitario. Las sentencias del TJUE han reconocido que *una acción encaminada a promover prioritariamente a las candidatas femeninas en los sectores de la función pública en los que se encuentren infrarepresentadas debe considerarse compatible con el Derecho Comunitario cuando no conceda de modo automático e incondicional preferencia a las candidatas femeninas que tengan una cualificación igual a la de sus competidores masculinos* (STJUE de 407/1998), y la sentencia del TJUE de 6 de Julio de

2000 establece también *la oposición a derecho comunitario de la normativa nacional según la cual un candidato a un empleo en la función pública perteneciente al sexo infrarrepresentado, con capacitación suficiente para dicho empleo, deba ser seleccionado con preferencia a un candidato del sexo opuesto.*

2.- PERSONAL INTERINO Y PERSONAL EVENTUAL. SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2010.

La cuestión principal sobre la que versa la sentencia objeto de análisis gira en torno a si debe o no ser cesado el interino por vacante ante la incorporación a la plaza de un titular cuando éste, inmediatamente después del acto de toma de posesión, obtiene una comisión de servicios en otra plaza diferente.

En primer lugar la Sala rechaza las razones esgrimidas por la Administración, apoyadas en diversas sentencias dictadas por el TS en las que se defendía la permanencia del mismo interino que venía ocupando la plaza disputada aunque fuese como sustituto, ya que se trata de sentencias dictadas por la Sala de lo Social aplicando unos principios más propios de la relación laboral que de la relación administrativa, en la que desempeñan un papel predominante principios típicos del derecho administrativo como el de igualdad, publicidad y transparencia en el acceso a cargos públicos.

No obstante se reconoce de antemano la posibilidad de que puedan existir argumentos a favor de una y de otra postura, lo que exige un estudio en detalle del art. 9 del Estatuto Marco –EM–, en concreto de sus apartados 2 -personal interino- y 4 -personal eventual-

El 9.2 establece como causa objetiva de cese del personal estatutario interino la “*incorporación*” del personal fijo, pero ¿debe tratarse de una **incorporación efectiva** o no?

La respuesta a esta interrogante se puede obtener atendiendo a una interpretación sistemática del referido precepto legal para lo que resulta ineludible analizar el artículo 9.4, según el cual, el sustituto debe cesar cuando se reincorpore la persona a la que sustituye, o bien cuando ésta pierda su derecho a la reincorporación a la misma plaza o función, de modo que el EM no tolera la continuidad del personal temporal sustituto como interino. En efecto, en el caso en que el titular pierda su derecho a reincorporarse a su plaza de origen -por ejemplo, en el caso de jubilación-, la ley exige el cese aunque ni el titular de la plaza ni ningún otro vayan a incorporarse.

Este mismo criterio habría que aplicar igualmente para el caso del personal temporal interino, pues “*es inútil pretender hacer una interpretación no formal del art. 9.2, permitiendo la transformación directa del interino en sustituto cuando el art. 9.4 de la ley demuestra que un mero cambio de situación jurídica en el titular, que deja la plaza exactamente igual de falta de cobertura, y que se produce sin solución de continuidad alguna, es causa para el cese. Dicho de otra forma, las razones de beneficio para el servicio que pudieran darse en un caso se darían también en otro, y sin embargo la ley no las considera suficientes para permitir la continuidad del personal temporal*”.

Tan solo cabría defender la permanencia del personal sustituto en los casos en los que el cambio en la situación jurídica del titular de la plaza no suponga pérdida de la reserva de la misma -por ejemplo, baja médica derivada de embarazo y posterior pase a licencia por maternidad-.

3.- SENTENCIA DEL TS DE 26 DE OCTUBRE DE 2010. COMPLEMENTO DE ANTIGÜEDAD Y PERSONAL SUJETO A LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE RESIDENCIA PARA LA FORMACIÓN DE ESPECIALISTAS EN CIENCIAS DE LA SALUD.

La cuestión central que se ventila en esta sentencia consiste en determinar si resulta de aplicación supletoria el **artículo 15.6 del Estatuto de los Trabajadores** en relación con los trienios en el caso del personal laboral sanitario vinculado a la Administración Sanitaria por la relación laboral especial de residencia regulada en el **RD 1146/2006**.

La citada norma reglamentaria no contempla la percepción por parte de este colectivo de ningún complemento de antigüedad, a lo que habría que añadir que el art. 1.4 del reglamento establece que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral de carácter especial de residencia “*se regularán por este Real Decreto y con carácter supletorio por el Estatuto de los Trabajadores y por la demás legislación laboral que le sea de aplicación, convenios colectivos y la voluntad de las partes manifestada en los contratos de trabajo*”.

Pues bien, en contra de lo que pudiera parecer a simple vista, el TS rechaza tanto la supletoriedad del Estatuto de los Trabajadores en este punto (en concreto su artículo 15.6) así como la aplicación de la polémica Directiva 1999/70 –sección Jurisprudencia e Informes del volumen nº 1 Enero-Junio 2011 de la Revista, comentario a la STJUE sobre la retroactivi-

dad de los efectos económicos derivados del reconocimiento de trienios- ya que considera que *“estamos ante una relación de trabajo con singularidades suficientes que pueden justificar la ausencia de previsión sobre el abono de trienios (...) estamos en presencia de una relación laboral de intensísima índole formativa y contornos propios en la que (...) lo verdaderamente significativo es que la antigüedad tiene su propio tratamiento...”* (...) *“Ciertamente que existe una diferencia retributiva entre el personal fijo y los residentes en formación, pero esa distinción está perfecta y objetivamente justificada, pues se asienta en elementos ajenos completamente alejados de la idea de trato discriminatorio o desigual...”*

Ahora bien, la Sala no ha tenido en cuenta el Estatuto Básico del Empleado Público –EBEP-. El art. 11 del EBEP ha venido a crear una nueva relación laboral especial, la relación laboral especial del empleado público, que a tenor de lo previsto en los artículos 7 del EBEP y 3.1 del TREET se regirá en primer término por las normas del EBEP, y en segundo lugar por la legislación laboral común y demás normas laborales concordantes. Y en concreto en el plano de las retribuciones, el art. 27 del EBEP señala que *“las retribuciones del personal laboral se determinarán de acuerdo con la legislación laboral...”*, de la que por supuesto forma parte el EBEP -artículo 149.1.7 de la CE como título competencial incluido en la Disposición Final Primera de la Ley 7/2007-

Con ello lo que quisiera poner de manifiesto es la complejidad que presenta en el momento actual la determinación de las fuentes de regulación de la relación laboral especial de residencia.

4.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA Y LEÓN DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2010. LIBRE DESIGNACIÓN DE PUESTOS DIRECTIVOS Y TITULACIÓN EXIGIDA.

CUESTIÓN PREVIA.- El punto de mira del recurso jurisdiccional interpuesto ante el TSJ de Castilla y León es el Decreto 73/2009 por el que se regula el procedimiento de provisión y remoción de los puestos de trabajo de libre designación en los centros e instituciones sanitarias de la Gerencia Regional de Salud. En concreto se cuestiona la elección del sistema de libre designación para la provisión de estos puestos, así como el hecho de que la norma autonómica prescinda del requisito específico de ostentar la titulación de Licenciado en Medicina y Cirugía para el puesto de Director Médico.

PRIMERO.- En lo que se refiere al establecimiento de la libre designación como forma de provisión de

los puestos de Jefe de Servicio, se alega la contradicción entre lo que dice el aún vigente RD-Ley 1/99 - en vigor con valor reglamentario-en su Disposición Adicional Decimocuarta -en la que no se consagra el sistema de libre designación para los puestos de Jefe de Servicio y Sección de carácter asistencial, ya que recordemos lo que se prevé es un sistema evaluación cuatrienal- y el art. 2 del reglamento autonómico. Sin embargo tal contravención queda salvada ya que la Ley 2/2007 por la que se aprueba el Estatuto Jurídico del Personal Estatutario del Servicio de Salud de Castilla y León establece expresamente que se proveerán mediante sistema de libre designación los puestos de trabajo de carácter directivo y los puestos de trabajo de Jefe de Servicio y Jefe de unidad, conforme se determine en las correspondientes plantillas orgánicas”, de modo que el decreto ahora cuestionado no hace sino desarrollar las previsiones recogidas en la ley.

Sí me gustaría destacar, aunque no se citara en la sentencia, el desconcertante art. 23.1 del RD-Ley 1/1999, que desde mi punto de vista, genera cierta confusión al establecer que *“Cuando los puestos de jefatura de unidad, tanto sanitaria como no sanitaria, lo tengan así establecido en las plantillas correspondientes, se proveerán por el sistema de libre designación, conforme a lo establecido en esta sección”*. Buen ejemplo de tal confusión sería la sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 29 de julio de 2004, en la que la que el TSJ afirma, al abrigo de lo previsto en el precepto reglamentario antes transcrito, que el puesto de *“Jefe de Unidad”* comprendería *“desde las plazas de Supervisores de área funcional a las plazas de Jefe de Servicio, inclusive...”*.

SEGUNDO.- En cuanto a la no exigencia del requisito de estar en posesión de la licenciatura en medicina para poder desempeñar el puesto de Director Médico, se trae a colación el art. 10 del RD 521/87 de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre estructura, organización y funcionamiento de los Hospitales gestionados por el Instituto Nacional de la Salud. Sin embargo, como reconoce el propio Tribunal conforme a las alegaciones realizadas por la Administración, esta disposición reglamentaria no puede constreñir el ámbito de decisión de la comunidad autónoma, ya que se trata de una disposición que recordemos no tiene carácter básico, y sólo es aplicable en defecto de regulación autonómica.

A continuación, y partiendo de la noción de que el Ordenamiento Jurídico es un todo orgánico, la Sala relaciona el contenido de las funciones que la norma autonómica atribuye al puesto de Director Médico,

con las funciones que se describen en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias –LOPS– como propias de los médicos, lo que le permite concluir que hasta tanto la Administración autonómica no configure de otra forma los cometidos de la Dirección Médica, no resultará ajustado a Derecho que se establezca como requisito para la misma el ostentar cualquiera de las licenciaturas sanitarias, *“pues las concretas funciones encomendadas al puesto tienen una vinculación con la competencia específica de la Licenciatura en Medicina y Cirugía”*.

TERCERO.- Por último, se combate la legalidad de la Disposición Transitoria Primera en la que se establece la aplicación, a los nombramientos realizados con anterioridad, de las causas de cese previstas en el reglamento impugnado. Es en este momento cuando entra en escena la libertad organizativa de la Administración para modificar su estructura de personal, sin que frente a su legítimo ejercicio quepa oponer el respeto a las situaciones jurídicas surgidas con anterioridad, pues *“no podrá prescindirse de que las relaciones jurídicas que se regulan en el Decreto que nos ocupa son de carácter estatutario, y una regulación de tal carácter se sujeta a todo el cuerpo normativo que en cada momento esté vigente no pudiéndose por ello pretender una congelación de una determinada situación con carácter indefinido”* (STSJ de Castilla y León de 15 de junio de 2005).

5.- STS DE 30 DE JUNIO DE 2010.

El protagonismo corresponde ahora al Decreto 206/2005, de provisión de plazas de personal estatutario del Servicio Gallego de Salud, cuya legalidad se ve cuestionada por los siguientes motivos:

a) El empleo del sistema de libre designación para la provisión de puestos de jefe de servicio de las áreas de gestión y servicios (art. 50). El mencionado precepto reglamentario añade que la norma que desarrolle el régimen de ordenación de la plantilla podrá determinar otros puestos de jefatura que deba ser provistos por este mismo sistema, y el Anexo de la norma establece como puestos que deben ser provistos por libre designación, los puestos de *“Jefe de Grupo de Dirección”, “Jefe de Cocina”* y *“Jefe de Personal subalterno”*. El principal reproche dirigido contra este artículo es que permite que, en virtud de una norma de rango inferior al Decreto, se establezcan otros puestos distintos a los de jefe de servicio, sin fijar ningún otro requisito adicional para la determinación de tales puestos.

b) La primacía otorgada por el Decreto en los concursos de méritos dentro de la experiencia profesio-

nal al desempeño de servicios como personal fijo sobre los desempeñados como personal temporal.

c) La adscripción provisional del personal cesado en el desempeño de un puesto de jefatura, a otro puesto correspondiente a su categoría profesional, dentro de la misma localidad, y no inferior en más de dos niveles al de su grado personal consolidado.

d) La designación como personal directivo de instituciones sanitarias, de personal que no es funcionario, utilizando para ello el contrato laboral de alta dirección y sin disponer de ningún procedimiento de baremación de méritos, así como tampoco pruebas de conocimiento.

e) La existencia de procedimiento de traslados internos, así como la elaboración por los órganos directivos de las instituciones sanitarias de planes de acogida del personal, que incorporarán criterios de ubicación del personal en las unidades de la institución.

PRIMERO.- Respecto de la primera de las alegaciones, el Tribunal Supremo confirma la legalidad del artículo, pero no porque considere que los argumentos de fondo invocados por la recurrente carezcan de sentido, sino porque entiende que se ha hecho una lectura equivocada del citado precepto reglamentario. El art. 50 del Decreto no predetermina el rango de la norma de desarrollo a la que hace referencia, y de otro, porque tampoco incluye una dispensa de justificación o motivación para esa futura norma.

Distinta suerte corre el Anexo mencionado, ya que en el mismo se recogen una serie de puestos cuya naturaleza no permite advertir la presencia de notas de superior dirección y responsabilidad que exige el art. 20.1.b) de la Ley 30/1984.

El TSJ de Castilla-La Mancha en sentencia de 29 de Julio de 2004 acordó la nulidad de la provisión de trece puestos de trabajo de conductores de instalaciones por sistema de libre designación adscritos a la Subdirección de Servicios Generales del Complejo Hospitalario de Albacete, si bien utilizando argumentos diferentes. En este otro caso el Tribunal, obviando el argumento esgrimido por la Administración de que se trataba de puestos que tenían encomendadas funciones de gran trascendencia e importancia (*“no menos importante es la de un cirujano, y su provisión no es por libre designación”* llega a decir la Sala), declara que los puestos de Jefe de Sección, Grupo, Personal Subalterno, Personal de oficio o conductores de instalaciones, no encuentran acomodo dentro del término *“Jefe de Unidad”* al que se refiere el **art. 23 del RD-Ley 1/1999** como susceptible de ser provisto mediante libre designación.

SEGUNDO.- Sobre la segunda de las cuestiones suscitadas, diferente valoración de los méritos según se trate de personal fijo o personal estatutario temporal, la Sala no aprecia trato discriminatorio por dos motivos:

a) Que el hecho de que rijan para el acceso a la condición de personal estatutario, sea fijo o temporal, los principios constitucionales de mérito y capacidad, no quiere decir que los procesos selectivos sean iguales y que tengan el mismo nivel de exigencia.

b) Es razonable y legítima una política de personal que quiera incentivar la permanencia del personal de carrera.

TERCERO.- El tercer motivo -asignación provisional por el gerente a los cesantes en puestos de jefatura de libre designación, de un puesto no inferior en dos niveles al grado consolidado-, decae por la falta de motivación. No se explica el por qué la solución tiene que ser diferente a la que aparece en la regulación reglamentaria del Estado.

CUARTO.- Sobre el reclutamiento para el desempeño de puestos directivos de personal no funcionario y su vinculación laboral con la Administración, encuentra cobertura normativa en la Ley de Ordenación Sanitaria de Galicia, y añade que el recurso al vínculo laboral no prejuzga que se vayan a prescindir de las exigencias que imponen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

El cumplimiento de estos requisitos resulta más problemático cuando nos referimos a la provisión del puesto de Director de Gestión y Servicios Generales. El art. 14.1 del RD 521/1987, exigía que se encontrasen en posesión de titulación de diplomado universitario o equivalente en áreas de economía, jurídica, empresarial o similar, si bien este apartado fue derogado por **Disposición Derogatoria Quinta del RD Real Decreto 571/1990**, de 27 de abril, por el que se dictan Normas sobre la estructura periférica de gestión de los Servicios Sanitarios gestionados por el Instituto Nacional de la Salud.

Los Tribunales de Justicia no se han mostrado especialmente beligerantes en este tema, como es el caso del **TSJ de Galicia** en su sentencia de **24 de marzo de 2004** en la que afirma respecto del nombramiento del Director de Gestión Económica y Servicios Generales de un Hospital, que *“no tiene por misión el desempeño de concretos cometidos técnicos sino acometer su dirección y coordinación, lo que abre el campo a muy diversas titulaciones académicas como capacitadas para el desempeño de las tareas que le son propias, lo que se corrobora por la variedad de*

funciones a desempeñar que no aconsejan limitar la exigencia de titulación a una o unas concretas pues abordarían las que le son propias dejando las restantes sin cobertura”. Lo curioso del caso es que el Decreto autonómico no contempla requisito alguno en relación a la posesión de titulación académica.

La aprobación del **Estatuto Básico del Empleado Público** arroja algo de luz al establecer en su art. 13 que el régimen jurídico del personal directivo que se establezca por cada Administración Pública deberá ajustarse, entre otros, a los principios de mérito y capacidad y *“se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y la concurrencia”*.

QUINTO.- Por último el TS avala la implantación de los instrumentos técnicos cuestionados -concurso interno de traslados y planes de acogida de personal- ya que lo que pretenden es precisamente limitar las facultades de dirección en cuanto a la ubicación que debe tener el personal dentro de la institución recurriendo para ello a unos procedimientos objetivados a través de un baremo.

6.- SENTENCIA DEL TSJ DE CASTILLA-LA MANCHA DE 6 DE MAYO DE 2011.

La recurrente, personal laboral adscrita al puesto de trabajo de azafata de confort en la tercera planta del Hospital Nuestra Señora del Perpetuo Socorro de Albacete solicita la prolongación del servicio activo tras su jubilación forzosa por edad invocando a tal efecto el artículo 26.2 de la Ley 55/2003 y de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores.

Sobre la posible aplicación de las previsiones recogidas en el art. 26.2 del EM, la Sala recuerda la imposibilidad de asumir semejante pretensión dado que su condición es la de personal laboral, y por ende, la norma reguladora de tal vinculación relacional será el Estatuto de los Trabajadores. Es cierto que en el propio contrato de trabajo se efectúa una remisión al Estatuto de Personal no Sanitario en orden a la concreción de las funciones a realizar y a las obligaciones del trabajador en su puesto de trabajo, así como al Real Decreto-ley 3/1987 en cuanto a las retribuciones a percibir. Sin embargo, la Sala considera que tales remisiones carecen de relevancia a estos efectos, y que no cabe entender que le sea de aplicación el EM en su integridad, sino tan solo los aspectos particulares a los que ya se remitía el contrato de trabajo.

Por lo que se refiere a la aplicación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores,

para que se pueda producir la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación, es preciso que así se establezca en convenio colectivo y siempre supeditado al cumplimiento de dos requisitos:

- a) Que la medida se vincule a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo.
- b) Que el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo tenga cubierto el período mínimo de cotización, cumpliendo los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

Al no serle de aplicación convenio colectivo alguno en el que de forma expresa se haya establecido tal posibilidad, previa cumplimentación de los requisitos establecidos, habrá que colegir que la denegación de la solicitud efectuada por la actora de prolongar la permanencia en activo más allá de los 65 años deberá ser calificada como despido improcedente.

7.- STS DE 28 DE MARZO DE 2011. VALORACIÓN DE SERVICIOS PRESTADOS EN EL MARCO DE UN CONVENIO DE COLABORACIÓN EN CENTRO SANITARIO PÚBLICO POR PERSONAL DEPENDIENTE DE UNA ASOCIACIÓN

La cuestión de fondo consiste en determinar si cabe o no reconocer, a los efectos del baremo de la lista de nombramientos temporales del Servicio Cántabro de Salud, los servicios prestados por dos profesionales ajenas a la plantilla del centro, en la unidad domiciliaria de cuidados paliativos del servicio de oncología del Hospital Marqués de Valdecilla.

Las demandantes, como ya se ha apuntado, no estaban integradas en la plantilla orgánica del Hospital, sino que se trataba de profesionales sanitarias autorizadas para acceder y moverse por las dependencias del hospital con el fin de poder realizar las funciones que llevan a cabo para la Asociación Española Contra el Cáncer, en el marco del convenio de colaboración suscrito por esta Asociación con la Administración Sanitaria.

El hecho de que las interesadas no tengan vinculación jurídica alguna con el Servicio de Salud, y que la AECC no forme parte del SNS, son dos factores clave, junto con la lectura del clausulado del propio convenio, para que la Sala acabe finalmente estimando el recurso de casación interpuesto por el Gobierno de Cantabria.

ESTATUTO JURÍDICO EMBRIÓN

SENTENCIA DEL TJUE DE 18 DE OCTUBRE DE 2011 Y EL ESCRITO DE CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL DE LA UE DE 10 DE MARZO DE 2011, SOBRE LA PATENTABILIDAD DE UNA INVENCION QUE REQUIERE EL EMPLEO DE UNA CÉLULA MADRE EMBRIONARIA. IMPACTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN.- ¿Se pueden patentar invenciones referidas a la utilización de células madre pluripotenciales de origen humano que, en un estadio determinado de desarrollo, se extraen del resultado de la fecundación de un óvulo por un espermatozoide? ¿Ese resultado merece la calificación jurídica de embrión?

Este es el fondo del asunto planteado por un tribunal alemán y que nos conduce al vidrioso debate de qué es un embrión, y cuándo surge la vida humana, ¿desde la fecundación del óvulo, o por el contrario debe esperarse a que se alcance otro estadio de su desarrollo?

El caso se ha suscitado a raíz de la patente registrada por un ciudadano alemán sobre trasplante de células cerebrales al sistema nervioso como promotor de método para el tratamiento de enfermedades neurológicas. Para su obtención se recurre a las células madre embrionarias.

La Directiva 98/44 no facilita definición alguna de lo que hemos de entender por embrión, y se limita a señalar que “*no se podrán patentar las utilizaciones de embriones humanos con fines industriales o comerciales*”.

CRITERIO DEL ABOGADO GENERAL.- En el escrito de Conclusiones presentado por el Abogado General de la U.E, hacía un interesante repaso por las distintas legislaciones nacionales, distinguiendo dos grupos diferenciados:

- a) Un grupo de países en los que el embrión humano existiría desde la fecundación -Estonia, Alemania o Reino Unido-
- b) Un grupo de países -España o Suecia- en los que el embrión se considera como tal pero desde el momento de su implantación en el útero.

En concreto en **España** se recoge en derecho positivo la distinción entre el **preembrión o embrión in Vitro**, constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde, y el **embrión**, que abarca desde el momento en que el ovocito fecunda-

do se encuentra en el útero de una mujer hasta que se produce el inicio de la organogénesis, y que finaliza a los 56 días a partir del momento de la fecundación.

Esta fragmentaria y distinta regulación del estatuto jurídico del embrión en la Unión Europea, sirve de excusa al Abogado General para defender una única acepción comunitaria del embrión, pues *“si se dejara a los Estados miembros la responsabilidad de definir el concepto de embrión humano, habida cuenta de las divergencias que existen a este respecto, ello tendría por consecuencia, por ejemplo, que una invención como la del Sr. Brustle podría obtener una patente en determinados Estados miembros, mientras que la patentabilidad de tal invención estaría excluida en otros”*. La sentencia del TJUE comparte esta misma visión y entiende que, en relación con el término “embrión”, estamos ante un concepto autónomo del Derecho de la Unión que debe interpretarse de una manera uniforme en el territorio de ésta.

Partiendo de estas consideraciones, el Abogado General analiza el diferente régimen jurídico según hablemos de **células totipotenciales** o **células pluripotenciales**. La diferencia entre unas y otras es considerable, pues mientras que las primeras pueden evolucionar hasta la formación de un ser humano, las segundas no pueden evolucionar por separado hasta constituir un cuerpo humano completo. Como afirma el Abogado General *“Son ya la marca de una evolución que, al seguir posteriormente avanzando, a medida que las células se multipliquen, conducirá a una especialización y a una diversificación que concluirá con la aparición de los órganos y de todos los componentes individualizados del cuerpo humano tal como nacerá”*.

Respecto del primer tipo de células, el Abogado General parece tenerlo claro, constituyen el primer estadio del cuerpo humano en el que van a convertirse, y por tanto, con independencia de si se ha producido o no la anidación en el útero, merecen la calificación jurídica de embriones, pues la Directiva 98/44 *“...demuestra que la dignidad humana es un principio que debe aplicarse no sólo a la persona humana existente, al niño nacido, sino también al cuerpo humano desde el primer estadio de su desarrollo, es decir, el de la fecundación”*. Esta misma calificación la hace extensiva igualmente a la fecundación in vitro, y al blastocisto.

Por el contrario, una **célula pluripotencial** tomada por separado no puede considerarse por sí misma un embrión. No obstante, aún así, las invenciones que se refieran a células madres pluripotenciales sólo pueden plantearse si no se obtienen en detrimento de un embrión, ya que entiende que de no ser así, tal invención

instrumentalizaría el cuerpo humano en los primeros estadios de su desarrollo. Una única excepción, cuando la invención tenga un objetivo terapéutico o de diagnóstico que se aplica al embrión y que le es útil.

EL CRITERIO SOSTENIDO POR EL TJUE.-

Respecto al concepto de embrión, la sentencia del TJUE omite cualquier distinción entre ambos tipos de células y se muestra partidaria de una interpretación en sentido amplio de lo que hemos de entender por “embrión”.

Así considera que “*embrión*” es todo óvulo humano a partir de la fecundación. Como se podrá observar el criterio del TJUE es, en efecto, mucho más amplio que el defendido por el Abogado General de la UE, para quién, el momento determinante para poder hablar de “*embrión*” parece ser, no ya la fecundación, sino la anidación del óvulo fecundado.

También entiende que debe formar parte de este concepto *“el óvulo humano no fecundado en el que se haya implantado el núcleo de una célula humana madura, y el óvulo humano no fecundado estimulado para dividirse y desarrollarse mediante partenogénesis. Aunque en puridad estos organismos no hayan sido objeto de fecundación, cabe considerar (...) que por efecto de la técnica empleada para obtenerlos, son aptos para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano, de la misma manera que el embrión creado por fecundación de un óvulo”*.

Tan solo quedaría un único resquicio para la legalidad de este tipo de invenciones, y es que el TJUE, respecto de las células madre obtenidas a partir de un embrión humano en el estadio de blastocisto, se remite al juez nacional para que sea éste el que determine, a la luz de los avances de la ciencia, si son aptas para iniciar el proceso de desarrollo de un ser humano.

IMPACTO EN DERECHO ESPAÑOL.- Nuestro Ordenamiento Jurídico, como muy bien señalara en su escrito de conclusiones el Abogado General de la UE, sí que recoge la triple distinción entre preembrión, embrión y feto -art. 3 letras l), m) y s) de la **Ley de Investigación Biomédica**-

Precisamente la pervivencia en nuestro Ordenamiento del polémico concepto de “*preembrión*”, que atiende al período comprendido desde la fecundación del óvulo hasta 14 días más tarde, puede quedar seriamente comprometida tras esta sentencia del TJUE que, a mi modo de ver, se alinea con los postulados defendidos por un sector importante de la doctrina adherida a la corriente bioética del personalismo, que entiende que semejante distinción comporta una relativización intolerable de la vida humana, con eviden-

tes fines de investigación y manipulación, y, en definitiva, entronca con el espinoso tema del “*estatuto jurídico del embrión*”

El Tribunal Constitucional ha respaldado la constitucionalidad de esta triple distinción –preembrión, embrión y feto– y en este sentido resulta de interés la STC 116/99, dictada con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 35/88, que afirma, entre otras cuestiones, que la crioconservación de los preembriones no resultaba atentatoria a la dignidad humana “*siendo esta misma finalidad de conservación del material reproductivo la que explica la asimilación de los preembriones a los gametos*”, entendiendo por tales las células encargadas de llevar a cabo la reproducción sexual (espermatozoides y óvulos), añadiendo que “*ni los preembriones **no implantados** ni, con mayor razón, los simples gametos son, a estos efectos, “persona humana”, por lo que el hecho de quedar a disposición de los bancos tras el transcurso de un determinado plazo de tiempo, difícilmente puede resultar contrario al derecho a la vida ó a la dignidad humana*”.

El segundo impacto que la citada sentencia puede tener en nuestro Ordenamiento alude a la naturaleza jurídica del “*embrión*” surgido a raíz de la llamada “*clonación terapéutica*”. Nuestro Ordenamiento Jurídico permite la “*la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación (...) incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear*”. ¿Hasta qué punto el embrión resultante de la práctica de esta “*técnica de clonación terapéutica*” puede equipararse en puridad a un embrión en el sentido que le atribuye el TJUE?

Hay quienes consideran estamos ante dos realidades diferentes, el **embrión** y el **nuclóvulo**, ya que este último no sería un embrión normal de origen genético sino somático, una especie de “*pseudoembrión*”, y sin que por ello se esté conculcando el **mandato recogido en el art. 18 del Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina**. Por el contrario, la sentencia objeto de comentario sí que se pronuncia al respecto y considera que sí estamos ante un “*embrión*”.

DOCUMENTOS DE INTERÉS

1. INFORMES Y DOCUMENTOS

1.1. CONTRATACIÓN PÚBLICA

A) INFORME 16/2010, DE 1 DE DICIEMBRE, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN.

Extenso informe elaborado por la Junta Consultiva de Aragón sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas, en el que, tras un análisis preliminar sobre el juego de las cláusulas sociales en la contratación pública, entra directamente a dar respuesta a las cuestiones suscitadas, a saber:

1º. Posibilidad de aplicar con carácter obligatorio la previsión de la DA 7ª LCSP, en el sentido de que se aplique fomentando la reserva de contratos a Centros Especiales de Empleo.

“Podrá reservarse la participación en los procedimientos de adjudicación de contratos a Centros Especiales de Empleo, o reservar su ejecución en el marco de programas de empleo protegido, cuando al menos el 70 por 100 de los trabajadores afectados sean personas con discapacidad que, debido a la índole o a la gravedad de sus deficiencias, no puedan ejercer una actividad profesional en condiciones normales. En el anuncio de licitación deberá hacerse referencia a la presente disposición”

La DA 7ª LCSP regula la reserva de contratos con carácter potestativo, no obligatorio, para los órganos de contratación mediante cada licitación. Actualmente, con la normativa vigente, no es posible la aplicación con carácter obligatorio de la previsión de la DA 7ª LCSP.

2º.- Justificación documental de acreditar el cumplimiento de una particular obligación de carácter social (contratación de minusválidos).

A tenor del artículo 62.1 junto con el artículo 130.1.c) LCSP, tan solo cabría obligar al licitador a que aporte únicamente una *declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar*. Por lo tanto, no sería conforme a derecho exigir en ese trámite de la licitación una mayor justificación documental.

Desde la perspectiva del empresario licitador, y trayendo a colación lo dispuesto en el art. 71 de la Ley 30/1992, una vez que el órgano de contratación ha determinado la proposición económicamente más ventajosa podrá requerir al licitador para que acredite –con la carga documental exigida– el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación vigente en esta concreta materia (la integración de minusválidos),

3º Efectos de su incumplimiento una vez adjudicado el contrato.

La cuestión sería determinar los efectos si se produce una prohibición de contratar sobrevenida. Para conse-

guir que dicho incumplimiento opere como causa de resolución sería necesario que tal previsión se incorporase de forma expresa en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, señalando tal incumplimiento como causa de resolución del contrato.

4º Las cláusulas sociales como criterios de adjudicación y como condiciones especiales de ejecución del contrato

El artículo 134 incluye entre los criterios de valoración de las ofertas, *las características medioambientales o vinculadas con la satisfacción de las exigencias sociales que respondan a necesidades propias de las categorías de población especialmente desfavorecidas a las que pertenezcan los usuarios o beneficiarios de las prestaciones a contratar....* **Tales criterios deberán estar directamente vinculados al objeto del contrato.**

Cuando se citan criterios como el empleo de trabajadores minusválidos, la estabilidad de la plantilla, el índice de siniestralidad laboral, difícilmente se puede justificar su relación con la prestación demandada.

Una segunda opción consistiría en analizar la posibilidad de imponer con carácter imperativo la contratación, con vistas a la ejecución del contrato, de un número de personas discapacitadas superior al exigido por la legislación nacional en el Estado miembro de ejecución del contrato o en el del titular del mismo. Tal posibilidad es admitida por la Directiva 2004/18/CE en su Considerando 33, como **condición especial de ejecución** de los contratos, **no como criterio de adjudicación**

5º La posibilidad de establecer unas instrucciones de contratación de carácter generalizado en las que se recoja la obligación de reservar un cupo específico a la contratación reservada a centros especiales de empleo

La posibilidad de excluir de la libre concurrencia determinados contratos públicos por causas sociales, en tanto supone una excepción a la apertura al libre mercado de la contratación pública, no es admisible que se pueda articular mediante unas “instrucciones de contratación”. Sería imprescindible la aprobación de esta medida mediante Ley.

B) INFORME 6/2011, DE 5 DE JULIO, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA.

PRIMERO.- Un tema tan recurrente como importante, la distinción entre los requisitos de solvencia y los criterios de adjudicación, y la calificación jurídica

que, a tenor de semejante distinción, merece, de una parte, el requisito de la “experiencia” en el ámbito sanitario/sociosanitario, y de otra, la exigencia de que las empresas deban disponer de una delegación en el lugar de ejecución del contrato.

SEGUNDO.- Pues bien, por lo que se refiere a la primera cuestión, la Junta autonómica no aprecia inconveniente alguno en admitir la experiencia como requisito de solvencia técnica pues constituye un elemento que puede ser tenido en cuenta para evaluar la capacidad de la empresa licitadora para realizar la prestación objeto del contrato.

Esta afirmación de la Junta cuenta con el respaldo de la propia LCSP, que respecto de los contratos de gestión de servicio público, y por remisión de su art. 68, admite esta posibilidad en el artículo 67.a.

Pero, ¿cabe modular el requisito de la experiencia, exigiendo que ésta sea en el ámbito sanitario y en poblaciones de más de 16.000 habitantes? Sobre este extremo ya se ha pronunciado la JCCA al considerar que el establecimiento de estos requisitos no es discriminatorio sino delimitador del propio criterio de experiencia

TERCERO.- En torno a la segunda de las cuestiones suscitadas, no cabría la posibilidad de contemplar el requisito de tener abierta una delegación en el lugar de ejecución del contrato ya que no figura entre ninguno de los medios de acreditación de la solvencia técnica, que con carácter tasado, prevé la LCSP. Además, nos recuerda la Junta que “*La guía sobre contratación pública y competencia*” de la Comisión Nacional de la Competencia recoge la prohibición de exigir como criterio de solvencia la ubicación de instalaciones de los posibles adjudicatarios en el territorio en que se tiene que ejecutar el contrato.

Pero, ¿y en la fase de adjudicación? ¿Podría admitirse como criterio de adjudicación sobre todo si tenemos en cuenta que la relación de posibles criterios que recoge el art. 134 de la LCSP es meramente ejemplificativa?

Esta es una posibilidad que no parece descartar la Junta en su informe pero siempre que la inclusión en los pliegos de este criterio de adjudicación, esté íntimamente vinculado con el objeto del contrato. Desde este punto de vista no habría inconveniente si entendemos que la proximidad en la ubicación de la empresa que los ejecuta lleva aparejada una mejor prestación del servicio, aunque la Junta entiende que la vía más adecuada sería establecer este requerimiento como una condición especial de ejecución, (art. 102 de la LCSP).

En este sentido se trae a colación la sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2005, en la que el Tribunal comunitario declaró desproporcionada la obligación de disponer de una oficina abierta en el momento de presentar la oferta, sin que, por el contrario, existiese inconveniente alguno para establecer dicha obligación como una condición que se debe cumplir durante la ejecución del contrato.

La JCCA en su Infome 3/2009, de 25 de Septiembre, considera, en cambio, que la inclusión de un cláusula en la que se establezca como condición especial de ejecución del contrato la utilización de un determinado porcentaje de personas desempleadas siempre que se encuentren inscritas en las oficinas de empleo de una localidad concreta resulta contraria a derecho por cuanto supone introducir un factor de discriminación entre los trabajadores por razón del origen territorial de los mismos al establecer una preferencia en la contratación de unos a favor de otros apoyándose a tal efecto en su lugar de origen o de residencia.

2.2 PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

INFORME JURÍDICO NÚMERO 242/2010, EMITIDO POR EL GABINETE JURÍDICO DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS

Informe elaborado a raíz de la consulta que la Agencia Tributaria plantea a la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en relación con el requerimiento de documentación que la Agencia Tributaria cursó a varios médicos a los que estaba inspeccionando. En el marco de estas inspecciones, la Agencia Tributaria pretendía que los médicos le aportasen, entre otros documentos, las historias clínicas de pacientes, y copias de los consentimientos informados firmados por los pacientes antes de las intervenciones quirúrgicas.

La AEPD concluye que si bien la normativa tributaria impone la obligación de facilitar la información que revista “*trascendencia tributaria*” a la Agencia, hay que advertir que, en este caso, los datos pedidos por la Agencia Tributaria no pueden considerarse como tales. Además, la Agencia de Protección de Datos recuerda que la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente exige que el acceso a las historias clínicas se haga únicamente con fines médicos y por parte de profesionales médicos. Por excepción, dicha norma sólo permite el acceso a la historia clínica con fines no médicos en tres supuestos:

1.- Cuando se acceda para fines judiciales, epidemiológicos, de salud pública, de investigación o docencia, previa la adopción de medidas que aseguren el anonimato del paciente, a menos que éste haya prestado su consentimiento a tal acceso.

2.- Cuando lo solicite una autoridad judicial y la identificación del paciente sea necesaria para la tramitación del proceso.

3.- Cuando deba acceder algún órgano de inspección sanitaria, siempre que sea con una finalidad asistencial o sanitaria.

Al no concurrir tales circunstancias, la AEPD entiende que los médicos deben abstenerse de facilitar estas informaciones a menos que no cuenten con el consentimiento del paciente.

2.3. MEDICAMENTOS

COMUNICADO DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DEL A OMC SOBRE LAS RESTRICCIONES IMPUESTAS POR ALGUNAS CCAA A LOS MÉDICOS EN RELACIÓN CON EL N° DE MEDICAMENTOS FINANCIADOS QUE PUEDEN RECETAR DE CADA PRINCIPIO ACTIVO. 25 DE FEBRERO DE 2011.

La OMC a través de su Comisión Deontológica analiza el contenido de la libertad de prescripción, que ha de entenderse basada en la capacidad de médico de prescribir una determinada sustancia o su equivalente terapéutico, no en si debe tener un nombre comercial u otro.

Dicho esto, la organización colegial pone especial énfasis en la necesidad de conjugar la referida libertad, prevista en el art. 20 del Código de Ética y Deontología Médica) con las exigencias propias del principio de eficiencia, que implica tener en cuenta los aspectos económicos de las decisiones médicas. El juego combinado de ambos principios nos conduce a rechazar por inaceptable, la prescripción de fármacos de precio más elevado, cuando su eficacia sea idéntica a la de otros de coste inferior.

La posición de la administración sanitaria debe ser, en este contexto, la de asegurar la sostenibilidad del sistema sanitario, y de racionalizar el gasto.

Las conclusiones a las que llega la comisión son contundentes:

a) Nada que objetar a las medidas de las Administraciones Sanitarias de selección de medicamentos

b) Este tipo de medidas no deterioran la calidad de la asistencia

c) No vulneran la libertad de prescripción del médico.

2.4 BIOÉTICA

A) INFORME DE LA COMISIÓN CENTRAL DE DEONTOLOGÍA DE LA OMC SOBRE LA CAMPAÑA PÍLDORA DEL DÍA ANTERIOR ORGANIZADA POR LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE CONTRACEPCIÓN Y EL LABORATORIO FARMACÉUTICO CHIESI ESPAÑA.

La campaña en cuestión tiene como finalidad ofrecer información y formación de los jóvenes en materia de educación sexual. La campaña consiste en distribuir una caja que contiene una píldora ficticia con un prospecto donde se contemplan todos los métodos anticonceptivos existentes en la actualidad. Pero, ¿es ético la organización de una campaña de este tipo por parte de un laboratorio que comercializa la conocida por todos “píldora del día después”? ¿Se está camuflando bajo la apariencia divulgativa de la campaña, un oculto objetivo mercantilista al potenciar, por asociación de ideas, la demanda de la píldora del día después? ¿se puede justificar una campaña de esta naturaleza cuándo se está demostrando que la promoción de la píldora del día después (PDD), no ha contribuido a disminuir los abortos ni las enfermedades de transmisión sexual?

La Comisión Central de Deontología de la OMC parece tenerlo claro, de modo que partiendo de la premisa inicial según la cual, un médico no puede participar en campañas promocionales de medicamentos con ánimo de lucro, salvo que esa sea su profesión, castiga el comportamiento mostrado por la sociedad científica al apoyar la campaña de un laboratorio cuyo fin es aumentar las ventas de la PDD.

B) ÉTICA EN LA PRESCRIPCIÓN. DOCUMENTO ELABORADO POR LA COMISIÓN GALLEGA DE BIOÉTICA. 23 DE FEBRERO DE 2011.

Documento en el que se analiza desde un punto de vista ético las repercusiones y la validez de las medidas sobre contención del gasto farmacéutico. La Comisión parte de una premisa, la sostenibilidad del sistema sanitario no depende de las acciones de los gestores, o al menos no en exclusiva, sino que también del compromiso de los profesionales y de los ciudadanos.

Todos ellos se encuentran, en mayor o menor grado, directamente implicados en la lucha contra el gasto farmacéutico, así la Administración debería regular la formación continuada de los profesionales velando por su independencia y calidad, desmarcándose de la industria farmacéutica, que si bien es cierto que es la

mayor responsable de formación médica continuada, también lo es de que la promoción de sus productos influya en la toma de decisiones del profesional sanitario.

El médico, por supuesto, es quizá el principal protagonista, y debe priorizar el beneficio del paciente, sin prescindir de otros aspectos éticos como la justicia distributiva.

Para finalizar, el paciente también debe aportar su granito de arena, y acoger con agrado las medidas orientadas a frenar el gasto en este ámbito. Medidas tales como la prescripción por principio activo o la financiación del medicamento de costo más bajo cuando existan dos o más medicamentos bioequivalentes, son, junto con algunas otras decisiones como la incentivación por la consecución de objetivos, las principales medidas que están adoptando las diferentes Administraciones Sanitarias en el cumplimiento de su papel de velar por el uso racional del medicamento.

Tras esta primera parte introductoria, la Comisión entra de lleno a estudiar las bondades de este tipo de medidas conforme a la metodología de la ya clásica bioética principialista que inauguraran Beauchamp y Childress a raíz del Informe Belmont, y adaptara en nuestro país uno de sus principales valedores, el profesor Diego Gracia.

Tras la labor de deliberación, la comisión concluye que:

- a) No es éticamente admisible prescribir un medicamento equivalente de precio más elevado si no hay justificación razonable
- b) Se debe promover que los ciudadanos hagan un uso sensato y juicioso de los recursos.
- c) Existe una falta de comunicación entre los profesionales de los distintos niveles sanitarios (problema de la prescripción inducida).
- d) La incentivación para fomentar la prescripción racional es polémica

A partir de estas conclusiones, el órgano colegiado autonómico emite las siguientes Recomendaciones:

- a) Revisión de la polimedicación de los ancianos, y supervisión de los efectos adversos de los fármacos evitando la prescripción en cascada ante nuevos efectos adversos.
- b) Elaboración y uso de guías de práctica clínica
- c) Puesta en marcha de medidas que mejoren la comunicación y la coordinación entre los diferentes niveles asistenciales

- d) Potenciación del papel de las oficinas de farmacia en la información y educación sanitaria de la ciudadanía.
- e) Supervisión por la Administración de la publicidad sobre medicamentos
- f) Potenciación de las estrategias de concienciación a la población del buen uso de los fármacos.
- g) Financiación de los fármacos que realmente supongan una innovación terapéutica clara
- h) Inclusión en los catálogos de fármacos de los hospitales de medicamentos genéricos
- i) Realización de compras centralizadas de medicamentos y adaptar la dosificación de los envases a los tratamientos prescritos
- j) Conveniencia de que las empresas productoras de medicamentos genéricos, traten de elaborarlos con los mismos colores y formas que el medicamento de marca original.
- k) Búsqueda de indicadores fiables y de validez contrastada, para incentivar la prescripción racional.

LEGISLACIÓN

Sección a cargo de Lola González García

Servicio de Salud de Castilla- La Mancha (Servicio Jurídico)

LEGISLACIÓN ESTATAL

- Orden SPI/1117/2011, de 26 de abril, por la que se regula el Comité Asesor para la Prestación Ortoprotésica. BOE, N° 106, 4 de mayo de 2011
- Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva. B.O.E. núm. 139 de 11 de junio de 2011
- Resolución de 10 de junio de 2011, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se establecen los criterios y prioridades a aplicar por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en la planificación de sus actividades preventivas para el año 2011. B.O.E. núm. 148 de 22 de junio de 2011
- Real Decreto 772/2011, de 3 de junio, por el que se modifica el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo. B.O.E. núm. 158 de 4 de julio de 2011
- Real Decreto 843/2011, de 17 de junio, por el que se establecen los criterios básicos sobre la organización de recursos para desarrollar la actividad sanitaria de los servicios de prevención. B.O.E. núm. 158 de 4 de julio de 2011
- Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición. B.O.E. núm. 160 de 6 de julio de 2011
- Orden SPI/2101/2011, de 22 de julio, por el que se modifica el Anexo V del Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión. BOE N° 180, 28 de julio de 2011
- Orden SPI/2136/2011, de 19 de julio, por la que se fijan las modalidades de control sanitario en frontera por la inspección farmacéutica y se regula el Sistema Informático de Inspección Farmacéutica de Sanidad Exterior. BOE N° 181, 29 de julio de 2011
- Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. B.O.E. núm. 182 de 30 de julio de 2011
- Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. B.O.E. núm. 184 de 2 de agosto de 2011
- Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. B.O.E. núm. 184 de 2 de agosto de 2011,
- Real Decreto-ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud, de contribución a la consolidación fiscal, y de elevación del importe máximo de los avales del Estado para 2011. B.O.E. núm. 200 de 20 de agosto de 2011
- Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional. BOE N° 202, 23 de agosto de 2011
- Real Decreto 1193/2011, de 19 de agosto, por el que se establece el procedimiento de aplicación de la escala conjunta de deducciones a la facturación mensual de cada oficina de farmacia. BOE N° 205, 26 de agosto de 2011
- Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, por el que se establecen los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. BOE N° 207, 29 de agosto de 2011
- Orden SPI/2136/2011, de 19 de julio, por la que se fijan las modalidades de control sanitario en frontera por la inspección farmacéutica y se regula el Sistema Informático de Inspección Far-

macéutica de Sanidad Exterior. B.O.E. núm. 181 de 29 de julio de 2011

- Real Decreto 1275/2011, de 16 de septiembre, por el que se crea la Agencia estatal "Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios" y se aprueba su Estatuto. BOE Nº 229, 23 de septiembre de 2011
- Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad. B.O.E. núm. 224, de 17 de septiembre de 2011
- Reforma del artículo 135 de la Constitución Española, de 27 de septiembre de 2011. B.O.E. núm. 233, de 27 de septiembre de 2011
- Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública B.O.E. num 249, de 5 de octubre de 2011

LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

ANDALUCÍA

- Orden de 19 de abril de 2011, por la que se modifica la de 11 de julio de 2003, por la que se desarrollan determinados aspectos del funcionamiento de los Institutos de Medicina Legal de la Comunidad Autónoma de Andalucía. BOJA Nº92 de 12 de mayo de 2011
- Decreto 141/2011, de 26 de abril, de modificación y derogación de diversos decretos en materia de salud y consumo para su adaptación a la normativa dictada para la transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. BOJA Nº 133 de 08 de julio de 2011

ASTURIAS

- Decreto 171/2011, de 19 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica básica de la Consejería de Sanidad. BOPA Nº 193 de 20 de agosto de 2011
- Decreto 172/2011, de 19 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Servicio de Salud del Principado de Asturias. BOPA Nº 193 de 20 de agosto de 2011

ARAGON

- Decreto 337/2011, de 6 de octubre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba la estructura

orgánica del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia. BOA Nº 203 de 14 de octubre de 2011

BALEARES

- Decreto 40/2011 de 29 de abril, por el que se crea la Comisión Técnica de Investigación en Salud. BOIB Núm. 067 - 5 de Mayo de 2011
- Decreto 47/2011, de 13 de mayo por el que se crean determinadas categorías de personal estatutario en el ámbito del Servicio de Salud de las Illes Balears y se establece un procedimiento extraordinario de integración. BOIB Núm. 075 - 21 de Mayo de 2011
- Decreto 52/2011, de 20 de maig, por el que se regula la actuación del personal de enfermería en el ámbito de la prestación farmacéutica del sistema sanitario público. BOIB Núm. 081 - 2 de Junio de 2011
- Decreto 59/2011, de 20 de mayo, de modificación de los Estatutos del ente público Servicio de Salud de las Illes Balears, aprobados por el Decreto 39/2006, de 21 de abril. BOIB Núm. 081 - 2 de Junio de 2011

CANARIAS

- Orden de 18 de abril de 2011, por la que se modifica parcialmente la Orden de 18 de junio de 2009, que regula el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria pública a las personas sin recursos económicos suficientes. BOC Nº 090, 6 de Mayo de 2011
- Orden de 17 de mayo de 2011, por la que se aprueba el Calendario Vacunal Sistemático del Adulto de la Comunidad Autónoma de Canarias. BOC Nº 106, 31 de Mayo de 2011
- Orden de 3 de junio de 2011, por la que se establece el procedimiento de constitución, ordenación y funcionamiento de listas de empleo para la selección y nombramiento de personal estatutario temporal en los órganos de prestación de servicios sanitarios del Servicio Canario de la Salud, derivadas de los procesos selectivos para el acceso a la condición de personal estatutario fijo. BOC Nº 121, 21 de Junio de 2011
- Orden de 9 de junio de 2011, por la que se crea la estructura y regula la Red Canaria de Laboratorios de Salud Pública. BOC Nº 129, 1 de Julio de 2011
- Orden de 7 de julio de 2011, por la que se aprueba el Calendario Vacunal Infantil de la Comuni-

dad Autónoma de Canarias. BOC N° 146. Martes 26 de Julio de 2011

- Orden de 4 de agosto de 2011, por la que se modifican los precios públicos por los servicios sanitarios prestados por el Servicio Canario de la Salud. BOC N° 169, 26 de Agosto de 2011

CANTABRIA

- Orden SAN/16/2011, de 19 de mayo, por la que se crean y regulan las Juntas Facultativas de Atención Especializada en el ámbito de las Gerencias de Atención Especializada del Servicio Cántabro de Salud. . BOC N° 101, 27 de mayo de 2011
- Orden SAN/17/2011, de 19 de mayo, por la que se crean y regulan los Comités de Seguridad del Paciente y Gestión de los Riesgos de la Comunidad Autónoma de Cantabria. BOC N° 101, 27 de mayo de 2011

CATALUÑA

- DECRETO 366/2011, de 12 de julio, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Salud Pública de Cataluña. DOGC N° 5920, 14 de julio de 2011
- RESOLUCIÓN SLT/1724/2011, de 30 de junio, por la que se aprueba la modificación del Plan de ordenación de recursos humanos del Instituto Catalán de la Salud con el fin de regular la jubilación forzosa, la prolongación en la situación de servicio activo, la jubilación parcial y la prórroga de la vigencia del Plan actual. DOGC N° 5921, 15 de julio de 2011

CASTILLA LA MANCHA

- Resolución de 16/05/2011, de la Consejería de Salud y Bienestar Social, por la que se publica la constitución y composición del Comité de Ética de Salud y bienestar Social de Castilla – La Mancha. D.O.C.M. núm. 115 de 15 de junio de 2011
- Decreto 121/2011, de 07/07/2011, por el que se establece la estructura orgánica y se fijan las competencias de los órganos integrados en la Presidencia de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. D.O.C.M. núm. 133 de 9 de julio de 2011
- Decreto 123/2011, de 07/07/2011, por el que se establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales. DOCM Núm. 133, 9 de julio de 2011

- Decreto 260/2011, de 30/08/2011, de competencias sancionadoras en materia de sanidad, ordenación farmacéutica, defensa del consumidor y usuario, productos farmacéuticos, asuntos sociales y protección de menores. DOCM N° 173, 2 de septiembre de 2011
- Decreto 268/2011, de 08/09/2011, de modificación del Decreto 123/2011, de 7 de julio, por el que se establece la estructura orgánica y competencias de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales. DOCM N° 180, 13 de septiembre de 2011
- Resolución de 01/09/2011, de la Dirección Gerencia, por la que se acuerda la constitución del Comité de Ética de Atención Especializada de Ciudad Real. D.O.C.M. núm. 179, de 12 de septiembre de 2011.
- Resolución de 01/09/2011, de la Dirección Gerencia, por la que se acuerda la constitución del Comité de Ética de Atención Primaria de Ciudad Real. D.O.C.M. núm. 179, de 12 de septiembre de 2011.
- Orden de 06/10/2011, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establece el régimen de sustitución de los Coordinadores Provinciales y Secretarios Provinciales de los Servicios Periféricos de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales. DOCM N° 202, 14 de octubre de 2011

CASTILLA Y LEÓN

- DECRETO 40/2011, de 7 de julio, por el que se modifica el Decreto 287/2001, de 13 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León. BOCYL N° 132, 08 de julio de 2011

EXTREMADURA

- Decreto 71/2011, de 13 de mayo, por el que se aprueba el programa público de donación de ovocitos de Extremadura y se crean la Comisión Extremeña de Técnicas de Reproducción Humana Asistida y los Registros de donantes de gametos y preembriones de Extremadura y de actividades y resultados de los centros y servicios de reproducción asistida de Extremadura. DOE N° 95 19 de mayo de 2011
- Orden de 10 de mayo de 2011 por la que se establecen las directrices para la elaboración, el seguimiento y la evaluación del Plan Integral contra el Cáncer en Extremadura 2012-2016. DOE N° 96, 20 de mayo de 2011

- Orden de 10 de mayo de 2011 por la que se establecen las directrices para la elaboración, el seguimiento y la evaluación del Plan Integral sobre Enfermedades Cardiovasculares 2012-2016 de la Comunidad Autónoma de Extremadura. DOE N° 96, 20 de mayo de 2011
- Orden de 14 de octubre de 2011, conjunta de las Consejerías de Administración Pública y de Economía y Hacienda, por la que se regula la asistencia jurídica a las Mesas de Contratación celebradas en el ámbito de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura

GALICIA

- DECRETO 107/2011, de 19 de mayo, por el que se regula el contenido de los registros públicos de profesionales sanitarios y del Sistema de Información de Profesionales Sanitarios de Galicia. D.O.G.A. N°11, 10 de junio de 2011
- DECRETO 110/2011, de 3 de junio, por el que se crean en el ámbito del Servicio Gallego de Salud las categorías estatutarias de personal técnico superior y de grado medio en prevención de riesgos laborales. D.O.G.A. °15, 16 de junio de 2011
- DECRETO 111/2011, de 3 de junio, por el que se crea en el ámbito del Servicio Gallego de Salud la categoría estatutaria de personal enfermero especialista del trabajo. D.O.G.A. °15, 16 de junio de 2011
- ORDEN de 6 de julio de 2011 por la que se regula la asistencia al farmacéutico en la dispensación de medicamentos y productos sanitarios sujetos a receta médica por el personal técnico o auxiliar que presta servicios en la oficina de farmacia. D.O.G.A. N°31, 8 de julio de 2011
- ORDEN de 5 de septiembre de 2011 por la que se actualiza el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria por parte de las personas sin recursos económicos suficientes y de las que se encuentran en situación de desempleo. D.O.G.A. N°73, 9 de septiembre de 2011
- ORDEN de 22 de agosto de 2011 por la que se crea el Consejo Asesor de Pacientes. D.O.G.A. N°76, 14 de septiembre de 2011
- ORDEN de 16 de septiembre de 2011 por la que se modifica la Orden de 11 de mayo de 1995 por la que se desarrolla la estructura directiva de las gerencias de atención primaria de Galicia. D.O.G.A. N°87, 29 de septiembre de 2011

- DECRETO 189/2011, de 22 de septiembre, de homologación sanitaria de los tratamientos prescritos. D.O.G.A. N°93, 7 de octubre de 2011
- ORDEN de 6 de octubre de 2011 por la que se modifica la Orden de 25 de mayo de 2005 por la que se regula la composición, organización y funcionamiento del Consejo Asesor del Sistema Sanitario de Galicia. D.O.G.A. núm. 206 de jueves, 27 de octubre de 2011
- Orden Foral 110/2011, de 19 de septiembre, de la Consejera de Salud, por la que se regulan los baremos de méritos a aplicar en los procedimientos de ingreso y provisión de puestos de trabajo en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, excepto al personal sanitario de nivel A (Estamentos A.1 y A.2)
- Orden Foral 111/2011, de 19 de septiembre, de la Consejera de Salud, por la que se regulan los procedimientos de ingreso y provisión de puestos de trabajo del personal sanitario del Nivel A (Estamentos A.1 y A.2) en el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y se establecen los baremos aplicables en los mismos
- Decreto Foral 221/2011, de 28 de septiembre, por el que se regula el uso de sujeciones físicas y farmacológicas en el ámbito de los servicios sociales residenciales de la Comunidad de Navarra

MADRID

- Resolución 151/2011, de 9 de marzo, de la Dirección General de Atención Primaria, por la que se aprueba el modelo telemático de Solicitud de Asistencia Sanitaria a desplazados con carácter temporal. BOCAM Núm 116 18 de mayo de 2011
- Resolución 41/2011, de 28 de abril, la Dirección General de Atención Primaria del Servicio Madrileño de Salud, por la que se crea el Comité de Expertos, asesor del cribado universal de los recién nacidos para la detección, diagnóstico y tratamiento precoz de hipoacusias en recién nacidos de la Comunidad de Madrid. BOCAM Núm 123, 26 de mayo de 2011
- Acuerdo de 28 de julio de 2011, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Plan Especial de Inspección y Control de la Incapacidad Temporal para el año 2011 en la Comunidad de Madrid. BOCAM núm. 190 de 12 de agosto de 2011

MURCIA

- Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos del Servicio Murciano de Salud por la que se fijan las instrucciones relativas a la concesión de los permisos por fallecimiento, accidente, enfermedad grave u operación de familiar que fueron aprobados por el acuerdo del Consejo de Gobierno de 16 de febrero de 2007. BORM N° 122, 30 de mayo de 2011

NAVARRA

- ORDEN FORAL 34/2011, de 11 de abril, de la Consejera de Salud, por la que se modifica el Calendario Oficial de Vacunaciones de Navarra. BON N° 87, de 9 de mayo de 2011
- ORDEN FORAL 38/2011, de 4 de mayo, de la Consejera de Salud, por la que se desarrolla la estructura orgánica de la Dirección de Enfermería del Complejo Hospitalario de Navarra. BON N° 94, de 17 de mayo de 2011
- ORDEN FORAL 90/2011, de 31 de agosto, de la Consejera de Salud, por la que se readscriben varias Unidades del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea. BON núm. 192, de 28 de septiembre de 2011
- DECRETO FORAL 221/2011, de 28 de septiembre, por el que se regula el uso de sujeciones físicas y farmacológicas en el ámbito de los Servicios Sociales Residenciales de la Comunidad Foral de Navarra. BON N° 204, de 14 de octubre de 2011

PAIS VASCO

- RESOLUCIÓN de 14 de abril de 2011, del Director de Gestión del Conocimiento y Evaluación, por la que se modifica la composición nominal del Comité Ético de Investigación Clínica de la Comunidad Autónoma del País Vasco. BOPV N° 89, 12 de mayo de 2011
- DECRETO 153/2011, de 5 de julio, sobre Sistema de Información de Profesionales Sanitarios. BOPV N° 139, 21 de julio de 2011
- ORDEN de 7 de septiembre de 2011, del Consejero de Sanidad y Consumo, por la que se crea el Consejo Asesor de Vacunaciones de Euskadi. BOPV N° 186, 29 de septiembre de 2011

VALENCIA

- ORDEN 7/2011, de 16 de mayo, de la Conselleria de Sanidad, por la que se desarrolla el Decre-

to 15/2010, de 15 de enero, del Consell, que regula el Sistema de Información en Salud Pública. DOCV Núm 6.532, 31 de mayo de 2011

- DECRETO 136/2011, de 30 de septiembre, del Consell, por el que se modifica el Decreto 192/1998, de 30 de noviembre, de ordenación de la Comisión Valenciana de Tutelas y Defensa Judicial de Incapacitados. DOCV Núm 6.622, 4 de octubre de 2011

VIII Premio Derecho y Salud (2012)



La Asociación de Juristas de la Salud convoca el VIII Premio Derecho y Salud (2012) para trabajos de estudio e investigación sobre Derecho Sanitario, conforme a las siguientes:



BASES

1. CRITERIOS

El **VIII Premio Derecho y Salud** está destinado a premiar los ESTUDIOS de investigación publicados (o pendientes de publicar, una vez aprobada su publicación por el Consejo Editorial) en los números ordinarios de la Revista Derecho y Salud correspondientes al año 2012 que aborden temas relacionados con el Derecho, la Sanidad y/o la Salud.

2. PARTICIPANTES

El **VII Premio Derecho y Salud** podrá ser otorgado tanto a personas individuales como a equipos de trabajo constituidos al efecto. En ningún caso podrá ser otorgado a miembros del Consejo Editorial ni de la Junta Directiva de la Asociación Juristas de la Salud.

3. FORMA

Los investigadores que deseen concurrir al **VIII Premio Derecho y Salud**, deberán dirigirse ajs@ajs.es ; dlarios@jccm.org y presidente@ajs.es y enviar sus trabajos por correo electrónico indicando en la remisión la solicitud de publicación además de la intención de participar en el premio.

Los ESTUDIOS (redactados en castellano) con una extensión mínima de 20 páginas y máxima de 80, que serán originales e inéditos, se presentarán escritos a doble espacio en letra “times new roman” tamaño 12.

4. PLAZO.

Solamente participarán en la actual convocatoria los ESTUDIOS que se reciban **antes del día 30 de mayo de 2012**.

Los ESTUDIOS que se envíen con posterioridad al 30 de mayo no podrán optar al premio, sin perjuicio de que el Consejo Editorial decida en todos los casos sobre la procedencia de la publicación.

5. DOTACIÓN

El **VIII Premio Derecho y Salud** estará dotado con 3.000 euros. En caso de que sea declarado desierto, el jurado podrá proponer diversos accésit hasta la totalidad de la dotación.

6. JURADO

El Jurado estará compuesto por cinco miembros: el Presidente de la Asociación de Juristas de la Salud, que lo será a su vez del Jurado, el Director y el Secretario del Consejo Editorial de la Revista Derecho y Salud, además de dos invitados por la Junta Directiva de la Asociación entre personalidades representativas y de reconocido prestigio en la disciplina del Derecho Sanitario. Actuará como Secretario el que lo sea de la Asociación Juristas de la Salud.

El funcionamiento del Jurado, que podrá realizar sus sesiones on-line, se acomodará a las normas contenidas en el Capítulo II del Título II de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

El jurado valorará, entre otros aspectos, la calidad científica; la concreción y claridad expositiva; el interés científico, tanto académico como práctico; la originalidad y actualidad del tema.

7. FALLO y ENTREGA DEL PREMIO.

El fallo se dará a conocer antes del día 20 de junio de 2012.

La entrega del premio tendrá lugar durante la celebración del XXI Congreso DERECHO Y SALUD, que organiza la asociación convocante.

8. ACEPTACIÓN DE LAS BASES

Los participantes aceptan en su integridad estas Bases así como el fallo del Jurado, renunciando a cualquier reclamación en relación con las mismas.

Santiago de Compostela, junio de 2011

NORMAS DE PUBLICACIÓN

ESTUDIOS Y COMUNICACIONES

1. Los originales que se presenten para publicación deberán ser inéditos.
2. En el caso de los ESTUDIOS que aborden en profundidad cualquier tema del Derecho Sanitario, la extensión será de un mínimo de 20 y un máximo de 80 páginas.
3. En el caso de las COMUNICACIONES que realicen una crónica, apunte o conclusión breve respecto a un tema del Derecho Sanitario, la extensión máxima no podrá superar las 15 páginas.
4. Tanto los ESTUDIOS como las COMUNICACIONES deberá remitirse por correo electrónico a la redacción de la revista, indicándose en el mismo título original y datos del autor/es.
5. En todo caso se utilizará letra tipo “times new roman”, tamaño 12 para el texto principal y tamaño 10 para las notas a pie de página. No se utilizarán letras de otros tipos o tamaños de los indicados, ni subrayados. No deben dividirse las palabras con guiones al final de la línea, ni se dejarán líneas en blanco.
6. La primera página debe de incluir, por este orden:
 - a. Título del artículo
 - b. Nombre y apellidos del autor o autores
 - c. Profesión o título académico del autor y Centro o Institución de trabajo
 - d. Un breve resumen (ABSTRACT) en español e inglés de 20-30 palabras acompañado de 3-5 palabras clave, en los dos idiomas.
 - e. Nombre y dirección del autor o autores y dirección (postal o e-mail) al que los lectores pueden dirigir la correspondencia.
 - f. Fecha de finalización del trabajo
7. Las notas se incluirán en el propio texto, con formato de número correlativos (1, 2, 3...), a pie de página, mediante el uso de superíndice, siguiendo los siguientes modelos:
 - a. Libros: LAÍN ENTRALGO, Pedro: *La relación médico-enfermo*, Alianza Editorial, Madrid 1983, p36 [o pp. 36-39].
 - b. Capítulos de libros: ESER, Albin: “Problemas de justificación y exculpación en la actividad médica” en MIR PUIG, S. (Ed.): *Avances de la medicina y derecho penal*, Barcelona, 1988, p.12 [o pp. 12 y ss].
 - c. Artículos de revistas: MORALES PRATS, Fermin: “Derecho a la intimidad versus tratamiento de datos sanitario”, *Derecho y Salud*, Vol, 9, núm.2, 2001, pp. 141-149.
 - d. Jornadas o Ponencias: PUIG, Jaume: “Innovación tecnológica y mercado sanitario: de la macro-regulación a la micro-regulación”, Ponencia presentada en las *XIV Jornadas de Economía de la Salud: Cambios en la regulación sanitaria*, Asociación de Economía y Salud, Barcelona, 1995, p. 342.
 - e. Sitios de Internet: BARRIOS FLORES, Luis Fernando. El internamiento psiquiátrico en España: de Valencia a Zaragoza (1409-1808). *Rev Cubana Salud Pública*. [online]. Jul.-dic. 2002, vol.28, no.2, p.224-245. Disponible en la URL: http://cielo.sld.cu/cielo.php?script=sci_arttex&pid=S0864-34662002000200009&lng=es&nrm=iso. [Con acceso el 4.3.2006].
8. Los manuscritos serán valorados anónimamente por evaluadores externos al Consejo Editorial de la Revista, expertos en la materia, quienes informarán sobre la conveniencia de su publicación y, en su caso, de introducir modificaciones en el texto.

Adicionalmente, se realizará una revisión por pares que garantice la objetividad de la evaluación.



Asociación Juristas de la Salud
<http://www.ajs.es>
 Avda. Romero Donallo nº 21, 3ºA
 15706 Santiago de Compostela

SOLICITUD DE SUSCRIPCION A LA REVISTA DERECHO Y SALUD

DATOS SUSCRIPCION

Nombre/Razón Social: _____
 Departamento/Servicio: _____
 Número de ejemplares: _____
 Dirección: _____
 Código Postal: _____
 Población: _____
 Teléfono/s:

--	--	--

 Fax: _____
 Dirección e-mail: _____
 DNI/NIF: _____

FORMA DE PAGO

Transferencia ☐ A la cuenta 0182-6022-31-0201538629
 Domiciliación Bancaria ☐
 Titular de la cuenta: _____
 NIF del titular: _____
 Entidad Bancaria: _____
 Oficina: _____
 Dirección oficina: _____
 Código Entidad:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
 Código Sucursal:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
 Dígitos de Control:

--	--

 (2 dígitos)
 Cuenta:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Importe de la suscripción 62 euros anuales (dos revistas más extraordinario)

Remitir a: presidente@ajs.es ds@ajs.es
--

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "suscriptores" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Avda. de Romero Donallo, 21, 3º A, de Santiago de Compostela (15706), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los suscriptores de la revista de la asociación y facilitar su distribución, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es, indicando "derechos ARCO".



Asociación Juristas de la Salud
<http://www.ajs.es>
Avda. Romero Donallo nº 21, 3ºA
15706 Santiago de Compostela

SOLICITUD DE ASOCIACIÓN

DATOS SUSCRIPCION

Nombre: _____
Primer apellido: _____
Segundo apellido: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s:

--	--	--

Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Código Sucursal:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Dígitos de Control:

--	--	--	--

 (2 dígitos)
Cuenta:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

ENVÍO CORRESPONDENCIA (cuando sea diferente del domicilio)

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____

Cuota de la Asociación 82 euros anuales

Remitir a: presidente@ajs.es

En cumplimiento de la ley orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, se le informa de que los datos personales recogidos a través de este sitio son confidenciales y serán incluidos en un fichero denominado "socios" titularidad de "Asociación Juristas de la Salud", con domicilio en Avda. de Romero Donallo, 21, 3º A, de Santiago de Compostela (15706), con la exclusiva finalidad de gestionar la relación con los socios en el marco de las actividades propias de la entidad, para lo que presta su expreso consentimiento. El interesado puede ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición dirigiendo, a la dirección indicada, una carta con copia del DNI, o bien un correo electrónico con firma electrónica a js@ajs.es, indicando "derechos ARCO".

