

EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD COMO SISTEMA: REALIDAD Y CARENCIAS

Elsa Marina Alvarez González
Profesora de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho,
Universidad de Málaga

I. Introducción

Siendo la satisfacción del derecho a la salud mediante la provisión pública de los correspondientes servicios sanitarios una característica estructural del Estado del bienestar, en él y con carácter general, el derecho a la asistencia sanitaria puede articularse, bien a través de la Seguridad Social –con la extensión de ésta a las prestaciones sanitarias-, o bien mediante la creación de una estructura “ad hoc”, un Servicio Nacional de Salud, cuyo ejemplo más significativo es el *National Health Service* inglés creado en 1948.

Nuestro país, que llegó tarde a la construcción del Estado del bienestar, implantado en los países europeos al final de la Segunda Guerra Mundial, optó en un primer momento por articular la asistencia sanitaria a través de la Seguridad Social. Ésta surgió con la creación de los distintos seguros sociales a finales del siglo XIX y principios del XX, y se fue desarrollando y consolidando a lo largo de éste para culminar con el reconocimiento en la Constitución¹ del derecho a la protección de la salud con carácter universal y con la ampliación progresiva del ámbito subjetivo de cobertura de las prestaciones sanitarias públicas a través de diferentes disposicio-

nes legales², rompiéndose así el principio contributivo en el que hasta entonces descansaba todo el sistema.

Pero en paralelo a esta expansión del sistema de prestaciones sanitarias de la Seguridad Social, y ante la inexistencia de una estructura y organización del sistema sanitario público capaz en su conjunto de responder a la situación creada, tiene lugar al tiempo una puesta en cuestión del mismo que fragua en 1986 con la creación del Sistema Nacional de Salud. Esta es precisamente la innovación fundamental de la Ley General de Sanidad promulgada ese año, que

² Entre ellas, podemos destacar la Ley 5/1979, de 21 de junio, y la Orden Ministerial de 27 de enero de 1981, que reconocen el derecho a la asistencia sanitaria a las viudas y familiares de los fallecidos como consecuencia de la Guerra Civil; la Orden Ministerial de 18 de febrero de 1981, que lo hace para los trabajadores emigrantes retornados a España; la Ley 13/1982, de 7 de abril, para los minusválidos con independencia de que desarrollen o no una actividad laboral; la Ley 31/1984, de 2 de agosto, para los desempleados aunque no perciban prestaciones periódicas por desempleo; o la Ley 37/1988, de 29 de diciembre, (art.54) para los pensionistas de clases pasivas. A estas disposiciones habría que añadir, ya en una etapa posterior, la Ley General de Sanidad de 1986 (arts. 79.1b) y 80) y el Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, que reconoce dicho derecho a las personas que carecen de un nivel mínimo de recursos económicos; la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que lo hace a los perceptores de prestaciones no contributivas; la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño (art. 24) y la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (art. 10.3), que inciden sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los menores de edad; y la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (art. 12), que establece la prestación de asistencia sanitaria a este colectivo.

¹ Artículo 43 de la CE.

crea el Sistema Nacional de Salud integrando en él la asistencia sanitaria hasta entonces soportada por la Seguridad Social³.

Desde su creación en 1986 el Sistema Nacional de Salud se concibió como un verdadero sistema integrador tanto de todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud como de las diferentes funciones y prestaciones sanitarias necesarias para garantizar el derecho a la protección de la salud. Pero el hecho de que dicho modelo de Sistema Nacional de Salud tuviera que construirse al mismo tiempo que la propia implantación del Estado de las Autonomías no pudo menos que afectar a su configuración efectiva, con el resultado de una obligada construcción progresiva de dicho Sistema.

En todo caso, una vez asumidas las competencias en materia de asistencia sanitaria por todas las Comunidades Autónomas en diciembre de 2001, puede afirmarse que el Sistema Nacional de Salud está ya completamente descentralizado. En ese sentido, la gestión de la asistencia sanitaria ha dejado ya de estar a cargo de la Seguridad Social a través del INSALUD (organismo estatal extinguido y sustituido hoy por el residual, también estatal, INGESA) y los sistemas públicos de cobertura sanitaria, básicamente los Servicios de Salud de todas las Comunidades Autónomas, quedan ya integrados en el Sistema Nacional de Salud. Lo que no obsta para que la organización de éste, dada su estructura descentralizada, se haya resentido y se resienta todavía hoy de muchas disfunciones derivadas de esa propia estructura. Porque un Sistema Nacional de Salud así descentralizado, en 17 Comunidades Autónomas, cada una con su respectivo Servicio de Salud, que aparecen como los auténticos protagonistas directos de la asistencia sanitaria pública, requiere de la puesta en práctica de unas técnicas de coordinación y supervisión del funcionamiento del entero Sistema.

Tales funciones de coordinación y supervisión quedan legalmente atribuidas a la Administración

General del Estado como regulador básico y coordinador general del Sistema Nacional de Salud. Sin embargo, el proceso de implantación progresiva –y al tiempo el de su descentralización– del Sistema ha hecho que la Administración estatal haya centrando su atención de manera casi exclusiva en la prestación de la asistencia sanitaria a cargo del INSALUD en aquellas Comunidades Autónomas que aún no habían asumido las competencias en materia de asistencia sanitaria, y sin que la terminación del proceso de descentralización sanitaria en diciembre de 2001 y la constitución por todas las Comunidades Autónomas de sus propios Servicios de Salud, haya incidido en la necesaria inflexión del papel de la Administración General de Estado hacia sus verdaderas funciones en un Sistema Nacional de Salud definitivamente implantado y al amparo de las técnicas instituidas por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003, promulgada bajo ese propósito de la necesaria cohesión del Sistema.

No parece, sin embargo, que tras la implantación definitiva del Sistema Nacional de Salud y la aprobación de la Ley de Cohesión y Calidad los necesarios instrumentos de coordinación y supervisión sanitaria en el conjunto del Sistema Nacional de Salud ofrezcan la suficiente operatividad para el logro de un Sistema Nacional de Salud cohesionado, armónico y solidario. Por lo que parece oportuno reflexionar sobre si no serán las insuficiencias de la configuración organizativa del Sistema Nacional de Salud como sistema descentralizado las que impiden esa operatividad.

Conviene en todo caso, y como necesario antecedente, evocar como el Sistema Nacional de Salud se configuró de modo progresivo.

II. La configuración progresiva del Sistema Nacional de Salud

1.- La institucionalización del Sistema Nacional de Salud por la Ley General de Sanidad de 1986 y las propuestas de reforma en la década de 1990

El Sistema Nacional de Salud se define por la Ley General de Sanidad de 1986 como el conjunto

³ Sobre la evolución del Sistema de Seguridad Social hacia el Sistema Nacional de Salud véase PEMÁN GAVÍN, J. "Del Seguro Obligatorio de Enfermedad al Sistema Nacional de Salud. El cambio en la concepción de la asistencia sanitaria pública durante el último cuarto del siglo XX". Revista Aragonesa de Administración Pública, núm.13, 1998.

de los Servicios de Salud de la Administración General de Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades

*Autónomas*⁴. Se trata, pues, en suma de un modelo organizativo basado en la integración de todos los servicios sanitarios públicos y la distribución de las correspondientes funciones y responsabilidades entre las distintas Administraciones públicas sanitarias implicadas.

Se pretendía así, por un lado, superar las disfuncionalidades de la etapa anterior integrando los servicios sanitarios en una organización específica distinta de la Seguridad Social, y, por otro, hacerlo en términos acordes con el diseño constitucional del Estado de las Autonomías. En todo caso, la acción pública sanitaria se articula, en ese nuevo contexto necesariamente descentralizado, desde una concepción integral de la sanidad, y que haga compatible el ejercicio de las competencias de las Comunidades Autónomas con la existencia de un único sistema sanitario público que garantice el derecho a la protección de la salud en condiciones igualitarias en todo el territorio nacional. Esa dimensión organizativa constituye en esencia el núcleo del Sistema Nacional de Salud a implantar.

Ahora bien, y como ya hemos apuntado, el hecho de que la institucionalización del Sistema Nacional de Salud en 1986 se produjera en un momento en que las Comunidades Autónomas que accedieron a su autonomía por la vía del artículo 143 de la CE, todavía no habían asumido en sus respectivos Estatutos las competencias en materia de asistencia sanitaria, hizo necesario que el legislador estableciera que esa efectiva implantación del Sistema Nacional de Salud tuviera lugar de manera progresiva⁵. Mien-

tras tanto la gestión de la asistencia sanitaria continuaría estando a cargo de la Seguridad Social (a través del INSALUD), y sin que, por tanto, el Sistema Nacional de Salud, como tal, integrara todavía todos y cada uno de los distintos sistemas públicos – autonómicos- de cobertura sanitaria.

Es precisamente esta implantación progresiva del Sistema Nacional de Salud, y la consecuente convivencia transitoria de ambos modelos sanitarios (el de Seguridad Social y el de Sistema Nacional de Salud), con las disfunciones que esa dualidad provocaba, lo que dio lugar a que en la década de 1990 se ofrecieran diversas propuestas sobre la estructura, organización y funcionamiento del Sistema Nacional de Salud en construcción tendentes a que éste se orientara hacia esquemas de mejor funcionalidad y eficiencia. Las previsiones de la Ley General de Sanidad de 1986 son así, y con tan sólo cinco años de vigencia de aquélla, puestas en tela de juicio con el objetivo de proceder a la revisión y adaptación del Sistema sanitario público⁶.

1.1 El Informe de la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud⁷ (Comisión Abril) de 1991

El 13 de febrero de 1990 el Pleno del Congreso de los Diputados aprueba una proposición no de ley en la que se insta al Gobierno para que “promueva la constitución por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud de una Comisión para el análisis, evaluación y propuesta de mejora del Sistema Nacional de Salud”.

Creada dicha Comisión el 4 de junio de 1990, su Informe, presentado en julio de 1991, comenzaba reconociendo que la organización de los servicios

⁴ Artículo 44.2 de la Ley General de Sanidad.

⁵ En efecto, la Disposición Adicional Sexta de la Ley General de Sanidad disponía que los centros sanitarios de la Seguridad Social quedarían integrados en el Servicio de Salud sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma hubiese asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con su Estatuto. En los restantes casos, la red sanitaria de la Seguridad Social se coordinaría con el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma; la Disposición Transitoria Primera establecía que las Corporaciones Locales que dispusieran de servicios y establecimientos sanitarios que llevaran a cabo actuaciones que en la Ley General de Sanidad se adscriben a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, establecerán de

mutuo acuerdo con los Gobiernos de las mismas un proceso de transferencia de los mismos; la Disposición Transitoria Tercera permitía la subsistencia del INSALUD en tanto no se culminase el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, y la Disposición Final Segunda, por su parte, obligaba al Gobierno a la armonización y refundición de las normas recogidas en la misma hasta que los sistemas públicos de cobertura sanitaria quedaran integrados en el Sistema Nacional de Salud.

⁶ Esa misma necesidad también se originó en otros países europeos como Holanda, Reino Unido y Suecia.

⁷ Este Informe es comúnmente conocido como el Informe de la Comisión Abril, por el apellido del presidente de la Comisión, Don Fernando Abril Martorell.

sanitarios públicos había propiciado una fuerte mejora de la salud de la población, pues contaba con un dispositivo público de servicios y prestaciones de los más extensos del mundo, que cubrían a la mayor parte de la población española. De ahí que se pronunciase sobre la necesidad de mantener el Sistema Nacional de Salud⁸. Pero, en lo que especialmente nos interesa, auspiciaba su oportuna reforma⁹ sobre la base de estas propuestas o recomendaciones¹⁰:

1. En cuanto a la organización sanitaria, la necesidad, una vez se completara el proceso de descentralización del Sistema Nacional de Salud con la puesta en marcha de servicios regionales de salud en todas las Comunidades Autónomas, de *establecer una “Dirección Estratégica de Política de Salud” para el conjunto del sistema*, lo que requería a su vez la *potenciación de las funciones del Consejo Intergubernamental del Sistema Nacional de Salud*, así como la ampliación de sus cometidos de coordinación y comunicación.

2. La introducción progresiva, por lo que respecta a las estructuras de gestión, de la *separación entre las funciones de financiación y compra de servicios sanitarios y las de gestión y provisión*. Pues esa acumulación de funciones contrapuestas –como sucedía en el INSALUD– impedía responsabilizar a un conjunto más numeroso de actores, y producía una gestión exageradamente centralizada con escasa o nula delegación de responsabilidades, y la adopción por el *Sistema Nacional de Salud de formas jurídicas*

más adecuadas –más allá de las de Derecho público– para promover la responsabilidad y eficacia de la gestión, partiendo de la base de que el servicio público no está determinado por la forma jurídica en que se organiza, sino básicamente por la naturaleza de la función.

3. En cuanto a la posición del sector privado en relación con el servicio público, la Comisión, partiendo de los *costes inferiores que la gestión privada de las prestaciones públicas* revelaba respecto a las gestionadas por formas organizativas de carácter público, proponía una profundización en su *complementariedad*.

4. Proponía, en cuanto a los métodos de gestión, *medidas conducentes a la mayor eficiencia, agilidad, racionalidad y eficacia* de la información, facturación, preparación y utilización de los recursos humanos, tecnología, contratación y relaciones externas.

5. La Comisión, que preveía un *notable crecimiento del gasto sanitario*¹¹, esbozaba como *alternativas para afrontarlo la restricción de las prestaciones, delimitarlas o establecer un régimen de precios*, y optaba por la *delimitación de las prestaciones*, las básicas (las que forman parte de los fundamentos del sistema de convivencia y deben ser financiadas mayoritariamente por el sector público con una participación reducida de los usuarios), y las complementarias (que, distintas a su vez, de las prestaciones libres u opcionales– serían pagadas en gran parte por los usuarios) por su carácter flexible además de compatible con el establecimiento de un sistema de precios.

6. Con respecto a la financiación sanitaria, *destacaba que la financiación debía ser cubierta por el Estado y por la Seguridad Social, fundamentalmente por el primero vía tributaria*, más la participación del usuario en el coste de las prestaciones básicas, con las excepciones que la equidad hiciera necesarias como fuente adicional de financiación.

7. En cuanto a la organización del sistema, el Informe recomendaba *la reforma de las Áreas de Sa-*

⁸ Y ello, por estimar que “la raíz de solidaridad que lo nutre constituye un pilar esencial del Estado de Bienestar y forma parte importante del pacto social en el que se asienta la convivencia pacífica”. Además, insiste el Informe en que “las mejoras que se proponen, y las que puedan producirse en el futuro nunca pueden afectar al núcleo básico de equidad y solidaridad que constituye la médula del sistema”.

⁹ El Informe declaraba como propósitos generales de las medidas de reforma: a) Alcanzar un mayor grado de responsabilidad de los gestores del sistema para lograr una mayor eficiencia en el uso de los recursos humanos y materiales; b) Crear las bases para que el sistema pueda funcionar con mayor satisfacción subjetiva de los usuarios y permita mayores grados de libertad de elección; c) Promover una “conciencia de coste de los servicios”; d) Suscitar la creación de estructuras que sean capaces de ajustarse flexible y autónomamente en su gasto a las autorizaciones presupuestarias, y e) Obtener el mayor grado de participación activa, vinculación al proyecto y motivación del personal sanitario.

¹⁰ Vid. MUÑOZ MACHADO, S. *La formación y crisis de los sistemas sanitarios públicos*. Alianza editorial, Madrid, 1995.

¹¹ Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud. *Informe y Recomendaciones*. Madrid, 1991. El Informe sitúa el crecimiento del gasto sanitario en un 8,3 por ciento del PIB.

lud, propugnando la existencia de áreas de mayor tamaño, aunque dentro del límite provincial, y remodeladas en sus funciones (mantener los aspectos de administración del presupuesto de asistencia sanitaria y la financiación, pero dejando al margen los aspectos de la gestión de asistencia sanitaria); una separación tajante de los presupuestos de asistencia sanitaria y los de prevención y promoción de la salud pública; y la transformación para agilizar la gestión de los servicios hospitalarios, de los hospitales y otros centros de servicios sanitarios en sociedades anónimas sujetas al Derecho privado. La Comisión aconsejaba que el cambio organizativo propuesto se realizara de forma paulatina, ya que se necesitaban cambios profundos de carácter estructural, modificaciones y adaptaciones del marco normativo, en la asignación de recursos, así como en la regulación laboral, que debían realizarse sin merma de los derechos básicos adquiridos.

En todo caso, la visión negativa que sobre la sanidad pública transmitía el Informe Abril y, sobre todo, los desafortunados debates que prosiguieron a su publicación, no contribuyeron a hacer viables de inmediato el conjunto de los cambios propuestos. Aún así, el Informe sigue siendo considerado por los expertos, pese a la escasa aplicación práctica que han tenido sus recomendaciones, como uno de los textos más influyentes de la política sanitaria española. Es más, incluso hay quien¹² ha defendido la vigencia actual de su contenido, asegurando que inspiró muchas de las medidas que se recogían en el proyecto de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003.

1.2 El Informe de la Subcomisión parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud de 1997

Unos años después del Informe Abril de 1991, las autoridades sanitarias creen necesaria una nueva reflexión sobre los problemas del sistema sanitario español. Y así, en efecto, en 1997 se crea la Subcomisión para la modernización y consolidación del

Sistema Nacional de Salud, cuyas propuestas pueden resumirse como sigue.

1. Con respecto al aseguramiento sanitario público, la Subcomisión proponía, la necesidad de realizar una reforma legal que permitiera definir el *derecho a la asistencia sanitaria como derecho público subjetivo, personal y no contributivo*, que garantizara la *igualdad*, tanto en el contenido del derecho como en el acceso a los servicios sanitarios, así como la *universalidad* efectiva del mismo, extendiéndolo a todos los grupos sociales, y *desvinculándolo de los regímenes de la Seguridad Social*. En este sentido, consideraba necesario *ordenar las prestaciones sanitarias*, así como poner a disposición de los ciudadanos unas *Cartas de Servicios sanitarios* que tradujeran a lenguaje no tecnificado los contenidos de los catálogos de prestaciones (precisando cuáles son las prestaciones a que tiene derecho el usuario y qué mecanismos pueden arbitrase para exigirlos).

2. La Subcomisión recomendaba, de otra parte, en cuanto a la *garantía de los tiempos de espera*, la constitución, en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de una *Comisión de prioridades*, encargada de indicar, para aquellos procedimientos diagnósticos o terapéuticos que se considerasen prioritarios por resolver o paliar situaciones de incapacitación, de especial gravedad y/o urgencia, o condicionar graves penalidades o sufrimientos, tiempos máximos de espera, superados los cuales el paciente tendría derecho a ser inmediatamente asistido en el centro donde determine el correspondiente Servicio de Salud; la impulsión, en coordinación con los responsables de la política social, de iniciativas para la *asistencia sociosanitaria*; y el establecimiento de fórmulas para *racionalizar la prestación farmacéutica*.

3. Con respecto a la *financiación sanitaria*, la Subcomisión proponía –para asegurar un marco financiero estable y garantizar la suficiencia y la equidad en la distribución territorial– mantener el criterio de población protegida, hacer posible las transferencias pendientes, y considerar a largo plazo la *integración y homologación progresiva de la sanidad en la financiación autonómica*.

¹² Lluís Boñigas, director general de Planificación de la Fundación Fernando Abril Martorell, en el encuentro celebrado para analizar la influencia del llamado Informe Abril, once años después de su publicación. Vid. *Revista Diario Médico*, de 28 de noviembre de 2002.

4. En el apartado de organización y gestión, el Informe recogía en primer lugar, la necesidad de *orientar la provisión de servicios a las necesidades de salud reales y prioritarias* de la sociedad, a partir de la identificación de las mismas *a través de los planes de salud de cada Comunidad Autónoma*. Por otro lado, entendía que la modernización organizativa del Sistema Nacional de Salud exigía racionalizar los programas de gasto sanitario público, adoptar *modos organizativos y sistemas de pago sanitario público, que fomentaran la eficiencia* y la responsabilidad sobre actuaciones y resultados, y procurar *altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados*.

5. Por último, en cuanto a la coordinación territorial, la Subcomisión se pronunciaba sobre la necesidad de *completar la descentralización sanitaria para, una vez culminado el proceso de transferencias, redefinir la función de coordinación que corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo*. En un escenario de plena descentralización, la dirección del Sistema Nacional de Salud habría de desarrollarse fundamentalmente en la búsqueda del *consenso y la participación de las Comunidades Autónomas*. Éstas, a su vez, habían de contribuir al mantenimiento de *la identidad común del sistema*, de acuerdo con los principios de lealtad institucional y cooperación recíproca. Con ese objetivo, *el Ministerio deberá potenciar el desarrollo de sus funciones de coordinación principalmente a través del Consejo Interterritorial, y ello más por la vía de generación de valor como unidad central y arbitral del sistema, que a través del ejercicio unilateral de su posición jerárquica* o de sus competencias privativas, a cuyo fin sería imprescindible revisar la configuración normativa del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

1.3. Las líneas para el ajuste del Sistema Nacional de Salud

Hay que destacar la *similitud de las recomendaciones* de ambos informes —el Informe Abril de 1991 y el de la Subcomisión Parlamentaria para la consolidación y modernización del Sistema Nacional de Salud de 1997—, y ello, pese a los diferentes motivos que dieron lugar a su respectiva elaboración, y los

distintos criterios para su composición. Mientras la Comisión Abril, aprobada por el Pleno del Parlamento en enero de 1990, estaba constituida por expertos, la Subcomisión de 1997 estaba formada por Diputados de todos los grupos parlamentarios en proporción a su representación en el Congreso de los Diputados. A título de ejemplo, también en 1997 se vuelve a insistir en la necesidad de *transformar la gestión de los centros sanitarios en una gestión empresarial* recomendando la utilización de las diversas fórmulas jurídicas factibles en el ordenamiento jurídico español (reformado al efecto por la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud) y los dos informes se reafirman en la necesidad de *culminar el proceso de descentralización sanitaria y reforzar el papel del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, ordenar “mediante ley” las prestaciones sanitarias*, y separar las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios.

Por lo demás, la aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados el 17 de diciembre de 1997 del segundo Informe, con más propiedad, del “Acuerdo de la Comisión relativo al informe de la Subcomisión de Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud¹³”, aunque no se viera seguida de las reformas que el mismo proponía, sí que informó las actuaciones producidas con posterioridad en el ámbito del Sistema Nacional de Salud. Entre ellas, y como fundamental, la culminación del proceso de descentralización sanitaria a todas las Comunidades Autónomas y la reforma del sistema de financiación sanitaria, en diciembre de 2001, dos extremos que van a determinar un cambio fundamental en la configuración efectiva del Sistema Nacional de Salud realizada hasta el momento.

2.- El Sistema Nacional de Salud en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003

Como decíamos, la Ley General de Sanidad de 1986 anunciaba que una vez terminado el proceso de

¹³ Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. 18 de diciembre de 1997, núm.128, págs. 6753-6768.

traspaso de la asistencia sanitaria a todas las Comunidades Autónomas, la Administración del Estado sería la encargada de la dirección y coordinación general del Sistema Nacional de Salud, a través de las competencias exclusivas que constitucionalmente tiene reservadas: sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad, legislación sobre productos farmacéuticos y legislación básica de la Seguridad Social. A lo que debe añadirse el ejercicio de la Alta Inspección, no explícito en el texto constitucional, pero contemplado expresamente en todos los Estatutos de Autonomía y en la propia Ley General de Sanidad.

Pues bien, En ese sentido, el comentado proceso culmina con los últimos Reales Decretos de traspasos de servicios, centros y funciones (es decir, los medios materiales y humanos existentes y necesarios para la gestión por las Comunidades Autónomas de la asistencia sanitaria) publicados los días 28 y 29 de diciembre de 2001. Y a partir de ahí, y establecido el nuevo sistema de financiación autonómica por la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, la gestión de la asistencia sanitaria por las Comunidades Autónomas, en principio asumida tan sólo por siete, las denominadas históricas, más Andalucía, Canarias, Comunidad Valenciana y Navarra, está ya en manos de todas ellas.

Ante esta circunstancia se aprueba en mayo de 2003 la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, sin duda con el fin de readaptar el Sistema Nacional de Salud a esta nueva realidad. Porque una vez que la asistencia sanitaria es ya competencia efectiva de todas las Comunidades Autónomas, la realidad del sector sanitario iba a ser bien distinta de la que contempló la Ley General de Sanidad de 1986 (para la que la descentralización general aparecía en gran medida sólo como un horizonte de futuro), y asumiendo consecuentemente la cooperación y la coordinación entre las distintas instancias públicas competentes y el Estado, como garante último de la cohesión en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, un papel fundamental.

Bajo tales principios, que junto a la calidad en la atención sanitaria -convertido en los últimos años en el motor de impulso y cambio del sistema- aparecen

como los ejes fundamentales que inspiran la regulación de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, trata ésta de reordenar el sistema sanitario, readaptándolo a la nueva situación autonómica, es decir, la gestión efectiva por las Comunidades Autónomas de la asistencia sanitaria.

En este contexto cobran especial importancia una serie de medidas organizativas. Así el reconocimiento de mayor protagonismo a determinados órganos que si bien se crearon al amparo de la Ley General de Sanidad, sin embargo, no habían tenido el desarrollo y funcionamiento previstos en aquel momento y necesitaban cobrar mayor fuerza y dinamismo (como el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud), una redefinición de las competencias legales del Estado en el ámbito sanitario, y la creación de nuevos órganos, como el Observatorio del Sistema Nacional de Salud o la Agencia de Calidad Sanitaria, necesarios para alcanzar los objetivos comunes de la Ley: la equidad, la calidad y la participación social en un sistema sanitario armónico y cohesionado.

Hay que advertir en todo caso que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, aunque articula una reforma sanitaria, en ningún momento implica la sustitución de la Ley General de Sanidad, la cual sigue vigente salvo en los preceptos que expresamente aquélla deroga¹⁴. Algo natural, pues la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud no pretende tal sustitución, sino tan sólo regular los aspectos imprescindibles para configurar un Sistema Nacional de Salud cohesionado y de calidad, con todo lo que ello implica.

Por ello, el legislador estatal, siendo consciente del alcance limitado de su legitimidad –dada la competencia normativa de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad tras la completa descentralización sanitaria–, configura como eje central de su iniciativa el establecimiento del marco legal que permita a las Administraciones públicas sanitarias,

¹⁴ Según la Disposición Derogatoria Primera de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, los únicos preceptos de la Ley General de Sanidad que quedan derogados son el artículo 43, que regula la Alta Inspección, y el artículo 47, que regula el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

llevar a cabo acciones de coordinación y cooperación en el ejercicio de sus respectivas competencias, a fin de asegurar a los ciudadanos su derecho a la protección de la salud con el objetivo de salvaguardar la equidad, la calidad, la participación social en el Sistema Nacional de Salud y, finalmente, la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud, objetivos que constituyen los fines de la Ley.

En definitiva, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003 culmina el marco jurídico diseñado en su momento por la Ley General de Sanidad de 1986, una vez que todos los sistemas públicos de cobertura sanitaria –descentralizados ya por Comunidades Autónomas– han de quedar, desde esa realidad ya efectiva, integrados en el Sistema Nacional de Salud. A partir de ese momento, el Sistema Nacional de Salud es –debe ser–, no un sistema a construir progresivamente, como lo concibió la Ley General de Sanidad, sino una realidad efectiva. Procedemos, pues, a analizarlo tal y como hoy se presenta.

III. El Sistema Nacional de Salud como sistema integrado: sus distintas dimensiones

La Constitución impone ciertos parámetros de contenido organizativo que deben tener en cuenta los poderes públicos competentes a la hora de vertebrar el servicio sanitario, con el fin de conformar la entera sanidad pública –no obstante, la descentralización sanitaria exigida por la CE– como un verdadero sistema, esto es, una organización sanitaria de ámbito nacional, configurada bajo criterios de unidad, armonía, coherencia y coordinación.

Fue lo pretendido por la Ley General de Sanidad de 1986 con la organización del servicio público sanitario a través del Sistema Nacional de Salud, identificado con “el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración General del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, en los términos de la presente Ley”¹⁵.

No se trata, sin embargo, de la mera suma del conjunto de todos los Servicios de Salud de una y otras Administraciones, sino de un auténtico sistema que bien podemos deducir de la necesaria integración de los diversos elementos del mismo en sus dimensiones principales.

1.- Integración de estructuras y servicios públicos de salud

Esa integración se manifiesta, en primer lugar, en lo que respecta a las estructuras sanitarias públicas, pues el Sistema Nacional de Salud está integrado por “todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud” (art. 44.1 de la Ley General de Sanidad) y en él, “como dispositivo único” se integran “todos los recursos sanitarios públicos” (art. 46 c) de la Ley General de Sanidad).

Con la integración de las estructuras y servicios públicos sanitarios pretende la Ley General de Sanidad de 1986 superar la desarticulación sanitaria hasta ese momento característica en nuestro país, y frente a la que la propia Ley adopta las oportunas cautelas. Así, cuando establece que “las Administraciones territoriales intracomunitarias no podrán crear o establecer nuevos centros o servicios sanitarios, sino de acuerdo con los planes de salud de cada Comunidad Autónoma y previa autorización de la misma” (art. 51.3), algo que la Ley General de Sanidad subraya a mayor abundamiento en su artículo 52.2: “La ordenación territorial de los servicios será competencia de las Comunidades Autónomas y se basará en la aplicación de un concepto integrado de la atención a la salud”.

Pero este dato nos pone sobre aviso sobre el alcance de esa integración de los servicios (es la correspondiente Comunidad Autónoma la que debe mantener esa integración a efectos de la gestión de los servicios) y sobre la consecuencia fundamental de ese hecho. Como señala MUÑOZ MACHADO¹⁶, “la integración de servicios se produce verdaderamente en el nivel territorial de la Comunidad Autónoma” y “el Sistema Nacional de Salud es un simple agregado de servicios integrados, organizados y diri-

¹⁵ Artículo 44.2 de la Ley General de Sanidad.

¹⁶ *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial, 1995.

gidos bajo la dependencia estricta de cada una de las Comunidades Autónomas constituidas”¹⁷.

En efecto, no obstante la idea unitaria e integradora a nivel de todo el Estado a la que en principio responde la organización del Sistema Nacional de Salud según la Ley General de Sanidad, la efectiva integración de las redes sanitarias públicas no se produce a nivel global estatal –opción ésta que podría resultar incompatible con la autonomía y las competencias sanitarias de las Comunidades Autónomas reconocidas por el bloque de la constitucionalidad-, sino a nivel territorial de éstas, las cuales deben constituir sus propios Servicios de Salud como organizaciones sanitarias integradas, tal y como establecen los artículos 49 y 50 de la Ley General de Sanidad. Esto conlleva que esa integración de los servicios y de los establecimientos públicos de salud deba producirse bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas, en suma, impidiendo así toda organización unitaria jurídicamente articulada en términos convencionales, en concreto, con una personificación jurídica pública a nivel de todo el Estado en la que se integrara el conjunto de las instituciones sanitarias públicas¹⁸.

La contrapartida –desde luego muy relevante ante esa circunstancia, claro está, no puede ser otra que el reconocimiento al Estado –en garantía de la mínima unidad y uniformidad de los servicios sanitarios, y de la igualdad esencial de todos los ciudadanos en el disfrute del derecho a la protección de la salud- de poderes normativos básicos y de la correspondiente coordinación y planificación sanitaria como instrumentos de reconducción a la unidad del sistema sanitario a nivel de todo el conjunto estatal. La Exposición de Motivos de la Ley General de Sanidad no puede ser más descriptiva al respecto: “Los servicios sanitarios se concentran, pues, bajo la res-

ponsabilidad de las Comunidades Autónomas y bajo los poderes de dirección, en lo básico, y la coordinación del Estado”.

Por lo demás, la garantía de la posición de las Comunidades Autónomas en la conformación de esa planificación y coordinación sanitaria se canaliza a través de la presencia y participación de aquéllas en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, órgano colegiado sectorial con competencias en el ámbito de la coordinación y planificación de la sanidad¹⁹, al que en su momento pasaremos revista.

2.- Integración de las funciones y actividades

La segunda dimensión en que esa integración tiene –o se pretende tenga- lugar es la de las funciones y actividades, algo que la Ley General de Sanidad proclama con nitidez: “El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud” (art. 45). Y que reafirma al predicar del Sistema Nacional de Salud “la organización adecuada para prestar una atención integral a la salud, comprensiva tanto de la promoción de la salud y prevención de la enfermedad como de la curación y rehabilitación” (art. 46).

La integración de las funciones y actividades proclamada por la Ley General de Sanidad no halla, sin embargo, determinantes expresos de orden jurídico positivo, sino que más bien encuentra su fundamento –en gran medida “lege ferenda”- en algunos componentes básicos del Sistema Nacional de Salud establecidos por la Ley General de Sanidad y luego por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, como los que siguen:

1) *La extensión de la cobertura sanitaria pública a toda la población.* El artículo 3.2 de la Ley General de Sanidad establece que “la asistencia sanitaria pública se extenderá a toda la población española”, y el artículo 2 de la Ley de Cohesión y Calidad

¹⁷ Para esa afirmación el autor se apoya en el artículo 50.1 de la Ley General de Sanidad que establece que “en cada Comunidades Autónomas se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones Ayuntamientos y cualesquiera otras administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado (...) bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma”.

¹⁸ NAVARRO MUNUERA, A. “Régimen jurídico de los servicios públicos: el servicio sanitario”. Cuadernos de Derecho Judicial (C.G.P.J.), Madrid, 1997.

¹⁹ Artículos 70 y ss. de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, pues ésta deroga expresamente el artículo 47 de la Ley General de Sanidad.

del Sistema Nacional de Salud recoge como principio inspirador del sistema sanitario público “el aseguramiento universal y público por parte del Estado”. Por tanto, se consagra la universalización de los servicios sanitarios para todos los ciudadanos en condiciones de igualdad, con independencia de las circunstancias personales o sociales.

2) *La equidad en el acceso a las prestaciones sanitarias*. El artículo 3.2 de la Ley General de Sanidad también establece que “el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva”. En el mismo sentido, el artículo 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud establece “la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y de calidad”. Se trata de hacer accesibles los recursos sanitarios, de forma que no se produzcan discriminaciones (ni siquiera, hay que subrayarlo, por razones geográficas).

3) *Financiación pública*. El sistema sanitario público se financia en su mayor parte a través de los ingresos del Estado, a partir de la modificación del sistema de financiación de la asistencia sanitaria introducida en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1989, lo que queda definitivamente reconocido como principio general en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que reconduce la financiación pública del Sistema Nacional de Salud al vigente sistema de financiación autonómica (art. 2). Así, se asegura el derecho de todos a la protección de la salud²⁰.

4) *La coordinación y, en su caso la integración de todos los recursos sanitarios públicos en un dispositivo único*²¹, para asegurar un sistema coherente, armónico y eficaz, sistema que, a su vez, se refuerza con la *coordinación y la cooperación de las Administraciones públicas sanitarias* para la superación de las desigualdades en salud (art. 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

5) *La prestación de una atención integral a la salud*, comprensiva tanto de su promoción como de la prevención de enfermedades, de la asistencia y de la rehabilitación, procurando un alto nivel de calidad (art. 18 y 46 e) de la Ley General de Sanidad, y art. 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

6) *La igualdad de oportunidades y la libre circulación de los profesionales* en el conjunto del Sistema Nacional de Salud (art. 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

7) *La colaboración entre los servicios sanitarios públicos y privados* en la prestación de servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud (art. 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

8) *La colaboración de las oficinas de farmacia con el Sistema Nacional de Salud* en el desempeño de la prestación farmacéutica (art. 2 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud).

3.- Integración de las prestaciones sanitarias y su garantía

La Ley General de Sanidad de 1986, al crear el Sistema Nacional de Salud como sistema único y a la vez descentralizado, basado en la universalidad y en una concepción integral de la sanidad, consagra – comparada con la regulación precedente – una concepción radicalmente distinta del sistema sanitario público, y por tanto, de la asistencia sanitaria, pues, las prestaciones sanitarias quedan integradas en el Sistema Nacional de Salud. La Ley proclama, en efecto, que “todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud” y que “el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud”²².

No obstante, a pesar de estas afirmaciones, la Ley General de Sanidad no delimita el ámbito pres-

²⁰ Tal y como se recoge en la Ley General de Sanidad, pues en su artículo 1 establece: “La presente Ley tiene por objeto la regulación de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en los artículos 43 y concordantes de la Constitución”.

²¹ Artículo 46 c) de la Ley General de Sanidad.

²² Artículos 44 y 45 de la Ley General de Sanidad.

tacional del Sistema Nacional de Salud. Únicamente recoge, como principio básico, que el acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva²³ y pospone para un momento posterior la elaboración de un Catálogo de Prestaciones²⁴, regulación ésta que no se producirá hasta 1995, cuando a través del Real Decreto 63/1995, de 20 enero, se aprueba la ordenación de las prestaciones sanitarias. Hasta esa fecha continuaría funcionando el sistema prestacional de la Seguridad Social.

Fue el Real Decreto 63/1995, de 20 enero, de Ordenación de las Prestaciones Sanitarias el que, como decíamos, delimitó el catálogo de prestaciones sanitarias a las que tienen derecho los usuarios del Sistema Nacional de Salud. En concreto, se definen como prestaciones sanitarias: a) Atención primaria; b) Atención especializada; c) Prestaciones farmacéuticas; d) Prestaciones complementarias (que son aquéllas que suponen un elemento adicional y necesario para la consecución de una asistencia sanitaria completa y adecuada. Así, se consideran prestaciones complementarias la ortoprotésica, el transporte sanitario, la dietoterapia y la oxigenoterapia a domicilio); y e) Servicios de información y documentación sanitaria. Este catálogo de prestaciones sanitarias, a pesar de sus carencias y limitaciones, funcionó hasta la asunción de las competencias de gestión de la asistencia sanitaria por todas las Comunidades Autónomas y la implantación del nuevo modelo de financiación autonómica, momento éste en el que se produce una nueva reordenación de las prestaciones sanitarias en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003.

En efecto, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud va a regular las prestaciones sanitarias apoyándose en dos instituciones fundamentales: el Catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud y la Cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. A tal fin, define²⁵ el Catálogo de Prestaciones como el conjunto de servicios preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitado-

res y de promoción de la salud dirigidos a los ciudadanos que garanticen las condiciones básicas y comunes para una atención integral, continuada y en el nivel adecuado de atención. El Catálogo comprende las prestaciones de salud pública, atención primaria, atención especializada, atención sociosanitaria, atención de urgencias, prestación farmacéutica, la ortoprotésica, de productos dietéticos y de transporte sanitario.

A su vez, estas prestaciones se hacen efectivas a través de un conjunto de técnicas, tecnologías y procedimientos que integran la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud, la cual será acordada en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, y aprobada por Real Decreto. Su actualización se aprobará por Orden del Ministro de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Cada Comunidad Autónoma, por su parte, podrá aprobar su propia cartera de servicios, que incluirá, como mínimo, la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud²⁶.

Esta nueva ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud realizada por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud amplía a nivel legal el ámbito prestacional comparado con lo previsto por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de ordenación de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. No obstante, debemos destacar que, en tanto no se apruebe el Real Decreto que desarrolle la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud –algo que hasta el momento no ha tenido lugar²⁷– esa nueva ordenación de las prestaciones sanitarias no puede ser efectiva, por lo que hasta ese momento continuará vigente la concreta ordenación prestacional establecida por el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero²⁸.

²⁶ Artículo 20 Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

²⁷ En el momento de presentar este trabajo de investigación el proyecto de Real Decreto regulador de la Cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud se encuentra sometido al dictamen del Consejo de Estado.

²⁸ Pues así se dispone en la Disposición transitoria única de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

²³ Artículo 3.2 Ley General de Sanidad.

²⁴ Artículo 40.9 Ley General de Sanidad.

²⁵ Artículo 7 Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

Por lo demás, el sistema de prestaciones sanitarias previsto por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud queda garantizado mediante el establecimiento por ésta de unas garantías legales cuya finalidad es, justamente, su materialización efectiva. Estas garantías de las prestaciones sanitarias son:

a) Garantía de accesibilidad. Todos los usuarios del Sistema Nacional de Salud tienen acceso a las prestaciones sanitarias reconocidas en la Ley en condiciones de igualdad efectiva.

b) Garantías de movilidad. El acceso a las prestaciones sanitarias se garantiza con independencia del lugar del territorio nacional en el que se encuentren en cada momento los usuarios del Sistema Nacional de Salud, atendiendo especialmente a las singularidades de los territorios insulares. Asimismo, se garantiza a todos los usuarios el acceso a aquellos servicios que sean considerados como servicios de referencia.

c) Garantías de tiempo. El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud debe acordar – articulándose mediante Real Decreto– los criterios marco para garantizar un tiempo máximo de acceso a las prestaciones del Sistema Nacional de Salud. Las Comunidades Autónomas tienen que definir los tiempos máximos de acceso a su cartera de servicios dentro de dicho marco. Se exceptúan de esta garantía las intervenciones quirúrgicas de trasplantes de órganos y tejidos, cuya realización depende de la disponibilidad de órganos, así como la atención sanitaria ante situaciones de catástrofe.

d) Garantías de información. Los servicios de salud informarán a los ciudadanos de sus derechos y deberes, de las prestaciones y de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, de los requisitos necesarios para el acceso a éstos y de los restantes derechos recogidos en la Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (Ley 41/2002, de 14 de noviembre), así como de los derechos y obligaciones establecidos en las correspondientes normas autonómicas, en su caso.

e) Garantías de seguridad²⁹. Esta garantía se articula de manera diferente según se trate, bien de la aplicación de técnicas, tecnologías o procedimientos sanitarios, bien de la apertura y puesta en funcionamiento de nuevos centros, servicios y establecimientos sanitarios. Cuando se trate de técnicas, tecnologías o procedimientos para cuya correcta utilización sea conveniente concentrar los casos a tratar, se designarán servicios de referencia; mientras que, si no existe suficiente información para determinar la seguridad de aquéllas, el Ministerio de Sanidad y Consumo acordará, en su caso, con las Comunidades Autónomas el uso tutelado de las técnicas, tecnologías o procedimientos aplicables³⁰. En cambio, las garantías . Dichos requisitos mínimos van dirigidos a garantizar que el centro, establecimiento o servicio sanitario cuenta con los medios necesarios para desarrollar las actividades a las que va destinado y pueden ser, además, complementados por las Comunidades Autónomas. mínimas de seguridad y calidad que se deben exigir para la regulación y autorización por parte de las Comunidades Autónomas de la apertura y puesta en funcionamiento en su respectivo ámbito territorial de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, se determinarán, con carácter básico, por Real Decreto³¹

²⁹ Las garantías de seguridad y de calidad y servicios de referencia son 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.

³⁰ Según prevé el artículo 22 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud la autorización del uso tutelado de determinadas técnicas, tecnologías o procedimientos tendrá como finalidad establecer el grado de seguridad, eficacia, efectividad o eficiencia de las mismas antes de decidir sobre la conveniencia o necesidad de su inclusión efectiva en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. Se realizará con arreglo a un diseño de investigación, por períodos de tiempos limitados, en centros expresamente autorizados para ello 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. En todo caso, será imprescindible contar con el consentimiento informado de los pacientes a los que se vaya a aplicar dichas técnicas, tecnologías o procedimientos. La financiación del uso tutelado corre a cargo del Fondo de cohesión sanitaria al que se refiere el artículo 4 de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de conformidad con las normas por la que se rige dicho fondo.

³¹ En concreto, el RD 1277/2003, de 10 de octubre, por el que se establecen las bases generales sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios.

f) Garantías de calidad y servicios de referencia. Las Comunidades Autónomas deben garantizar la calidad de las prestaciones, para cuya verificación pueden realizar, incluso, auditorias periódicas independientes. Igualmente, deben adecuar su organización para facilitar la libre elección de facultativo y una segunda opinión médica –previsión ésta que queda sometida a desarrollo reglamentario- y han de abordar actuaciones para la humanización de la asistencia y para la mejora de la accesibilidad administrativa y de su confortabilidad. En este sentido, se propugna que los hospitales del Sistema Nacional de Salud incorporen de forma progresiva habitaciones de uso individual. Por otra parte, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud debe acordar la designación de los servicios de referencia, el número necesarios de éstos y su ubicación estratégica dentro del Sistema Nacional de Salud, con un enfoque de planificación de conjunto, para la atención de aquéllas 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.

4.- Integración de la información sanitaria

La integración de la información sanitaria se concibe por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud como un elemento esencial para el funcionamiento cohesionado y con garantías de calidad del Sistema Nacional de Salud, y que se instrumenta por la misma a través de una serie de mecanismos: el Sistema de Información sanitaria del Sistema Nacional de Salud, la tarjeta sanitaria individual, la Agencia de Calidad, y el Observatorio del Sistema Nacional de Salud.

4.1 El Sistema de Información Sanitaria y la tarjeta sanitaria individual

El Sistema de Información Sanitaria garantiza la disponibilidad de la información y la comunicación recíprocas entre la Administración sanitaria del Estado y la de las Comunidades Autónomas. Este Sistema contiene, entre otros, datos básicos sobre las prestaciones sanitarias y la cartera de servicios en la atención sanitaria pública y privada, población protegida, recursos humanos y materiales y financiación. El Sistema está a disposición de sus usuarios,

que serán las Administraciones Públicas sanitarias, los gestores y profesionales de la sanidad y los ciudadanos³². Para el funcionamiento de este Sistema se crea el Instituto de Información Sanitaria³³ que se encargará de recabar, elaborar y distribuir la información que responda a las necesidades del Sistema Nacional de Salud, siempre bajo criterios de transparencia y objetividad.

Por otra parte, para facilitar el acceso de los ciudadanos a las prestaciones de la atención sanitaria del Sistema Nacional de Salud, se regula la tarjeta sanitaria individual³⁴, documento administrativo que

³² El objetivo general –según se establece en el artículo 53 de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud- del sistema de información sanitaria del Sistema Nacional de Salud es responder a las necesidades de los siguientes colectivos, con la finalidad indicada en cada caso:

a) Autoridades sanitarias: la información debe favorecer el desarrollo de políticas y la toma de decisiones, dándoles información actualizada y comparativa de la situación y evolución del Sistema Nacional de Salud.

b) Profesionales: la información debe ir dirigida a mejorar sus conocimientos y aptitudes clínicas. Incluirá directorios, resultados de estudios, evaluaciones de medicamentos, productos sanitarios y tecnologías, análisis de buenas prácticas, guías clínicas, recomendaciones y recogida de sugerencias.

c) Ciudadanos: debe contener información sobre sus derechos y deberes y riesgos para la salud, facilitando la toma de decisiones sobre su estilo de vida, prácticas de autocuidado y utilización de los servicios sanitarios y ofrecer la posibilidad de formular sugerencias de los aspectos mencionados.

d) Organizaciones y asociaciones en el ámbito sanitario: debe contener información sobre las asociaciones de pacientes y familiares, de organizaciones no gubernamentales que actúen en el ámbito sanitario y de sociedades científicas, con la finalidad de promover la participación de la sociedad civil en el Sistema Nacional de Salud.

³³ En concreto, su creación se efectúa en el Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, derogado por el Real Decreto 1555/2004, de 25 de junio, por el que se regula la estructura actual de dicho Ministerio. En éste último, además de especificar sus funciones, se configura el Instituto de Información Sanitaria como una Subdirección General que depende de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud.

³⁴ Su desarrollo reglamentario se ha llevado a cabo a través del RD 183/2004, de 30 de enero. En él se regula la emisión y validez de la tarjeta sanitaria individual, los datos básicos comunes que de forma normalizada deberán incorporar, el código de identificación personal del Sistema Nacional de Salud y la base de datos de población protegida de dicho sistema. La emisión de la misma corresponde a las Administraciones sanitarias autonómicas y al Instituto Nacional de Gestión Sanitaria para las personas residentes en su ámbito territorial que tenga acreditado el derecho a la asistencia sanitaria pública. El proceso de sustitución de las tarjetas actualmente existentes se inició en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto, sin embargo, la sustitución, una vez iniciado el proceso, se producirá a medida que las tarjetas vayan caducando, o cuando por cualquier motivo vayan a renovarse.

Por otro lado, el sistema de base de datos de población protegida del Sistema Nacional de Salud se concibe con cierto carácter integrador, de

acredita determinados datos de su titular, que, sin perjuicio de su gestión por las Comunidades Autónomas, incluirá, de manera normalizada, los datos básicos de identificación del titular, su derecho a las prestaciones y entidad responsable de la asistencia sanitaria.

Los dispositivos que incorporen las tarjetas para almacenar la información básica y las aplicaciones que la traten deben permitir que la lectura y comprobación de los datos sea técnicamente posible en todo el territorio del Estado y para todas las Administraciones públicas. Para ello, el Ministerio de Sanidad y Consumo, en colaboración con las Comunidades Autónomas y demás Administraciones públicas competentes, debe establecer los requisitos y estándares necesarios. Además, conforme se vaya disponiendo de sistemas electrónicos de tratamiento de la información clínica, la tarjeta sanitaria individual debe posibilitar el acceso a dicha información de los profesionales debidamente autorizados, con la finalidad de colaborar en la mejora de la calidad y en la continuidad asistencial. En cualquier caso, las tarjetas sanitarias individuales se deben adaptar a la normalización que se pueda establecer para el conjunto de las Administraciones públicas y en el seno de la Unión Europea³⁵.

4.2 La Agencia de Calidad y el Observatorio del Sistema Nacional de Salud. Al servicio del objetivo de mejora de la calidad del sistema sanitario en su conjunto –criterio latente a lo largo de todo el articulado de la Ley de Cohesión y Calidad en el Sistema Nacional de Salud, pero al que se dedica especí-

ahí que se regule como un sistema de intercambio de información sanitaria sobre la población protegida entre las Administraciones sanitarias, en el que se incluyen todos aquellos colectivos cuya cobertura sanitaria se financia públicamente y que están incluidos en regímenes especiales a través del mutualismo administrativo, si bien, su incorporación a dicho sistema se establece en un plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto. Con ello se logrará la correcta ordenación de las situaciones y se colocará a todos los asegurados en pie de igualdad respecto a las utilidades que proporciona el sistema de intercambio de información sobre población protegida en el Sistema Nacional de Salud.

³⁵ En este sentido, la única ordenación europea existente hasta el momento es la Decisión 189/2003/CE, de 18 de junio de 2003, dirigida a sustituir por una tarjeta sanitaria europea los formularios necesarios para la aplicación de los Reglamentos (CEE) nº 1408/71 y (CEE) nº 574/72 del Consejo en lo que respecta al acceso a la asistencia sanitaria durante una estancia temporal en un Estado miembro distinto del Estado competente o de residencia (DOCE L 276 de 27. 10. 2003).

ficamente el capítulo VI-, regula ésta la creación de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y del Observatorio del Sistema Nacional de Salud. La Agencia de Calidad³⁶ es la encargada de elaborar los elementos de la infraestructura de calidad en el Sistema Nacional de Salud, es decir, normas de calidad y seguridad³⁷, indicadores³⁸, guías de práctica clínica³⁹, registros de buenas prácticas⁴⁰ y de acontecimientos adversos⁴¹, con el asesoramiento de sociedades científicas y expertos del sector, sin perjuicio de las actuaciones que pudieran llevar a cabo las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias. Además, podrá promover convenios con instituciones científicas para elaborar o gestionar los elementos de dicha infraestructura de calidad.

En definitiva, la labor fundamental de la Agencia de Calidad es la gestión de la calidad. Para ello, debe hacer frente a necesidades comunes tanto de información como de formación e investigación en las siguientes áreas de actuación:

a) El sistema sanitario, con múltiples actores y localizaciones, requiere contar con indicadores, estándares, normas y criterios consensuados y valida-

³⁶ Creada por el RD 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, derogado por el RD 1555/2004, de 25 de junio, que establece la estructura actual del Departamento de Sanidad. En éste queda configurada con el nivel orgánico de Dirección General y se le asignan como principales funciones: la elaboración del informe anual sobre el estado del Sistema Nacional de Salud y la realización de estudios comparativos de los servicios de salud de las comunidades autónomas en el ámbito de la organización, la provisión de los servicios, la gestión sanitaria y los resultados; difundir estudios sobre los servicios de salud del Sistema Nacional de Salud, así como la recopilación de información sobre reformas sanitarias en países europeos.

³⁷ Las normas de calidad y seguridad son las que contendrán los requerimientos que deben guiar los centros y servicios sanitarios para poder realizar una actividad sanitaria de forma segura (art. 59.1.a)).

³⁸ Los indicadores son elementos estadísticos que permitirán comparar la calidad de diversos centros y servicios sanitarios de forma homologada, ajustada al riesgo y fiable (art. 59.1. b)).

³⁹ Las guías de práctica clínica y de práctica asistencial son descripciones de los procesos por los cuales se diagnostica, trata o cuida un problema de salud (art. 59.1. c)).

⁴⁰ El registro de buenas prácticas recogerá información sobre aquellas prácticas que ofrezcan una innovación o una forma de prestar un servicio mejor a la actual (art. 59.1. d)).

⁴¹ El registro de acontecimientos adversos recogerá información sobre aquellas prácticas que hayan resultado un problema potencial de seguridad para el paciente (art. 59.1. e)).

dos científicamente. La Agencia promoverá la utilización de normas, indicadores y estándares de calidad en el sector sanitario, para su aplicación en las diferentes organizaciones, centros y servicios sanitarios, tanto públicos como privados.

b) La Agencia debe apoyar la gestión clínica. El desarrollo continuo de la calidad y la medicina basada en la evidencia, contribuyen a la utilización más efectiva de las intervenciones diagnósticas y curativas, así como a la reducción de los gastos innecesarios en relación con los procedimientos y los productos farmacéuticos. Por ello, fomentará la utilización de guías clínicas y de cuidados, el registro de buenas prácticas y el registro de acontecimientos adversos. Además, aportará información y herramientas metodológicas a los profesionales sanitarios, para facilitarles las capacidades necesarias para servir de agentes activos en este proceso, y proporcionarles los medios para evaluar la calidad y los resultados de su trabajo clínico, y facilitará información y herramientas metodológicas para la gestión de la calidad en las organizaciones sanitarias y extenderá esta información en formatos útiles y entendibles que faciliten la toma de decisiones a niveles clínicos, de gestión y de autoridades sanitarias.

c) La Agencia de Calidad fomentará la evaluación externa y periódica de la calidad y la seguridad de los centros y servicios sanitarios mediante estrategias de apoyo, facilitación e incentivación a los profesionales y organizaciones sanitarias. Los sistemas de evaluación sanitaria estatales y autonómicos constituyen un requisito previo para el desarrollo y seguimiento de políticas sanitarias efectivas, eficientes y equitativas. La evaluación determinará si se han alcanzado los objetivos previstos, y cuáles son las cuestiones que requieren una atención adicional.

d) La Agencia apoyará al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud en la elaboración del Plan de Calidad del Sistema Nacional de Salud, que coordine y promueva la comunicación y gestión de la calidad. Este Plan contendrá las recomendaciones de calidad prioritarios para el período correspondiente.

El Observatorio del Sistema Nacional de Salud⁴², por su parte, es el órgano encargado de proporcionar un análisis permanente del Sistema Nacional de Salud en su conjunto, mediante estudios comparados de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la organización, provisión de los servicios, gestión sanitaria y resultados. Para ello, deberá realizar anualmente un informe sobre el estado del Sistema Nacional de Salud⁴³.

En un sistema sanitario como el nuestro, caracterizado por la descentralización sanitaria, resulta fundamental disponer de un instrumento que facilite la comunicación y el intercambio de conocimientos entre políticos, profesionales, académicos y ciudadanos. En este sentido, el Observatorio pretende, por un lado, contribuir a la difusión de las buenas prácticas de política sanitaria, de tal modo que se facilite a cada Comunidad Autónoma la posibilidad de adoptar experiencias iniciadas o puestas en práctica en otros territorios y, por otro lado, advertir de los riesgos que dichas reformas entrañan, reduciendo la posibilidad de incurrir en costes evitables. La diversidad natural que implica la existencia de un Estado descentralizado multiplica la aparición de innovaciones que deben ser objeto de análisis y posteriormente difundidas al conjunto del Sistema Nacional de Salud.

5.- La integración de la acción y las políticas públicas

5.1. La coordinación: El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud

La coordinación general sanitaria queda consagrada en el art. 149.1.16ª CE como una competencia exclusiva del Estado. Por ello, la Ley General de Sanidad establece que la coordinación general sanitaria incluirá (art. 70.2): a) el establecimiento con carácter general de índices o criterios mínimos básicos

⁴² Se creó por Real Decreto 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura orgánica del Ministerio de Sanidad y Consumo, derogado por el Real Decreto 1555/2004, de 25 de junio, por el que se establece la estructura actual del Ministerio de Sanidad y Consumo. En éste se configura como una Subdirección General que depende de la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud.

⁴³ Desde su creación podemos destacar la elaboración del Informe de Situación de Salud Mental, publicado el 11 de noviembre de 2003 en la página web del Ministerio de Sanidad y Consumo (www.msc.es).

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

Para cumplir esta función estatal, la Ley General de Sanidad impone al Estado la aprobación de los criterios generales de coordinación que deben ser tenidos en cuenta por las Comunidades Autónomas en la formulación de sus Planes de salud y de sus presupuestos anuales (art. 70.4). Asimismo, para la mayor eficacia y rentabilidad de los servicios sanitarios, el Estado y las Comunidades Autónomas podrán constituir comisiones y comités técnicos, celebrar convenios y elaborar programas en común (art. 48).

La coordinación de todos los servicios sanitarios públicos, por su parte, se configura en la Ley General de Sanidad como característica fundamental del Sistema Nacional de Salud (art. 46.c)). Para el desempeño de esta función la Ley creó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (artículo 47), órgano permanente de comunicación e información de los distintos Servicios de Salud, entre ellos y con la Administración estatal, al que atribuyó, esencialmente, la función de coordinar, entre otros aspectos, las líneas básicas de la política de adquisiciones, contrataciones de productos farmacéuticos, sanitarios y otros bienes y servicios, y la política de personal, además de diversas funciones en materia de planificación.

Este órgano, integrado por un representante de cada una de las Comunidades Autónomas y por igual número de miembros de la Administración del Estado, y presidido por el Ministro de Sanidad y Consumo, funcionaba en Pleno y en Comisiones, Ponencias y Grupos de Trabajo. Además, vinculado al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Sa-

lud, la Ley General de Sanidad creó un Comité Consultivo integrado por el mismo número de representantes de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas y por los de aquellas asociaciones de consumidores y usuarios que al objeto propusiera el Consejo de Consumidores y Usuarios y, paritariamente con todos los anteriores, por representantes de las Administraciones Públicas presentes en el Consejo Interterritorial y designados por éste.

No obstante, aunque la Ley General de Sanidad de 1986 recogía la coordinación y la cooperación como funciones imprescindibles en un Sistema Nacional de Salud descentralizado y armónico, y preveía mecanismos de carácter general a tal fin –como el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, los convenios interadministrativos, los Planes de Salud y los criterios generales de coordinación–, lo cierto es que los objetivos de integración que tales mecanismos perseguían no se consiguieron de una manera adecuada. Por razones diversas. En primer lugar, la composición y funcionamiento del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud previstos por dicha Ley impedía que se convirtiera en el órgano fundamental del Sistema y encargado

Por otra parte, los criterios generales de coordinación no han sido aprobados por el Estado en el sentido establecido por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de su vertebración funcional⁴⁴ que equipara la coordinación con las bases en cuanto a su formalización, por lo que la existencia y exigibilidad de esos criterios precisaría su aprobación por órgano competente y su ulterior publicación en diario oficial, algo que sigue sin producirse. Por lo demás, tampoco se ha producido la aprobación del Plan Integral de Salud, previsto como el conjunto de Planes

⁴⁴ De ahí, el interés que sobre este órgano ha mostrado la doctrina. Por ejemplo, SALA ARQUER, J.M. y VILLAR ROJAS, F. “Análisis de la cooperación en un sector determinado: la sanidad pública”. *Revista de Derecho y Salud*, Vol. 10, Núm. 1, Enero-Junio, 2002; TORNOS MÁZ, J. “El Sistema de Seguridad Social versus Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Derecho y Salud*, volumen 10, núm. 1, 2002, y BELTRÁN AGUIRRE, J.L. “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación Interterritorial: fundamentos del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Derecho y Salud*, volumen 10, núm. 2, 2002, y “Anotaciones a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud”, *Revista de Derecho y Salud*, volumen 11, núm. 2, 2003.

⁴⁵ Stc. 32/1983, de 28 de abril, Fj. 2º.

tanto estatales como autonómicos y que, recogiendo los criterios generales de coordinación, sería el máximo instrumento de planificación coordinada entre todas las Administraciones públicas sanitarias.

Por todo ello, buena parte de la cooperación y coordinación a lo largo de los últimos años, más de 16 tras la Ley General de Sanidad, se vino llevando a cabo al margen de dichos mecanismos legales y de una manera en cierto sentido informal. De ahí que, en consecuencia, y de manera acuciante tras la culminación de la descentralización sanitaria en diciembre de 2001, se hiciera imprescindible la búsqueda de un nuevo modelo que garantizara un funcionamiento cohesionado del Estado y las Comunidades Autónomas en materia sanitaria, la modernización del Sistema Nacional de Salud que el entorno exigía, y el disfrute por los ciudadanos de un servicio sanitario público de calidad y en condiciones de igualdad efectiva en el acceso al mismo independientemente del lugar de su residencia.

A esa necesidad intenta responder la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003 (no hay que olvidar que en sus borradores llevaba el título de Ley de “Coordinación Sanitaria”), cierto que con mucha distancia entre la gran virtualidad que a dicha coordinación le otorga su Exposición de Motivos, al recoger la finalidad y los objetivos de la Ley, y las concretas previsiones de su articulado sobre dicha coordinación sanitaria, donde el entusiasmo por parte del legislador resulta mucho menos palpable. En todo caso, y con tal propósito, configura –desde una perspectiva renovada– el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y la Alta Inspección como los ejes sobre los que girará tanto la coordinación como la cooperación de las Administraciones sanitarias públicas, siendo además, en todo caso, la regulación de la coordinación y la cooperación como ejes fundamentales del Sistema Nacional de Salud para garantizar así la existencia de un sistema sanitario público cohesionado y de calidad, el elemento central de la Ley de Cohesión y Calidad.

En este sentido, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud define el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como

órgano permanente de coordinación, cooperación, comunicación e información. Parece con ello haber optado por una configuración funcional de este órgano mucho más ambiciosa que la hasta ahora vigente (el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se definía en la Ley General de Sanidad como órgano tan sólo coordinador entre las Comunidades Autónomas y la Administración General del Estado, y en el proyecto de la propia Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud como órgano sólo de cooperación).

Pues bien, resulta claro que el cambio textual operado por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud en la definición del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud sobre la precedente definición por la Ley General de Sanidad, responde a su voluntad de ajustar el protagonismo del mismo que se pretende, a una definición estricta de los principios de integración funcional concernidos y que ahora específicamente se enumeran como la base de acción de dicho Consejo. Por tanto, con una precisión técnica que supera los equívocos precedentes tanto de la Ley General de Sanidad, que reconducía la acción del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud tan sólo a la coordinación –mal entendida–, como del propio Tribunal Constitucional, incurso en el mismo equívoco⁴⁶.

El protagonismo que ahora se pretende para el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud se reconoce asimismo en la composición de dicho Consejo establecida por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (art. 70), comparada con lo dispuesto en la Ley General de Sanidad. Ahora estará integrado por el Ministro de Sanidad y Consumo, que lo presidirá, los Consejeros competentes en materia de sanidad de las Comunidades Autónomas y un secretario, que será un representante del Ministerio de Sanidad y Consumo, sin

⁴⁶ El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 32/1983, de 28 de abril y 42/1983, de 20 de mayo, establecía que “la coordinación sanitaria general debe ser la fijación de medios y sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica y la acción conjunta de las Administraciones públicas sanitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del Sistema Nacional de Salud”.

perjuicio, de que cuando sea necesario se puedan incorporar representantes del Estado o de las Comunidades Autónomas afectadas.

Por otra parte, y bajo el mismo designio, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003 precisa el elenco de funciones que debe ejercer el Consejo y que, recogidas en su artículo 71, son clasificadas por el legislador en cuatro grupos: a) funciones esenciales en la configuración del Sistema Nacional de Salud; b) funciones de asesoramiento, planificación y evaluación en el Sistema Nacional de Salud; c) funciones de coordinación del Sistema Nacional de Salud; y d) funciones de cooperación entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En todo caso, la densa sistemática y la casuística de la Ley en la ordenación de las funciones del Consejo decae ante el problema de la ubicación de cada una de las competencias del Consejo en uno u otro de tales grupos específicos de funciones (y de los principios funcionales a que respectivamente responden). Lo que, en concreto, suscita el problema de cómo y con qué alcance tiene que funcionar el Consejo en el ejercicio de cada una de sus competencias. Por ejemplo, la aprobación de los planes integrales se encuentra dentro del primer grupo, es decir dentro de las funciones esenciales en la configuración del Sistema Nacional de Salud, y siendo así, ¿el Consejo funcionará a ese respecto como órgano de coordinación, cooperación, comunicación o información?

Esto unido a la ausencia del carácter vinculante de sus decisiones, que no hace otra cosa que restar fuerza al papel del Consejo dentro del Sistema Nacional de Salud, la no publicación de sus actos, la creación por el legislador de una nueva fórmula jurídica de adopción de acuerdos por consenso —que nadie sabe muy bien qué significa—, cuando lo correcto jurídicamente sería un sistema de mayorías o unanimidad, etc., nos lleva a plantearnos seriamente para qué sirve el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, pues tal y como lo ha regulado el legislador, parece que su existencia tiene una importancia relativa, y difícilmente va a servir para conseguir un sistema sanitario público armónico, cohesionado y de calidad. Más bien provoca una situación inversa: el bloqueo del funcionamiento del Consejo por la falta de interés de una parte significativa de la

representación autonómica. Es lo que se está produciendo en las últimas sesiones plenarias del Consejo: el abandono del Pleno por representantes autonómicos, llegándose a celebrar el mismo con tan solo ocho miembros, motivado sólo y exclusivamente por cuestiones políticas⁴⁷

En consecuencia, a nuestro juicio, y bajo la actual configuración del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, su operatividad para la cohesión del Sistema Nacional de Salud es, más que relativa. Sobre esta base pueden quedar justificadas las siguientes consideraciones.

En el contexto de un Sistema Nacional de Salud totalmente descentralizado que sólo reserva al Estado las bases de la sanidad, la coordinación general y la Alta Inspección, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud debería constituirse como el fundamental órgano directivo del Sistema Nacional de Salud, y en consecuencia residir en él la competencia estatal de coordinación sanitaria, dando carácter ejecutivo a sus decisiones y entendiendo la Alta Inspección como órgano que garantice la igualdad de los ciudadanos y la cohesión del Sistema sanitario. Entendemos que ello es no sólo conveniente sino necesario, porque la “coordinación general sanitaria” es una competencia formal, de carácter horizontal y no jerárquica o de supremacía, que, por tanto, es fruto de la voluntad común de todas las Administraciones responsables en la materia⁴⁸.

Sea como fuere, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud debería tener una regulación institucional propia y definida, pues estamos

⁴⁷ Vid. *Revista Diario Médico* de 5 de diciembre de 2003 y de 16 de junio de 2004.

⁴⁸ De hecho, así lo recoge la propia Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud en otros aspectos de su regulación. Por ejemplo, el artículo 65 regula la declaración de actuaciones coordinadas en salud pública y dispone que dicha declaración corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, obligando a todas las partes incluidas en la misma. Así pues, parece que la decisión de actuación coordinada verdaderamente la toma el Consejo Interterritorial, correspondiendo al Ministerio únicamente formalizarla, y que esa decisión del Consejo vincula y obliga a todas las Comunidades Autónomas afectadas por la declaración. Lo mismo sucede en los artículos 25 y 27, si bien en ellos no se trata de acciones de “coordinación general” sino de fijación de normativa básica a efectos de definir un contenido cualitativo mínimo de las prestaciones y servicios sanitarios.

ante un órgano estatal en el que se concreta la función de coordinación general que pertenece al Estado. Esto significa que ha de ejercer funciones propias de coordinación que no podrían atribuirse a una Conferencia Sectorial⁴⁹. Por tanto, debe configurarse como un órgano de ámbito estatal de naturaleza mixta político-administrativa, un órgano estatal, no un órgano de la Administración estatal, por tanto, no adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, ello, obviamente, sin perjuicio de que reciba toda la asistencia técnico-administrativa necesaria de dicho Ministerio, concretamente a través de la Secretaría del Consejo, en el caso de que se incorporara como órgano de cabecera a una eventual personificación jurídico-pública de la organización del Sistema Nacional de Salud. Esta regulación, que debería hacerse mediante Ley “ad hoc”, habría de ser específica y propia, precisando su composición, funciones y alcance de sus acuerdos.

Si esto es así, si atribuimos al Consejo el ejercicio real de las funciones de “coordinación general sanitaria”, los acuerdos deberían adoptarse por mayoría cualificada mediante un sistema de voto ponderado según criterios objetivos aceptados por todos, para finalmente vincular a todas las Administraciones sanitarias y a la Administración General del Estado en el ejercicio de sus competencias normativas, pues no debemos olvidar que el Estado ya no está en una posición superior con respecto a las Comunida-

des Autónomas, sino que es uno más que tiene que autoorganizarse.

En concreto, el alcance de los acuerdos adoptados por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, podría sintetizarse del siguiente modo: En primer lugar, debemos diferenciar aquellas funciones propias de la coordinación general sanitaria, tales como lo relativo al Sistema de información sanitaria; la homogeneidad técnica en determinados ámbitos; las acciones conjuntas o de objetivos mínimos comunes sobre promoción, prevención o restauración de la salud, etc., de aquellas como la consulta, información, asesoramiento, evaluación, etc., que evidentemente quedan fuera del ámbito de la coordinación general sanitaria. Para estas últimas, debería regir un régimen de mayorías para la adopción de los acuerdos. En cambio, cuando se trate del ejercicio de las funciones de coordinación sanitaria, tendríamos que distinguir varios supuestos:

a) Que el acuerdo sea adoptado por unanimidad. En este caso, no debe haber ningún problema para que vincule a todas las partes, y en consecuencia debe publicarse en el Boletín Oficial del Estado y en el Boletín Oficial de las Comunidades Autónomas⁵⁰.

b) Que el acuerdo no alcance la unanimidad. En este supuesto diferenciaríamos si la decisión a tomar versa sobre un asunto de interés común y general que requiere su implantación en todo el territorio nacional o se trata de actuaciones no imprescindibles. En el primer caso, el acuerdo adoptado por mayoría cualificada debe vincular a todas las Comunidades Autónomas sin excepción⁵¹. En cambio, si estamos

⁴⁹ Que es la naturaleza jurídica que parece atribuirse al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. Pues, por ejemplo, la intención de la Ley de Cohesión y Calidad es que siga en gran medida acomodándose al régimen de las Conferencias Sectoriales según se establece para estos órganos multilaterales de cooperación sectorial en el artículo 5 de la LRJ-PAC. Así lo interpreta la propia Dirección General de Cohesión y Alta Inspección del Ministerio de Sanidad y Consumo: “Actualmente, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, reúne unas características similares a las Conferencias Sectoriales, si bien en este caso –como en el del Consejo de Política Fiscal y Financiera y en el del Consejo General de la Ciencia y la Tecnología– hay una Ley estatal que lo regula, en base a la competencia de coordinación sanitaria que ostenta el Estado” (Vid. www.msc.es/consejo/info_general/aspectosgenerales). Además, el Reglamento de Funcionamiento del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, aprobado en la sesión plenaria del 23 de julio de 2003, establece en su artículo 1.2: “En lo no previsto en el presente Reglamento el Consejo se regirá por lo dispuesto, en materia de órganos colegiados por 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”.

⁵⁰ En este supuesto, BELTRÁN AGUIRRE apunta además su formalización con la denominación de Convenio del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y según el ámbito de lo acordado, se debería instrumentalizar cuando sea necesario en norma de rango adecuado, si bien, en la medida en que ha de entenderse que tales acuerdos nunca pueden comprometer a las Cortes Generales, cuando hayan de plasmarse en norma con rango de ley tendrían el valor de propuestas. Y en el ámbito autonómico, el Convenio cumpliría un papel similar a las Directivas europeas. “La igualdad básica, la coordinación y la cooperación interterritorial: fundamentos del Sistema Nacional de Salud”. Revista Derecho y Salud, Vol. 10, núm. 2, julio-diciembre, 2002.

⁵¹ Esto puede provocar reticencias por parte de las Comunidades Autónomas, pero si ellas consideran que las actuaciones sanitarias acordadas por el Consejo no responden realmente a la coordinación general sanitaria, y en consecuencia, supone una vulneración de su autonomía y ámbito competencial, siempre podrán acudir al Tribunal Constitucional mediante un conflicto de competencias.

ante un acuerdo que no afecta al interés general sólo vincularía a las partes firmantes.

Sea como fuere, la cuestión es que el legislador no ha querido o no se ha atrevido –quizás por el grado de descentralización sanitaria alcanzado, no comparable con ningún otro ámbito del sector público-, a otorgar al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud el protagonismo que le corresponde mediante la atribución de la competencia de coordinación general sanitaria. Por tanto, estamos ante un órgano con una operatividad restringida, y que al estar excesivamente politizado, no puede cumplir con la garantía de un Sistema Nacional de Salud, que atienda en condiciones de igualdad material y eficazmente a los ciudadanos.

5.2 La planificación

La Ley General de Sanidad concibe el Sistema Nacional de Salud como una organización asistencial ordenada, entre otros principios, por el de planificación. La función de planificación corresponde, básicamente, a las Comunidades Autónomas y se cierra, a nivel estatal, en el Plan Integrado de Salud.

Las referencias legales a los sistemas y actividades de planificación son muy amplias. Algunas están orientadas al establecimiento de índices o criterios mínimos⁵², pero la mayoría, sin embargo, se dirigen al establecimiento de Planes de salud, bajo distintas modalidades: planes de salud del Estado o de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias, en los que se preverán las inversiones y acciones necesarias a desarrollar anual o plurianualmente y Planes de salud conjuntos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, aunque cuando éstos impliquen a todas las Comunidades Autónomas, se formularán en el seno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud⁵³.

⁵² Así, el artículo 70.2. a): “La coordinación general sanitaria incluirá el establecimiento con carácter general de índices o criterios mínimos básicos y comunes para evaluar las necesidades de personal, centros o servicios sanitarios...”, y el artículo 70 apartados 3 y 4 que establecen que una vez aprobados por el Estado los criterios generales de coordinación sanitaria deberán remitirse a las Comunidades Autónomas, para que sean tenidos en cuenta por éstas en la formulación de sus planes de salud y de sus presupuestos anuales.

⁵³ Artículo 70.1 y 71.1 respectivamente de la Ley General de Sanidad.

Tanto unos (Planes de Salud) como otros (Planes de Salud conjuntos) se integran en el Plan Integrado de Salud que recogerá en un documento único los planes estatales, los planes de las Comunidades Autónomas y los planes conjuntos. El Plan Integrado de Salud es competencia de la Administración General del Estado (Ministerio de Sanidad y Consumo). No obstante, a efectos de su elaboración, las Comunidades Autónomas deben remitir los proyectos de planes aprobados por los organismos competentes de las mismas, para, una vez comprobada la adecuación de los Planes de salud de las Comunidades Autónomas a los criterios generales de coordinación (que previamente debe haber aprobado el Estado), la Administración estatal sanitaria confeccione el Plan integrado de salud, que deberá tener en cuenta también los criterios generales de coordinación. Este Plan se entenderá definitivamente formulado una vez que tenga conocimiento del mismo el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, que podrá hacer las observaciones y recomendaciones que estime pertinentes, si bien corresponde al Gobierno la aprobación definitiva de dicho Plan.

Además, la Ley General de Sanidad recoge la posibilidad de elaborar y aprobar (por el Consejo de Dirección del Área de Salud) Planes de salud de las Áreas de Salud que cuenten con una población entre 200.000 y 250.000 habitantes, siempre, dentro de las normas, directrices y programas generales establecidos por la Comunidad Autónoma respectiva⁵⁴.

Esta actividad planificadora diseñada por la Ley General de Sanidad se ha visto ampliada por la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud. Ésta, en efecto, regula, dentro del capítulo VI de la Ley, dedicado a la Calidad, los Planes de calidad del Sistema Nacional de Salud (art. 61) –sin perjuicio de las competencias autonómicas de planificación sanitaria y de organización de los servicios-, que han de contener los objetivos de calidad para el periodo correspondiente. Los elaboran periódicamente el Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el seno del Consejo Interterritorial del Siste-

⁵⁴ Artículos 58.3.e); 59.3.b) y 60.3) de la Ley General de Sanidad.

ma Nacional de Salud, de cuyo cumplimiento, el Ministerio de Sanidad debe dar cuenta en el Senado, como cámara de representación territorial.

Igualmente, la Ley prevé en su Capítulo VII la elaboración conjunta de Planes integrales de salud (art. 64) por parte del Ministerio de Sanidad y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas –a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y sin perjuicio de las competencias de planificación y organización sanitaria de éstas- en relación con ciertas patologías consideradas como prevalentes, relevantes o que supongan una especial carga sociofamiliar, garantizando una atención sanitaria integral, que comprenda su prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación.

Por lo demás, se regula también, el Plan de cooperación y armonización de actuaciones en el ámbito de la salud pública (art. 66), que, aunque el legislador no lo define expresamente, es un mecanismo de planificación sanitaria para garantizar la cooperación entre las Administraciones autonómicas y locales, y cuya finalidad es promover actividades que complementen las realizadas por dichas Administraciones públicas.

5.3 La participación

La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud articula la participación de los ciudadanos y de los profesionales en el Sistema Nacional de Salud, a través del denominado Consejo de Participación Social del Sistema Nacional de Salud, órgano dependiente del Ministerio de Sanidad y Consumo⁵⁵ y que se configura legalmente como cauce de comunicación permanente entre las Administraciones públicas sanitarias, los profesionales y las sociedades científicas, las organizaciones sindicales y empresariales y los consumidores y usuarios. Su forma de actuación no responde, sin embargo a un

criterio unitario, pues, puede actuar, bien como Comité Consultivo, bien como Foro Abierto o como Foro Virtual.

El Comité Consultivo es el órgano, dependiente del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, mediante el cual se hace efectiva la participación social en el Sistema Nacional de Salud de manera permanente, y se ejerce la participación institucional de las organizaciones sindicales y empresariales (art. 67.2). Sus funciones son informar, asesorar y formular propuestas sobre materias que resulten de especial interés para el funcionamiento del Sistema Nacional de Salud y, en cualquier caso, las siguientes: a) los proyectos normativos que afecten a las prestaciones sanitarias, su financiación y el gasto farmacéutico; b) los planes integrales de salud, cuando sean sometidos a su consulta; c) las disposiciones o acuerdos del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud que afecten directamente a materias relacionadas con los derechos y deberes de los pacientes y usuarios del sistema sanitario; d) los proyectos de disposiciones que afecten a principios básicos de la política del personal del Sistema Nacional de Salud, y e) cuantas otras materias le atribuya el Consejo Interterritorial.

El Comité Consultivo, además, debe recibir los anteproyectos de Ley y los proyectos de disposiciones generales en materia sanitaria elaborados por la Administración General del Estado, así como los informes anuales sobre el estado del Sistema Nacional de Salud, los análisis y estudios que se elaboren sobre las prestaciones sanitarias que se remitan al Consejo Interterritorial, y debe formular, por iniciativa propia o del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, propuestas de cuantas medidas estime oportunas acerca de la política sanitaria.

El Foro Abierto de Salud, por su parte, se debe constituir, con carácter temporal, a convocatoria del Ministro de Sanidad y Consumo, para el estudio, debate y formulación de propuestas sobre temas específicos que en un determinado momento tengan impacto en el Sistema Nacional de Salud. En él pueden participar las organizaciones, consejos, sociedades o asociaciones que en cada momento se determine según la materia a tratar. Por lo demás, el Foro

⁵⁵ Resulta bastante llamativo que ni en el RD 1087/2003, de 29 de agosto, por el que se establece la estructura del Ministerio de Sanidad y Consumo para adecuarla a la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, ni en el RD 1555/2004, de 25 de junio, por el que se establece la estructura actual de dicho Ministerio, no aparezca ninguna referencia al Consejo de Participación Social del Sistema Nacional de Salud, cuando la propia Exposición de Motivos de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud recoge su dependencia a dicho departamento ministerial.

virtual es el instrumento de participación a través de la red informática.

Con independencia de todo ello, es preciso destacar que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud habilita a las Administraciones públicas sanitarias para crear redes que generen y transmitan conocimientos científicos y favorezcan la participación social en las materias de su competencia (art. 68). Se trata, en definitiva, de crear plataformas de difusión de la información, intercambio de experiencias o apoyo a la toma de decisiones a todos los niveles del Sistema Nacional de Salud. De este modo, en relación con la Administración General del Estado, la Ley impone al Ministerio de Sanidad y Consumo la obligación de crear una infraestructura de comunicaciones que permita el intercambio de información y promueva la complementariedad de actuaciones en las siguientes materias, entre otras: a) información, promoción y educación para la salud; b) cooperación internacional; c) evaluación de tecnologías sanitarias; y d) formación en salud pública y gestión sanitaria.

En cualquier caso, todas las Administraciones públicas sanitarias deben apoyar la participación en estas redes de organismos internacionales, nacionales, autonómicos, locales o del tercer sector.

IV. Realidad e insuficiencias de la configuración del Sistema Nacional de Salud en la actualidad

El Sistema Nacional de Salud, a pesar de todos sus defectos y carencias, constituye, en su diseño – por sus objetivos, contenido, alcance y extensión- y también no en escasa medida en la práctica, la expresión del mejor servicio público de nuestro sector público de fin de siglo, pues ha logrado reunir las características esenciales indispensables para ofrecer sus prestaciones a todos los ciudadanos, con equidad y solidaridad, con un nivel aceptablemente alto de calidad, y a un coste razonable respecto a la riqueza nacional. Lo que no quiere decir –como ahora veremos- que no presente muchos problemas.

Digamos, en todo caso, que lo más paradójico del debate político sobre la sanidad en España es que, siendo tan reales los problemas del Sistema

Nacional de Salud, el discurso sanitario esté tan dominado por temas que, más que sus problemas, constituyen, por el contrario, sus rasgos más positivos y los activos fundamentales del sistema sanitario público: como la financiación de la asistencia sanitaria a través de impuestos, la cobertura universal de la misma, la provisión predominantemente pública, y unas prestaciones que dan acceso a todos los servicios de la medicina moderna sin coste para el paciente. Todos estos rasgos son extraordinariamente positivos, y sobre ellos es posible organizar y gestionar un Sistema Nacional de Salud moderno, eficiente, equitativo y de excelente nivel de calidad.

1.- Problemas del Sistema Nacional de Salud

Pero dicho esto, nuestro Sistema Nacional de Salud presenta en la actualidad diversos tipos de insuficiencias y problemas, comunes a todos los sistemas sanitarios del mundo, sea cual sea su modelo sanitario, y otros propios y específicos del sistema sanitario español. Así, las tensiones del crecimiento del gasto sanitario, los retos de adecuar la práctica clínica a la evidencia científica, los desafíos de las nuevas tecnologías, las expectativas crecientes de la población, etc., y como tales, comprometen seriamente la eficiencia del Sistema Nacional de Salud, pueden deslegitimarle ante la población a la que sirven, y deterioran su equidad.

Estos problemas del Sistema Nacional de Salud –resultado de su progresiva configuración a lo largo de más de 50 años, y de la ausencia de auténticas reformas estructurales en los últimos y más recientes tiempos- ofrecen en todo caso unas características que no tienen comparación posible con otros sistemas sanitarios europeos de provisión pública⁵⁶ similares. En efecto, los problemas de nuestro sistema sanitario público están todos relacionados entre sí en una compleja red de causas y efectos, y aunque su diferenciación pueda ser tan arbitraria y problemática como la priorización de su importancia, aún así, podríamos concluir que en la actualidad los tres problemas estructurales más importantes del Sistema Nacional de Salud son:

⁵⁶ Reino Unido y países nórdicos, por ejemplo.

1. La insatisfacción de la población.
0. Su inadecuado marco organizativo y de gestión.
0. Disfunciones en la definición y coordinación global del Sistema Nacional de Salud.

Inmediatamente después vendrían otros problemas más específicos, como los desafíos relacionados con la calidad y la efectividad de la práctica clínica, la atención a los ancianos y pacientes crónicos, la financiación específica de esta última⁵⁷, etc.

La insatisfacción de la población con los servicios del Sistema Nacional de Salud es quizás el dato primario más importante, pues resume y es consecuencia de casi todos los demás problemas. Se manifiesta en las encuestas y da lugar a que los ciudadanos que pueden hacerlo –los funcionarios y otras "élites" del mundo laboral- elijan otras alternativas asistenciales bajo cobertura pública⁵⁸. Las listas de espera, la escasa cultura de servicio, que se manifiesta en información deficiente a los pacientes/familiares, trato poco personal, arbitrariedades organizativas, mobiliario y mantenimiento descuidado, deficiencias de la atención primaria a domicilio, y, en general, la ausencia de atención a los detalles del servicio, son parte de este problema. Aspectos todos éstos que, aunque vinculados a la masificación de un servicio de cobertura universal, no tienen porqué derivar sin más de este dato sino de la inadecuada organización y gestión del mismo.

Ese inadecuado marco organizativo y de gestión de los centros y servicios del Sistema Nacional de Salud, constituye, sin duda alguna, un problema fundamental de la sanidad española. Contrariamente a lo que sucede en otros países con larga tradición de

sanidad pública, en España las instituciones del Sistema Nacional de Salud son parte muy poco diferenciada de la Administración Pública general en la que se integran o de la que dependen, cuando la Administración pública general –necesitada como tal, por otra parte, de profundas reformas- incluso donde ésta es más modélica, no es la ubicación adecuada para una actividad tan compleja y específica como son los servicios sanitarios modernos.

Aspecto crucial de esta situación es la ausencia de un marco jurídico adecuado, tanto para los centros sanitarios individuales como para los entes de los que forman parte (Instituto Nacional de Gestión Sanitaria –INGESA- y Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas), y es que lo específico de la sanidad pública, su importancia social, política y económica, requiere, más que un difícil acomodo a fórmulas jurídicas pensadas para otros objetivos, la realización de un "traje legal a medida" diseñado de acuerdo con sus necesidades y sujeto a revisiones periódicas, según sea necesario. Las necesarias reformas de la organización y gestión del Sistema Nacional de Salud –y antes las de su marco jurídico- debieran en este sentido centrarse en especial, y con cierta urgencia, en los hospitales y sus formas de gobierno, así como en la reordenación de los servicios de atención primaria, los dos niveles operativos en los que son atendidos los pacientes.

Éstos y otros problemas del Sistema Nacional de Salud no son, es obvio, recientes. Vienen de antiguo y en no poca medida surgen porque las viejas estructuras de organización y gestión heredadas, que no sirven para los nuevos tiempos, en lo esencial no se han reformado. Son pues precisos cambios estructurales profundos en estos apartados que no se dieron con la Ley General de Sanidad, ni posteriormente con Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

2.- El Sistema Nacional de Salud y su implantación parcial

La Ley General de Sanidad definió –y define- un modelo sanitario en el que quedan integradas todas las estructuras y servicios públicos al servicio

⁵⁷ Intencionadamente no se incluye la financiación sanitaria entre los problemas más prioritarios del Sistema Nacional de Salud, por considerar que una vez que el Sistema Nacional de Salud está financiado por impuestos y que tiene un nivel aceptable de suficiencia, la dotación de recursos para el Sistema Nacional de Salud y su distribución territorial es más un tema general de política fiscal y autonómica que de política sanitaria. Además, las reformas estructurales que con más urgencia precisa el Sistema Nacional de Salud son independientes de su financiación.

⁵⁸ Más del 85% de los funcionarios de MUFACE y MUGEJU eligen ser atendidos fuera del sistema sanitario público.

de la salud⁵⁹. Asimismo, en lo funcional, dicho modelo asume todas aquellas actuaciones que permiten hacer efectivo el derecho constitucional a la protección de la salud, lo que conlleva actividades tanto de promoción, prevención de la salud, prestación de la asistencia sanitaria, reparadoras, como de salud pública, en general y para sectores o ámbitos concretos de riesgo para la salud individual o colectiva (salud laboral, saneamiento, residuos, alimentos o productos farmacéuticos, entre otros). Este modelo se articula como un Sistema Nacional de Salud en el que todas las Administraciones públicas con competencia en la materia organizan y desarrollan las acciones sanitarias dentro de una concepción integral de la sanidad pública.

En suma, el elemento básico al que responde la configuración del Sistema Nacional de Salud es el de integración, que se manifiesta en dos vertientes: la institucional, como integración de las estructuras sanitarias públicas, y la funcional, como integración de las funciones y actividades. La primera queda reflejada en la definición legal del Sistema Nacional de Salud como “*el conjunto de los servicios de salud de la Administración General del Estado y de los servicios de Salud de las Comunidades Autónomas*”⁶⁰, y la segunda en la afirmación de la Ley General de Sanidad de que “*El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud*”⁶¹. Pero, al mismo tiempo, este principio de integración del sistema sanitario público que inerva el modelo debe articularse de manera compatible con el principio de descentralización territorial al que responde nuestro Estado autonómico. Por ello, la efectiva integración o concentración de las redes sanitarias públicas se produce a nivel territorial de las Comunidades Autónomas, las

cuales deben constituir sus propios Servicios de Salud como organizaciones sanitarias integradas⁶².

Ahora bien, cuando la Ley General de Sanidad de 1986 –que instaura dicho modelo, institucionalizando el Sistema Nacional de Salud– entra en vigor, se dan una serie de circunstancias que impidieron la inmediata puesta en funcionamiento de ese modelo en todo su alcance. En efecto, en 1986 la descentralización sanitaria no era más que una perspectiva de futuro; de ahí que la Ley se refiera ampliamente a los servicios de salud del Estado, cuya gestión de la asistencia sanitaria, asumida por el INSALUD, se extiende más allá de sus competencias exclusivas. Por otra parte, el sistema de financiación sanitaria seguía respondiendo al propio de la Seguridad Social, y por tanto, la sanidad se financiaba de manera mayoritaria por cotizaciones sociales, lo que contradecía el carácter universal de la asistencia sanitaria proclamado por la Ley (art. 3.2). En definitiva, el modelo sanitario ordenado por la Ley General de Sanidad se estableció por ésta con perspectivas de futuro, sin un plazo determinado y con la previsión realista de que la aplicación de la reforma se haría de forma paulatina⁶³.

Por todo ello, el Sistema Nacional de Salud ha estado sometido casi hasta ahora mismo a un régi-

⁶² Así se desprende del artículo 50.1 Ley General de Sanidad al establecer que “en cada Comunidades Autónomas se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los centros, servicios y establecimientos de la propia Comunidad, Diputaciones Ayuntamientos y cualesquiera otras administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma”.

⁶³ Su Disposición Adicional Sexta dispone que los centros sanitarios de la Seguridad Social quedarán integrados en el Servicio de Salud sólo en los casos en que la Comunidad Autónoma haya asumido competencias en materia de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, de acuerdo con su Estatuto. En los restantes casos, la red sanitaria de la Seguridad Social se coordinará con el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma.

En su Disposición Transitoria Primera se establece que las Corporaciones Locales que en la actualidad disponen de servicios y establecimientos sanitarios que lleven a cabo actuaciones que en la Ley General de Sanidad se adscriban a los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, establecerán de mutuo acuerdo con los Gobiernos de éstas un proceso de transferencia de los mismos.

En el mismo sentido, la Disposición Transitoria Tercera permite la subsistencia del INSALUD en tanto no se haya culminado el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, y la Disposición Final Segunda obliga al Gobierno a la armonización y refundición de las normas recogidas en la misma hasta que los sistemas públicos de cobertura sanitaria queden integrados en el Sistema Nacional de Salud.

⁵⁹ Artículo 44.1 Ley General de Sanidad.

⁶⁰ Artículo 44.2 Ley General de Sanidad.

⁶¹ Artículo 45 Ley General de Sanidad.

men provisional y transitorio, de carácter mixto y asistemático, y parcialmente descentralizado, al corresponder al Estado, a través del INSALUD, la gestión de los servicios sanitarios de manera efectiva en una gran parte del territorio nacional. De ahí, que hasta no hace mucho el Ministerio de Sanidad haya estado más preocupado por la gestión sanitaria (cometido que institucionalmente no le correspondía, salvo en régimen transitorio) que por la coordinación del propio Sistema (su auténtico papel dentro del modelo y el auténtico reto para el futuro).

La propia Ley General de Sanidad preveía que una vez terminado el proceso de traspasos de la asistencia sanitaria a todas las Comunidades Autónomas, el Estado sería el encargado de desempeñar el papel de director y coordinador general del Sistema Nacional de Salud, a través de las competencias exclusivas que constitucionalmente tiene reservadas: sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad, legislación sobre productos farmacéuticos y legislación básica de la Seguridad Social. A lo que debe añadirse el ejercicio de la Alta Inspección, no explícito en el texto constitucional, pero contemplado expresamente en todos los Estatutos de Autonomía y en la propia Ley General de Sanidad.

Pues bien, no ha sido hasta fechas recientes cuando se ha hecho efectiva la culminación del proceso de descentralización sanitaria (a través de los últimos Reales Decretos de traspasos de los servicios, centros y funciones, de 28 y 29 de diciembre de 2001) y la determinación de un nuevo régimen financiero para la sanidad basado en la imposición positiva (Ley 21/2001, de 27 de diciembre, que establece el actual sistema de financiación autonómica). La descentralización sanitaria general deja de ser así una perspectiva de futuro –como la contempló la Ley General de Sanidad de 1986– para convertirse en un hecho, que consecuentemente debe conllevar que el sistema sanitario funcione en su integridad como tal Sistema Nacional de Salud, y que a tal fin, la cooperación y la coordinación entre las distintas instancias públicas competentes y el Estado, garante último de la cohesión en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, asuman el papel fundamental que lógicamente han de tener en un Sistema así diseñado.

Es lo que pretende afianzar la reciente Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003 en los términos que ya hemos expuestos. Pero, aún así, el peso del diseño tentativo de la Ley General de Sanidad de 1986, sigue lastrando la configuración del Sistema Nacional de Salud, y sin que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud haya ajustado, como hubiera sido necesario, ese diseño y su organización a la plena realidad actual de un sistema sanitario ya plenamente descentralizado, pero necesariamente cohesionado y coordinado, entre otras técnicas dotando al Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, de mayor operatividad de la que hasta ahora ha sido capaz.

Por otra parte, no ya la adecuada funcionalidad, sino la estricta implantación efectiva del Sistema Nacional de Salud requiere, aún hoy, la definitiva desvinculación de la asistencia sanitaria del Sistema de la Seguridad Social, pues, todavía hoy, la inclusión de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud sigue planteando reticencias. Para empezar, la propia y tan reciente Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud se ha promulgado al amparo, al tiempo, del art. 149.1.16ª -título general de sanidad- y 17ª -régimen de la Seguridad Social- de la CE, y la Ley 29/2001, de 27 de diciembre, modifica el artículo 86.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, para dejar bien sentado que la asistencia sanitaria tiene naturaleza no contributiva, pero que queda incluida en la acción protectora de la Seguridad Social. La asistencia sanitaria se sigue considerando así vinculada al Sistema de la Seguridad Social, cuestión no baladí, pues de la inclusión de la asistencia sanitaria en el Sistema Nacional de Salud o en la Seguridad Social se derivan consecuencias totalmente diferentes.

En suma, no se ha modificado, en esencia, en este punto la situación preexistente. Es muy posible que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud al invocar como título competencial el artículo 149.1.17ª CE, y no sólo el 149.1.16ª CE, haya buscado tener un “plus” competencial para garantizar la cohesión sanitaria dentro del marco de descentralización de los servicios sanitarios en el que ya nos encontramos. Pero de lo que no cabe ninguna duda es que todavía hoy, tras casi dos décadas desde

la Ley General de Sanidad de 1986, persiste el asistematismo y la confusión entre el Sistema Nacional de Salud y la Seguridad Social.

3.- Para una reforma del Sistema Nacional de Salud

Como ya hemos dicho, el Sistema Nacional de Salud está asentado al tiempo sobre el principio de integración y el de descentralización territorial. La conjugación de estos dos criterios, en principio antagónicos, exige –toda vez que una integración global estatal formalizada orgánicamente sería incompatible con el principio constitucional de autonomía y las competencias sanitarias de las Comunidades Autónomas- que la efectiva integración o concentración de las redes sanitarias públicas se produzca a nivel territorial de las Comunidades Autónomas, las cuales deben constituir sus propios servicios de salud como organizaciones sanitarias integradas. Pero al Estado corresponde –en garantía de la mínima unidad y uniformidad de los servicios sanitarios, y de la igualdad esencial de todos los ciudadanos en el disfrute del derecho a la protección de la salud-, el ejercicio de poderes normativos básicos y la instrumentación de la coordinación y planificación sanitaria, en particular a través del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, órgano colegiado sectorial con competencias en el ámbito de la coordinación y planificación de la sanidad.

Sin embargo, el hecho cierto es que nuestro sistema sanitario público muestra dificultades para poder funcionar correctamente en el plano de la coordinación y la planificación. Por ello, para garantizar lo que siempre lo ha caracterizado (la práctica universalidad en las prestaciones sanitarias, la equidad y solidaridad en su reparto), aún con manifiesta posibilidad de mejora en todo ello, el Sistema Nacional de Salud debería sustentar su actuación futura sobre la necesaria mejora de tres elementos claves: la coordinación general sanitaria, la cooperación institucional, y la potenciación del papel del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Es más, para ello quizá resulte imprescindible una redefinición del Sistema Nacional de Salud, que lo adapte –sin eufemismos, en su estricta organización- a los importantísimos cambios que han tenido

lugar desde 1986. Porque el desarrollo de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas derivado de las transferencias sanitarias, ha dotado al conjunto de las estructuras, centros y servicios sanitarios de todo el país de una dimensión y connotaciones bien distintas de las que pudiera tener en 1986, e incluso en 2001. Sin embargo, frente a ello, el Sistema Nacional de Salud sigue siendo en gran medida el concepto –más que la realidad- establecido en la Ley General de Sanidad de 1986, es decir, una entidad no tangible más allá del Ministerio de Sanidad y Consumo, situado teóricamente en su vértice. Una realidad fundamentalmente conceptual y visible orgánicamente sólo en las reuniones del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, por otro lado, el órgano más necesitado de reforma, máxime cuando en estos momentos se encuentra en plena crisis, convertido en palestra política. Su manifestación más aguda, en los últimos tiempos, es la negativa de los representantes de las Comunidades Autónomas gobernadas por el partido político en la oposición a acudir a sus convocatorias. Esta situación, que no es nueva, debe llevar a replantearse de manera definitiva su diseño institucional.

En suma, los grandes cambios sanitarios de los últimos años debieran ir también acompañados de la correspondiente adecuación organizativa del Sistema Nacional de Salud. Esta adecuación es fundamental en estos momentos, pues el Sistema Nacional de Salud precisa de una organización propia, eficaz, estable y útil para gestionar la coordinación y cooperación interna del Sistema. Precisamente, la carencia de esa adecuación organizativa del Sistema Nacional de Salud que pueda sustentar la coordinación y gestión de servicios comunes a todos los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, tiene una evidente repercusión para una sanidad pública que va dejando, cada vez más, de ser identificada con la Seguridad Social, pero que carece, a su vez, de otra referencia organizativa de recambio, dado el cierto carácter orgánicamente inarticulado con que el Sistema Nacional de Salud hoy se configura.

Para precisar esta cuestión, conviene distinguamos entre el Sistema Nacional de Salud como estructura prestacional, integrado por el conjunto de los Servicios de Salud de las Comunidades Autóno-

mas –y los residuales de las otras Administraciones, como las del Estado, en su caso-, de una parte, y, de otra, la organización del Sistema Nacional de Salud. Conforme a lo primero, el Sistema Nacional de Salud es –debe configurarse- como un sistema único que funcione de manera coherente, armónica y solidaria, pero, claro está, descentralizado, pues, la gestión de la asistencia sanitaria corresponde –conforme a sus competencias- a las Comunidades Autónomas, que asumen la titularidad de sus respectivos Servicios públicos de Salud y prestan la asistencia sanitaria a los ciudadanos en el marco de una amplia autonomía organizativa. Eso sí, sin perjuicio del respeto a las competencias del Estado en la materia (normativa básica, coordinación general sanitaria y alta inspección).

Ahora bien, en cuanto a lo segundo, hoy por hoy, esa organización del Sistema Nacional de Salud no pasa de la yuxtaposición en cada Comunidad Autónoma –y el acúmulo resultante a nivel global en el Estado- de la organización de su respectiva Administración Sanitaria y su Servicio de Salud dependiente de ésta, con la sola expresión a nivel estatal, en esencia, del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, un órgano éste caracterizado por el carácter voluntario-cooperativo de sus decisiones derivadas de las representaciones que integra, y claramente insuficiente –por su estructura logística, y aún su propio carácter de mero “lugar de encuentro”-, para lo que el sistema sanitario en su conjunto necesita. Apostamos, pues, por) y con la competencia de coordinación general sanitaria atribuida al Estado. una organización de ámbito estatal, expresiva del Sistema Nacional de Salud en su conjunto, y con fines de coordinación ciertamente, pero estrictamente tal. En hipótesis, a través de una entidad dotada de propia personalidad jurídica (al igual que todos los Servicios autonómicos de Salud que lo componen, y que ya gozan de dicha personalidad⁶⁴

En hipótesis, se trataría de configurar orgánicamente al Sistema Nacional de Salud, como expresión global del entero sistema sanitario –o al menos de la expresión logística-, como una entidad personificada. En principio nada obstaría a que esa entidad fuera una Administración institucional vinculada al Ministerio de Sanidad y Consumo, encargada de la gestión de la competencia estatal de coordinación sanitaria, competencia ejercida en estos momentos por la Dirección General de Cohesión del Sistema Nacional de Salud del Ministerio de Sanidad, y bien podría descentralizarse en dicha entidad. Además, para el desarrollo de sus funciones, el Sistema Nacional de Salud ya cuenta con una serie de órganos que, sin embargo, hoy están adscritos al Ministerio de Sanidad (así, el propio Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud; la Agencia de Calidad, el Sistema de Información sanitaria, etc.), órganos que bien podrían integrarse en esa entidad institucional del Sistema Nacional de Salud, como sería el caso de dicho Consejo –por la peculiaridad de su composición y funcionamiento-, como órgano de cabecera de su organización.

En este orden de cosas, aunque el Estado continuaría ejerciendo directamente las competencias sobre sanidad exterior y Alta Inspección, la competencia de coordinación general sanitaria recogida en la CE, titularidad del Estado (y necesaria no sólo en el nivel normativo, sino en el de la programación y la ejecución en la materia sanitaria), se gestionaría por

crito a la Consejería competente en materia sanitaria. El Servicio madrileño de Salud se regula como Ente de derecho público, de los previstos en el artículo 6 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid (art. 59 Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid). En la Comunidad Valenciana se crea la Agencia Valenciana de Salud como organismo autónomo, de carácter administrativo, de la Generalitat, adscrito a la Conselleria de Sanidad, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines (art. 23 Ley 3/2003, de 6 de febrero, de Ordenación sanitaria de la Comunidad Valenciana). El Servicio Gallego de Salud se constituye como un organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines, adscrito a la Conselleria de Sanidad, que ejerce la dirección y control del mismo (art. 32 Ley 7/2003, de 9 de diciembre, de ordenación sanitaria de Galicia). Y el Servicio Catalán de la Salud es un ente público de naturaleza institucional, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus finalidades, que queda adscrito al Departamento de Sanidad y Seguridad Social (art. 4 Ley 15/1990, de 9 de julio, de ordenación sanitaria).

⁶⁴ Así, por ejemplo, el Servicio Andaluz de Salud se configura como un organismo autónomo de carácter administrativo adscrito a la Consejería de Salud (art. 64 Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía). El Servicio Extremeño de Salud, según el artículo 57 de la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura, se define como organismo autónomo de carácter administrativo, dotado de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, de tesorería propia y facultades de gestión del patrimonio afecto, para el cumplimiento de sus fines y ad-

esa entidad de Derecho público, “gestora” al cabo del Sistema Nacional de Salud a nivel estatal, en tanto que fórmula o técnica orgánica –de personificación en este caso- para la coordinación. Sólo así, podría garantizarse eficazmente la coordinación general sanitaria articulándola al doble nivel lógico de esa coordinación –la información, la decisión-, con un sistema de información sanitaria integrado, útil

para todos los Servicios de Salud, fruto de la recíproca información transmitida entre todos los agentes implicados, y un sistema coordinado –y en su caso cooperativo- entre aquéllos para la decisión (en su caso por el Consejo Interterritorial, como órgano de cabecera de dicha organización) y el seguimiento de lo decidido. Todo ello, claro está, a partir del principio de lealtad institucional.

EVALUACIÓN DE LA EFICACIA DEL DERECHO A LA SALUD EN COLOMBIA A PARTIR DEL PROCESO DE DESCENTRALIZACIÓN SANITARIA

Mónica Arbeláez Rudas

INDICE – Introducción. I. El derecho a la salud en el derecho internacional. 1. Obligaciones mínimas en relación con el derecho a la salud. 2. Elementos esenciales e indicadores de eficacia del derecho a la salud. **II. El derecho a la salud en Colombia.** 1. El derecho a la salud en la Constitución Política de Colombia de 1991. 2. El Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS-. Funcionamiento y contenido de la prestación sanitaria. 3. Organización territorial del estado y derecho a la salud: la descentralización sanitaria en Colombia. 3.1. El primer momento de la descentralización en salud. 3.2. El segundo momento de la descentralización en materia sanitaria. La Constitución de 1991 reformada por los Actos Legislativos 01 de 1996 y 01 de 2001 y los cambios propuestos por la ley 715 de 2001. 3.2.1. La nueva distribución competencial en materia de salud. **III. Evaluación de las condiciones del derecho a la salud en Colombia: la eficacia del derecho.** 1. La universalidad y la equidad en el sistema sanitario. 2. La estabilidad financiera del Sistema. 3. Las políticas públicas de descentralización. 4. Universalidad, equidad social y equilibrio territorial: implementación del Régimen Subsidiado de Salud. 5. El derecho a la salud en Colombia a la luz de los indicadores del derecho internacional de los derechos humanos. 5.1. Asequibilidad o disponibilidad . 5.2. Accesibilidad. 5.3. Aceptabilidad . 5.4. Calidad . **Reflexión final. BIBLIOGRAFÍA**

I. Introducción

La problemática sobre la eficacia de los derechos sociales de prestación – entre ellos los derechos sanitarios- puede ser leída desde diferentes ángulos. Uno de ellos, que nace de la ciencia jurídica, es el relativo a la eficacia jurídica de estos derechos, entendida como la posibilidad de su exigibilidad jurídica directa, o su reclamo directo al Estado por parte de los ciudadanos. En esta línea, la teoría y la filosofía del derecho han tratado de sustentar el carácter fundamental de los derechos sociales de prestación con el propósito de que ellos sean entendidos en igualdad de condiciones que los derechos civiles y políticos, y a partir de allí fundamentar su exigibilidad jurídica directa ante la justicia constitucional.

Otro ángulo es el planteado por buena parte de la literatura económica sobre bienes públicos y sobre los problemas que plantean las políticas públicas de provisión de bienes y servicios. En esta campo los teóricos de la descentralización han estudiado la relación entre las formas en que se estructuran estas prestaciones y la eficacia económica de las mismas, bajo el entendido de que, en principio, descentralizar la producción de bienes y servicios debería contribuir a aminorar los problemas de eficiencia de los sistemas. En este mismo marco se ha señalado que la descentralización política resulta especialmente útil en cuanto a la prestación de los servicios sociales básicos se refiere, en tanto que es en este área en donde más incidencia tienen las diferencias geográficas. La provisión de los servicios sociales cuya demanda esté geográficamente diferenciada -en virtud

de las propias diferencias geográficas y culturales resulta más eficiente si se hace de manera descentralizada, y los mecanismo de participación ciudadana que se planteen dentro de los procesos de descentralización juegan un papel fundamental en relación con su eficiencia, toda vez que a mayor cercanía con el ciudadano mayor certeza se puede tener sobre sus preferencias o necesidades, lo que permitirá optimizar la producción de bienes públicos en función de ellas.

Pues bien, si se parte de que desde la ciencia jurídica una de las principales razones que se ha alegado siempre para justificar que los derechos sociales de prestación no sean derechos directamente exigibles a los Estados es que su eficacia depende de factores metajurídicos -especialmente de las políticas de provisión de bienes y servicios, y de las condiciones económicas de cada Estado-, se entenderá la inescindible relación que se presenta entre los planteamientos que se acaban de señalar en relación con las políticas públicas de descentralización de los servicios sociales y la eficacia de los derechos sociales de prestación. El principal medio con que cuentan los Estados para darse a la tarea de garantizar los derechos sociales de prestación es la adopción de políticas públicas sobre servicios sociales básicos favorables a este fin. Y para que estas medidas garanticen la eficacia de los derechos sociales de prestación en los términos de universalidad y equidad que exigen los instrumentos internacionales sobre la materia, es necesario que se propenda principalmente por una provisión eficiente y eficaz de los bienes y servicios sociales básicos.

A partir de lo anterior, y sobre la base del planteamiento Bobbio según el cual en materia de derechos económicos, sociales y culturales los esfuerzos deben hacerse no tanto para “saber cuáles y cuántos son estos derechos, cuál su naturaleza y su fundamento, ... sino cuál es el modo más seguro para garantizarlos, para impedir que, ..., sean continuamente violados”¹, el presente trabajo pretende una aproximación a esa relación desde el análisis de la eficacia

del Derecho a la salud en Colombia. Para ello el núcleo central de este trabajo será el estudio del proceso de descentralización sanitaria en Colombia, sus características y los resultados que ha arrojado, y especialmente su impacto sobre los niveles de eficacia y garantía de los derechos sanitarios de los habitantes de este país, con el fin de determinar en qué medida dichas políticas han contribuido a lograr los objetivos sobre la salud señalados por el derecho internacional de los derechos humano.

I. El derecho a la salud en el derecho internacional

Según el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud –OMS-, la salud debe entenderse como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades”. A partir de ahí la OMS ha señalado que hay tres valores básicos de promoción de la salud: la salud como derecho fundamental de los seres humanos; la participación y responsabilidad de las personas, los grupos, las comunidades, las instituciones, las organizaciones y los sectores en el desarrollo de la salud; y la equidad en materia de salud y la solidaridad de acción entre todos los países, entre grupos de población de cada país y entre géneros. Sobre estas bases, la orientación mundial en materia de protección y garantía del derecho a la salud estuvo definida por la declaración de Alma Alta (OMS/UNICEF, 1978), documento en el cual la OMS adoptó la estrategia de Atención Primaria en Salud –APS- y diseñó los lineamientos generales de política para responder a las necesidades de salud de la población mundial. A respecto, dentro de las prioridades de la que sería una política sanitaria mundial, se señalaron la necesidad de desarrollar otros sectores sociales que influyen significativamente sobre las condiciones de salud de la población, -servicios públicos y el medio ambiente, por ejemplo-, y la necesidad de impulsar y realizar programas preventivos y de provisión de atención médica básica para todos. En esta línea se fijó posteriormente el objetivo de “salud para todos en el siglo XXI” el cual sería posible de alcanzar, según la OMS, “si las políticas y la legislación están dirigidas a que se apliquen las disposiciones de la ONU sobre

¹ BOBBIO. Norberto, “Presente y porvenir de los derechos humanos” en *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991, pág. 7

derechos humanos”, incluidas las que conciernen a las mujeres y niños, personas con discapacidad, emigrantes y refugiados, y si se encuentran recursos para satisfacer las necesidades sociales de los grupos más vulnerables de la sociedad, entre otras.²

En el marco de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, por su parte, el párrafo 1 del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”, y el artículo 12 del Pacto Internacional de DESC señala que los Estados partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (párrafo 1) y que “[t]odo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”, y a manera de ejemplo cita diversas “medidas que deberán adoptar los Estados partes a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho” (párrafo 2). Igualmente, el artículo XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre señala que “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por las medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica (...)”, y el artículo 10 del Protocolo de San Salvador de la Convención Americana señala que “[t]oda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social (...)”. Otros instrumentos regionales de derechos humanos como la Carta Social Europea (artículo 11) y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (artículo 16) también reconocen el derecho a la salud³.

A partir de dichos mandatos internacionales, y especialmente de lo señalado en el artículo 12 del Pacto Internacional de DESC, el Comité de DESC de la ONU ha reconocido que “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos” cuya “efectividad (...) se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”. El Comité ha insistido en que “el derecho a la salud abarca determinados componentes aplicables en virtud de la ley”, por ejemplo, el principio de no discriminación respecto de los establecimientos, bienes y servicios de salud, legalmente aplicable en muchas jurisdicciones nacionales.⁴

Adicionalmente, el Comité de DESC de la ONU ha señalado que el derecho a la salud está estrechamente vinculado *con*, y depende *de* el ejercicio de otros derechos humanos tales como el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, o a la vida privada. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud. Así se desprende, según el Comité, del párrafo 2 del artículo 12 del Pacto Internacional de DESC en el cual se reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones necesarias para que las personas puedan llevar una vida sana, y establece que ese derecho debe hacerse extensivo a los “factores determinantes básicos de la salud”, esto es, alimentación, nutrición, vivienda, acceso a agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas,

² Organización Mundial de la Salud “Salud para todos en el siglo XXI”, OMS, Ginebra 1999.

³ El derecho a la salud es reconocido también en el inciso iv) del apartado e) del artículo 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; y en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Igualmente ha sido proclamado en la Resolución 1989/11 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales como los Principios para la protección de los enfermos

mentales y para el mejoramiento de la atención de la salud mental aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1991 (Resolución 46/119), en la Observación General 5 del Comité de DESC de la ONU sobre personas con discapacidad, que hacen referencia a los enfermos mentales, en el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994, y en la Declaración y Programa de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995 que contienen definiciones de la salud reproductiva y de la salud de la mujer.

⁴ Comité de DESC de la ONU, Observación General n. 14, Párrafo 1 y 2.

condiciones de trabajo seguras y sanas, y un medio ambiente sano.

1. Obligaciones mínimas en relación con el derecho a la salud

Los organismos internacionales de protección de los derechos humanos han establecido que en relación con el derecho a la salud existen una serie de mínimos que deben ser siempre garantizados por los Estados parte, es decir, que los Estados tienen la obligación de asegurar mínimamente la satisfacción de unos niveles esenciales del derecho a la salud.⁵ Entre ellos, la primera obligación mínima es la que se desprende de la obligación genérica de *adoptar medidas* para favorecer la eficacia de los DESC contenida en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de DESC y en los artículos 1 y 2 del Protocolo de San Salvador, y que se entiende directamente aplicable a este derecho. En relación con esta obligación, los Estados deben adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y cooperación internacionales, encaminadas a lograr el pleno ejercicio del derecho a la salud, hasta el máximo de los recursos de que disponga, y teniendo en cuenta su grado de desarrollo. Esta obligación de adoptar medidas, al igual que la obligación de garantizar que el derecho a la salud sea ejercido sin discriminación alguna, han sido consideradas por el Comité de DESC como obligaciones con efecto inmediato, es decir, que pueden ser exigidas actualmente sin atención a las condiciones presupuestarias o de otro tipo en relación con un determinado Estado. Así lo estableció el Comité de DESC en su Observación General 14 (párrafo 30).

Adicionalmente, y con base en su definición según la cual el derecho a la salud es “un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas (...)”⁶, el Comité de DESC de la ONU ha

señalado que en relación con el derecho a la salud existen una serie de niveles básicos o mínimos que deben ser satisfechos por parte de los Estados, a saber: garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud, especialmente para los grupos vulnerables o marginados, sin ningún tipo de discriminación; asegurar el acceso a una alimentación esencial nutritiva, adecuada y segura que garantice que nadie padezca de hambre; garantizar el acceso a una vivienda y a condiciones sanitarias básicas, así como al suministro de agua potable; facilitar el acceso a los medicamentos esenciales señalados por el Plan de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS; velar por la distribución equitativa de los bienes y servicios en salud; y adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacional de salud pública para hacer frente a los problemas de salud de la población, con base en pruebas epidemiológicas.⁷

Para la garantía de estos niveles básicos o mínimos en relación con la salud, el Comité de DESC recalca la necesidad de cubrir una serie de obligaciones prioritarias en materia de salud, a saber, velar por la salud genésica, maternal (pre y post parto) e infantil; proporcionar inmunizaciones contra las principales enfermedades infecciosas que afectan a cada comunidad; adoptar las medidas necesarias para prevenir, tratar y combatir las enfermedades endémicas y epidémicas; impartir educación e informar respecto de los principales problemas de salud de la comunidad; y proporcionar la capacitación adecuada para el personal del sector salud. Adicionalmente señala el Comité que de manera especial corresponde a los Estados prestar “asistencia y cooperación internacionales, en especial económica y técnica” que permita a los países en desarrollo cumplir sus obligaciones básicas en este campo.⁸

En la Declaración de Quito (párrafo 29), por su parte, se establecen otra serie de obligaciones inmediatas respecto del derecho a la salud, derivadas del Protocolo de San Salvador, entre ellas: “[l]a obligación de adecuar el marco legal [de cada Estado] a las disposiciones de las normas internacionales sobre

⁵ Esta obligación tiene como base los Principios de Limburgo (principio 25) así como la Observación General n. 3 del Comité de DESC (párrafo 10), Documento E/1991/23 de 1990.

⁶ Comité de DESC de la ONU Observación General n. 14 párrafo 11.

⁷ Ídem, párrafo 43.

⁸ Ídem.

salud”; “[l]a obligación de producir y publicitar información” relativa a la salud sobre la base de que “el derecho a la información constituye una herramienta imprescindible para hacer efectivo el control ciudadano de las políticas públicas en el área económica y social, (...)”; y “[l]a obligación de proveer recursos judiciales y otros recursos efectivos (...) aptos para hacer exigible el derecho a la salud en caso de violación.”

2. Elementos esenciales e indicadores de eficacia del derecho a la salud

En estrecha relación con las obligaciones mínimas acabadas de señalar, el Comité de DESC de la ONU ha establecido que el derecho a la salud reconocido por los instrumentos internacionales abarca unos elementos esenciales de cuya vigencia depende la eficacia del mismo y los cuales se constituyen a su vez en indicadores que permiten evaluar su cumplimiento por parte de cada Estado, conforme a lo exigido por la legislación internacional.

En este orden de ideas, el Comité de DESC ha señalado que el contenido mínimo del derecho a la salud comporta cuatro elementos u obligaciones esenciales básicas, a saber, asequibilidad o disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.⁹ En relación con la obligación de **asequibilidad** o **disponibilidad** el Comité de DESC señala que es obligación del Estado contar con un número suficiente de “establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas” de atención sanitaria, según las necesidades de la población de referencia, que garanticen la igualdad en las posibilidades de acceso. Adicionalmente, se deben garantizar los denominados “factores determinantes básicos de la salud”, como el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, la disponibilidad de “hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado [...], así como de los medicamentos

esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS”.¹⁰

Es obligación del Estado garantizar la existencia de bienes y servicios de salud disponibles para la atención de las necesidades poblacionales, lo cual implica la construcción, el mantenimiento y el desarrollo tanto de un sistema como de una infraestructura que hagan posible la efectividad del derecho a la asistencia sanitaria mediante instituciones y procedimientos.

Corresponde también al Estado la obligación de garantizar la **accesibilidad** de todos, sin ningún tipo de discriminación, a los establecimientos, bienes y servicios de salud, involucrando así una pretensión de universalidad a favor de la igualdad. En este contexto, la accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: la no discriminación, que implica garantizar que la asistencia sanitaria sea accesible para todas las personas -especialmente para los grupos más vulnerables de la sociedad-; la accesibilidad material, según la cual el acceso a la asistencia sanitaria debe ser materialmente posible lo que implica que la localización geográfica de las instituciones sanitarias debe ser razonable en relación con la distribución de la población de referencia; la accesibilidad económica, según la cual la asistencia sanitaria debe estar al alcance de todas las personas sin que los costes de la misma impliquen la imposibilidad de disfrutar del derecho; y el acceso a la información.¹¹

En cuanto a la **aceptabilidad** señala el Comité que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud “deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y del ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”. Esta dimensión, en materia del derecho a la asistencia sanitaria, hace referencia a la relación que se debe tejer entre la calidad de los servicios sanita-

⁹ El Comité de DESC de la ONU ha establecido que estos cuatro elementos son esenciales al derecho a la salud, Observación General 14, párrafo 12.

¹⁰ . Comité de DESC de la ONU, Observación General 14, párrafo 12.

¹¹ Ídem

rios y las características propias del contexto donde las personas ejercen su derecho a la salud, en el cual han de tenerse en cuenta los condicionamientos éticos y culturales que la sociedad asume frente al bienestar físico y mental. El criterio de la aceptabilidad así entendida, ha sido utilizado por el derecho internacional de los derechos humanos para fundamentar los mínimos a tener en cuenta en relación con el respeto de la integridad de las personas, independientemente de su contexto cultural y social.¹² Además de lo anterior, según señala el Comité, la aceptabilidad involucra también el desarrollo de las libertades que se fundamentan en el derecho a la salud. “El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales.”¹³

En cuanto a la **calidad de la salud**, el Estado tiene la obligación de garantizar un sistema sanitario que además de aceptable desde el punto de vista cultural, resulte apropiado, en términos de calidad, sin que puedan mediar factores de discriminación. El Estado queda entonces obligado a garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de asistencia sanitaria sean apropiados desde el punto de vista científico y médico, lo cual se traduce en la buena calidad del servicio. Esta obligación implica la de garantizar, entre otras cosas, “personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas” en igualdad de condiciones para toda la población.¹⁴

Estos elementos esenciales u obligaciones mínimas que corresponden al Estado en relación con el derecho a la salud, constituyen a su vez indicadores útiles que permiten evaluar el cumplimiento de las obligaciones en salud por parte de cada Estado. Y serán por ello los indicadores que utilizaremos para

evaluar el actual panorama del derecho a la salud en Colombia.

II. El derecho a la salud en Colombia

1. El derecho a la salud en la Constitución Política de Colombia de 1991

La proclamación de un nuevo texto constitucional implicó para Colombia un cambio radical, tanto en la concepción propia del sistema político y de la organización política del Estado, como en las fórmulas jurídicas para la puesta en práctica y la consolidación de un *estado constitucional moderno*. En el campo de los derechos, por ejemplo, la Constitución Política de 1991 consagra una amplia carta así: en el capítulo 1º del Título II, “De los derechos fundamentales”, en el capítulo 2º se consagran los derechos sociales, económicos y culturales –dentro de los cuales se encuentra el derecho a la salud-, y en el capítulo 3 del mismo título se relacionan los derechos colectivos y del ambiente, donde destaca el derecho de toda persona a gozar de un medio ambiente sano que habrá de ser garantizado por el Estado (artículo 79). Para la protección de todos estos derechos, la Carta establece una serie de mecanismos, a saber: la acción de tutela, las acciones populares, la acción de cumplimiento, las acciones de grupo o de clase, y la acción pública de inconstitucionalidad.

En el campo sanitario, tanto el derecho a la salud como el derecho a la seguridad social tienen un amplio sustento en la Constitución, integrado tanto por los artículos 44 -derechos fundamentales de los niños-, 48 -derecho a la seguridad social-, 49 -derecho a salud- y 50 -salud y seguridad social de los menores de un año- de la Constitución, como por otra serie de preceptos constitucionales tales como el artículo 11 –que consagra el derecho a la vida-, el artículo 13 inciso tercero –el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta- y el artículo 366 –en el cual se señalan el bienestar general, el mejoramiento de la calidad de vida de la población y la solución de las necesidades insatisfechas de salud,

¹² Ídem

¹³ Ídem, párrafo 8.

¹⁴ Ídem, párrafo 12

entre otras, como finalidades sociales del Estado-, entre otros, y por el conjunto de reglas infraconstitucionales que los desarrollan.

En lo que se refiere específicamente al derecho a la salud, la Constitución colombiana garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, los cuales deben ser prestados bajo la dirección y coordinación del Estado dentro del marco de la eficiencia y la solidaridad, garantizando una atención integral (que vincula al sistema al afiliado y a su núcleo familiar) y una cobertura universal. La Constitución deriva al legislativo el establecimiento de las competencias de la Nación y de las entidades territoriales en materia de salud, y la determinación de las fórmulas de prestación y financiación de la asistencia sanitaria. Igualmente, la Constitución establece que la ley determinará los términos en los cuales la atención básica en salud para todos los habitantes será gratuita y obligatoria (Artículo 49). Conforme lo ha señalado la Corte Constitucional colombiana en reiterada jurisprudencia, si bien el derecho a la salud consagrado en el 49 de la Constitución es en principio un derecho de carácter prestacional, puede ser considerado como un derecho fundamental *por conexión*, dada la íntima relación que se encuentra entre éste y otros derechos de carácter fundamental como el derecho a la vida¹⁵, lo que le otorga al primero, en ciertas ocasiones, el carácter de derecho constitucional subjetivo de exigibilidad directa ante la justicia constitucional. Sobre esta base la Corte ha señalado que “[l]a frontera entre el derecho a la salud como fundamental y como asistencial es imprecisa y sobre todo

cambiante, según las circunstancias de cada caso”¹⁶, y de ellas depende que se admita o no la protección de este derecho mediante la acción de tutela.¹⁷

2. El Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS-. Funcionamiento y contenido de la prestación sanitaria¹⁸

En atención al mandato constitucional de instituir un sistema público de salud universal e integral, el legislador colombiano expidió la Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral y se dictan otras disposiciones” dentro del cual se establece el Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS- que tiene por objeto “...regular el servicio público esencial de salud y crear condiciones de acceso de toda la población al servicio en todos los niveles de atención” (artículo 152, inciso 2º), bajo la dirección del gobierno nacional y con el fin de lograr la afiliación obligatoria de todos los habitantes del territorio, a través de los regímenes contributivo y subsidiado, dentro de un sistema general de subsidio a la demanda¹⁹ (artículo 156, literales a y b), y con vinculación temporal para los que carecen de capacidad de pago y mientras se benefician del régimen subsidiado (artículo 157). Se trata de un sistema mixto de aseguramiento de las contingencias en de salud de los ciudadanos que se encuentra estructurado sobre la base de la solidaridad entre trabajadores, empleadores y Estado, los cuales,

¹⁵ Partiendo de la definición ofrecida por la Organización Mundial de la Salud sobre el concepto de salud –según la cual la salud es el disfrute de bienestar físico, mental y social-, Rivero Lamas ha planteado una tesis similar al sostener, por un lado, que derecho a la vida y a la dignidad humana son el punto de arranque y la base para los demás derechos, y por el otro, que el derecho a la integridad personal es, en sí mismo, expresión del derecho a la vida. Adicionalmente señala que el derecho a la protección de la salud contemplado en la Constitución española se encuentra íntimamente ligado al derecho fundamental a la vida, puesto que hay casos en los que la protección del derecho a la salud implica la protección del derecho a la vida o a la integridad física. Así las cosas, en su sentir, el derecho a la vida se protege de forma transversal sobre el derecho a la protección de la salud en diferentes niveles de protección y prestaciones sanitarias. RIVERO LAMAS, Juan Protección de la salud y Estado social de derecho, Real academia de Medicina de Zaragoza, Zaragoza, 2000.

¹⁶ Sentencia T-484 de 1992. M.P. Fabio Morón Díaz F.j. B

¹⁷ Una presentación de la amplia línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en esta materia puede encontrarse en ARBELÁEZ Rudas, Mónica, La protección a la salud: línea jurisprudencial y notas constitucionales, Centro de Investigación y Educación Popular – CINEP-, Acción Ecueménica Sueca –DIAKONIA, 2002, y Diez años de protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencias de la Corte Constitucional Colombiana, Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/arbelaez.pdf

¹⁸ Actualmente cursan en el Congreso de la República de Colombia varios proyectos de ley, presentados por diversos grupos parlamentarios, destinados a modificar la Ley 100 de 1993. Ver ut infra.

¹⁹ Contrario a lo establecido en materia de subsidio a la oferta, en la cual se subsidiaba la oferta de servicios médico sanitarios mediante la financiación de una red pública de centros asistenciales, la propuesta de subsidio a la demanda supone el subsidio a los usuarios del sistema de atención en salud. Así, se subsidia el aseguramiento de las contingencias en salud de los ciudadanos, los cuales, por tal efecto, quedan vinculados al Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubiertos por un plan de aseguramiento que les da derecho a percibir una serie de servicios asistenciales, conforme a las necesidades de cada cual.

mediante aportes periódicos, financiarán el propio sistema (artículos 200 y siguientes)²⁰. Dada la complejidad de un sistema de esta naturaleza la propia Ley estableció una serie de premisas tendentes a dirigir una ampliación progresiva de la cobertura del servicio de Seguridad Social en Salud a fin de que éste llegara a beneficiar a todos los ciudadanos – principio de universalidad-. Se proponía así que para el año 2001 todos los habitantes del territorio nacional se encontrarían inscritos en el Sistema gozando de sus beneficios. No obstante, las metas propuestas por el SGSSS no han sido aún cubiertas.

A grandes rasgos, se puede decir que el SGSSS funciona bajo una fórmula de aseguramiento en la cual cada usuario –afiliado o beneficiario- del Sistema le paga al mismo el valor de una prima de seguro por las contingencias en salud que pueda sufrir. En el caso de los trabajadores por cuenta ajena, el 66.66 % de la prima de seguro corre por cuenta del empleador y sólo el restante 33.33 % corresponde pagarlo al trabajador; en el caso de los trabajadores independientes el 100% de la prima está a cargo del trabajador. Estas personas con capacidad de pago se vinculan al Régimen Contributivo del SGSSS. Para las personas que forman parte de los sectores más desfavorecidos y que carecen de capacidad de pago, se establece una prima subsidiada, total o parcialmente, con aportes del Estado y con un punto de los aportes de los cotizantes. Su vinculación al SGSSS es en calidad de beneficiarios del Régimen Subsidiado²¹.

²⁰ En su Informe sobre la salud en el mundo 2000, la Organización Mundial de la Salud –OMS- señala que los mecanismos de aseguramiento son los ideales para el financiamiento de los Sistemas de Salud, por la capacidad que tienen de distribuir los riesgos y de generar equidad mediante subsidios cruzados entre quienes tienen capacidad de pago y quienes no la tienen. Sobre esta base, la OMS concedió a Colombia primer lugar en “equidad en el financiamiento” de un sistema de salud, afirmando que el modelo de financiamiento nacido con el Sistema General de Seguridad Social Salud a partir de la Ley 100 de 1993 es ideal, además de pleno de solidaridad y equidad (capítulo “Mejor desempeño de los sistemas de salud”). Sobre este particular puede consultarse TORRES Tovar, Mauricio, Editor, ¿Equidad? El problema de la equidad financiera en salud”, Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo – Observatorio Universitario de Política Social y Calidad de Vida – ALAMES, Bogotá, 2001 y GONZÁLEZ, Jorge Iván, “Salud y seguridad social: entre la solidaridad y la equidad”, en Revista Gerencia y políticas de salud No. 2, Facultad de ciencias económicas y administrativas, Universidad Javeriana, 2002, pág. 18 a 23.

²¹ Por cada usuario del Régimen Contributivo –RC-, del total de las cotizaciones de los aportantes se paga al SGSSS el valor de una prima 36

En desarrollo del principio de solidaridad, el Sistema integra la recepción de aportes del Estado, de los empleadores, de los empleados y de los trabajadores independientes a fin de redistribuirlos para lograr la prestación del servicio tanto a los aportantes y sus familias, como a los ciudadanos que carecen de recursos para tal fin²². Los planes de servicios de salud ofrecidos por el SGSSS para los afiliados y beneficiarios de ambos Regímenes incluyen una cobertura familiar (artículo 163 Ley 100) que cubre la cónyuge o compañero permanente del afiliado o beneficiario principal y a los hijos menores de 18 años o a aquellos que tengan menos de 25 años y que dependan económicamente de él. De no existir cónyuge o compañero e hijos con derechos, la cobertura puede extenderse a los padres no pensionados que dependan económicamente del afiliado o beneficiario.²³

En el SGSSS colombiano se prevén dos regímenes de afiliación diferentes, a saber, el Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado, (artículo 201 Ley 100 de 1993) al primero de los cuales se encuentran afiliados los ciudadanos con capacidad de

de aseguramiento llamada Unidad de Pago por Capitación –UPC- Adicionalmente, por cada UPC pagada por el RC al Sistema, el Sistema transfiere un punto sobre la misma a la Subcuenta de Solidaridad y Garantía de SGSSS –FOSYGA –que es la que financia las primas de aseguramiento del Régimen Subsidiado –UPC-S-. El Estado por su parte debe trasladar a dicha cuenta un peso por cada peso que a la misma aporte el RC (este aporte del Estado es el llamado paripassu).

²² En cuanto a los recursos del sistema recaudados por las cotizaciones de los trabajadores y empleadores, la Ley 100 de 1993 establece su redistribución en los términos que siguen: (1) Un punto de la cotización será trasladado al Fondo de Solidaridad y Garantía para contribuir a la financiación de los costos del régimen subsidiado. (2) Un porcentaje inferior a un punto de la cotización, estará destinado a financiar la subcuenta de las actividades de Promoción de Salud e investigación (artículo 222), recursos estos que serán adicionados con recursos fiscales. (3) Una parte del recaudo global, constituida por la sumatoria de tantas unidades de pago por capitación como afiliados registre el sistema, se destinará a financiar los servicios de salud que componen el Plan Obligatorio de Salud de que trata el artículo 162 de la Ley 100. (4) Otra parte de la cotización se destinará al cubrimiento de las incapacidades generadas en enfermedad por riesgo común. (5) Por último, el artículo 204 de la Ley 100 establece que otro porcentaje del monto total de las cotizaciones se destinará al cubrimiento de las licencias de maternidad.

²³ Sobre las características del Sistema General de Seguridad Social en Salud puede consultarse, entre otros, CASTAÑO Ramón, ARBELÁEZ José, GIEDION Ursula, Y MORALES Luis G. “Evolución de la equidad en el sistema colombiano de salud”, Serie Financiamiento del desarrollo, CEPAL, Unidad de Estudios Especiales, Santiago de Chile, 2001, y PAREDES Natalia, “A cinco años de la reforma del sistema de salud colombiano, ¿qué a pasado con el derecho a la salud?, en La salud está grave, una visión desde los derechos humanos, AAVV, Plataforma colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo - Provea, Bogotá, 2000.

pago (artículos 202, 203 y 157 Ley 100 de 1993). Los afiliados al Régimen Subsidiado - RS- son las personas sin capacidad económica, esto es la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana, teniendo especial importancia personas como las madres durante el embarazo, parto, post-parto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los "menores en situación irregular", los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años y los discapacitados, entre otros. Su vinculación al sistema es total o parcialmente subsidiada por el propio Sistema (artículos 211, 213 y 157 Ley 100 de 1993). El Régimen Contributivo y el Régimen Subsidiado del SGSSS coexisten articuladamente para su financiación y administración, con una vinculación mediante el Fondo de Solidaridad y Garantías -FOSYGA-²⁴, encargado de la administración general de los recursos del Sistema (artículo 201 Ley 100 de 1993). Adicionalmente, y en punto a estructurar la administración de los recursos y la prestación de los servicios en cada uno de los Regímenes, la Ley 100 de 1993 ha previsto la existencia de Empresas Promotoras de Salud -EPS- para el Régimen Contributivo, y de entidades Administradoras del Régimen Subsidiado -ARS- para el Régimen Subsidiado (artículos 117 y siguientes de la Ley 100 de 1993), que pueden ser de carácter público, privado o mixto. Por delegación del Estado, las Empresas Promotoras de Salud y las entidades Administrado-

ras del Régimen Subsidiado tienen a su cargo la administración de su respectivo Régimen y la prestación de los servicios de asistencia sanitaria a los afiliados y beneficiarios del mismo, bien mediante instituciones de asistencia sanitaria propias, bien mediante la contratación de los servicios de salud con Instituciones Prestadoras de Salud -IPS- públicas o privadas (artículo 185 Ley 100 de 1993).²⁵

Para establecer qué sectores de la población tienen derecho al subsidio en salud y en qué proporción, el propio Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud ha establecido un sistema de focalización que se articula mediante el Sistema de Identificación y Selección de Beneficiarios -SISBEN- (artículo 3 del Acuerdo No. 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud) y que permite la identificación de la población sin capacidad de pago y su clasificación en niveles o estratos (del 1 al 6) dependiendo de sus ingresos, nivel educativo, tamaño de la familia y la situación sanitaria y geográfica de su vivienda. Una vez entrado en vigencia el SGSSS los trabajadores (por cuenta propia y ajena) que contaran con los recursos para cubrir su cotización encontrarían una afiliación inmediata al mismo dentro del RC. Por el contrario, la afiliación al RS de aquellos que carecen de recursos para cotizar sería progresiva en la medida en que lo permitieran las condiciones del propio Sistema y en la forma en que se fuera determinando de acuerdo con la información del Sistema de Identificación y Selección de Beneficiarios.

Adicionalmente, para el período de tránsito entre la identificación de los beneficiarios y su efectiva incorporación al sistema, y el momento en que se consiguiera la cobertura universal, el SGSSS contempla que aquellas personas que, siendo de escasos recursos, aún no hayan sido clasificadas como beneficiarias del RS, tendrán acceso a la prestación de servicios médico asistenciales mediante los servicios ofrecidos por la red pública de hospitales que se

²⁴ Según el artículo 218 de la Ley 100 de 1993, el Fondo de Solidaridad y Garantía -FOSYGA- es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud que se maneja por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia en la cual se concentran los recursos de la Seguridad Social en Salud (Ver entre otras la sentencia SU-819 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Gálvis). Este Fondo tiene a su vez una serie de subcuentas independientes, a saber, a) De compensación interna del régimen contributivo; b) De solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) De promoción de la salud, y d) Del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito. Para co-financiar con los entes territoriales los subsidios a los usuarios afiliados al RS, el FOSYGA cuenta con recursos de diverso origen, como son "a) un punto de la cotización de solidaridad del régimen contributivo, que será girada por cada EPS directamente a la subcuenta de solidaridad del Fondo; b) el monto que las Cajas de Compensación Familiar destinen a los subsidios de salud; c) un aporte del presupuesto nacional (...)" (artículo 221 de la ley 100 de 1993). Adicionalmente, los recursos de la solidaridad se destinarán a co-financiar los subsidios para los colombianos más pobres y vulnerables. En este contexto, el FOSYGA tiene como principal objeto garantizar la compensación entre personas de distintos ingresos y riesgos, la solidaridad del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cubrir entre otros, los riesgos catastróficos, asegurando la eficacia del Sistema

²⁵ Para profundizar sobre el sistema de financiación del Sistema General de Seguridad Social en Salud en Colombia se puede consultar MORALES Sánchez, Luis Gonzalo, *El financiamiento del sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, Proyecto CEPAL/GTZ Reformas financieras del sector salud en América Latina, Serie Financiamiento y Desarrollo No. 55, LV/L.1037, CEPAL, Santiago de Chile, 1997.*

mantienen en funcionamiento dentro de la lógica de subsidio a la oferta. Estas personas, que no han entrado al nuevo SGSSS en calidad de afiliadas o beneficiarias, se entienden incorporadas al mismo en calidad de “vinculadas”. Esto en cuanto a la estructura general del SGSSS.

En cuanto al contenido objetivo o material de la asistencia sanitaria en términos propiamente prestacionales, en Colombia se organiza también en dos planes de salud diferentes, uno para cada Régimen. Los afiliados y beneficiarios del Régimen Contributivo tendrán derecho a las prestaciones que componen el llamado Plan Obligatorio de Salud -POS- y los beneficiarios del Régimen Subsidiado tendrán derecho a las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado -POS-S- (artículos 162 y siguientes de la Ley 100 de 1993). La unificación de los contenidos de uno y otro plan, después de la universalización de las afiliaciones al sistema, es otra de las metas contempladas en la Ley, aunque aún no se ha logrado. Para la determinación del contenido prestacional del derecho a la salud y en general para la determinación de las prestaciones sanitarias cubiertas por el SGSSS, el Decreto Reglamentario 1938 de 1994 establece el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el SGSSS debe brindar a las personas. Con tal fin, organiza las prestaciones sanitarias en seis subconjuntos o “planes”, a saber, plan obligatorio de salud -POS- y plan obligatorio de salud del régimen subsidiado -POS-S-, plan de atención básica en salud -PAB-, plan de atención en accidentes de trabajo y enfermedad profesional -ATEP-, plan de atención en accidentes de tránsito y eventos catastróficos, y planes de atención complementaria en salud -PAC-, cada uno de los cuales describe detallada y taxativamente las prestaciones sanitarias que cubre. Cada uno de estos planes, de acuerdo con la normativa que los desarrolla, incluyen una serie de prestaciones sanitarias a favor de los beneficiarios de los mismos.

3. Organización territorial del estado y derecho a la salud: la descentralización sanitaria en Colombia

A lo largo de su historia, Colombia ha alternado soluciones centralistas y “federalistas” como fórmu-

las para la organización territorial del Estado. Así las Constituciones de 1821, 1830, 1832 y 1843 organizaron la administración dentro de sistemas eminentemente centralistas como forma para garantizar la pretendida unidad nacional. Por su parte, la Constitución de 1853, 1858 y 1863 se inclinaron por el modelo federalista, pretendiendo con ello promover la autonomía local, y la Carta de 1886, incluyó tímidamente el principio de la descentralización administrativa, aunque, dado su tono claramente centralista, en definitiva la autonomía local quedó bastante anulada. Finalmente, pasadas las reformas constitucionales de 1945 y 1968 que introdujeron cambios constitucionales importantes en materia de organización del Estado aunque en la práctica no arrojaron resultados claros en punto a la descentralización, en la década de los 80 cobra fuerza el proceso de descentralización territorial en Colombia. Este proceso ha presentado dos etapas claramente diferenciadas, la primera de las cuales llega hasta el momento de la expedición de la nueva Carta Política de 1991 y cuyo objetivo primordial era crear capacidad de gestión en los municipios (especialmente en los más pequeños) para la provisión de los servicios sociales y de la infraestructura básica dentro de un contexto de mayor apertura política. En la segunda etapa, tras la expedición de la nueva Constitución, es cuando se consolida políticamente el proceso al tomar medidas de descentralización política y administrativa a favor de los departamentos y al replantearse los sistemas de financiación para las entidades territoriales. Ha sido un proceso lento y complejo ya que ha implicado una ruptura frontal con el centralismo que había caracterizado la historia colombiana hasta entrada la segunda mitad del Siglo XX.²⁶

²⁶

Algunos autores como MORELLI y SANTOFIMIO consideran que las medidas de descentralización y de concesión de autonomía a las entidades territoriales, adoptadas por el Constituyente de 1991, no constituyen realmente un proceso serio de descentralización toda vez que la autonomía política de las entidades territoriales, gracias a algunas disposiciones de la propia Constitución y de la legislación correspondientes, se ve casi totalmente anulada. Sobre este punto ya se ha comentado algo anteriormente. Al respecto puede consultarse MORELLI Rico, Sandra, La autonomía territorial en Colombia, Colección: Temas de Derecho Público, No. 43, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1996, y MORELLI Rico, Sandra y SANTOFIMIO, Jaime Orlando, El centralismo en la nueva Constitución Colombiana, Colección: Temas de Derecho Públi-

El artículo primero de la Constitución de 1991 define a Colombia como "un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales...". Así se concreta la intención del constituyente colombiano de pasar de un esquema con centralización política y descentralización administrativa (dentro del cual el énfasis estaba en lo nacional y la descentralización era simplemente una técnica de administrar) hacia a un sistema de autonomía para las entidades territoriales, sin dejar de lado los requerimientos del Estado unitario. Con la Constitución de 1991 se dio un paso cualitativo importante en materia de descentralización, acercando a las entidades territoriales a un grado de autonomía hasta entonces desconocido en Colombia. En ella se consagran dos modalidades diferentes de descentralización para el cumplimiento de la función administrativa: la descentralización territorial y la descentralización por servicios. La primera se expresa en las entidades territoriales y permite la configuración de los diferentes niveles de gobierno -nivel nacional, nivel territorial y nivel local-, y la segunda hace referencia a las entidades descentralizadas que constituyen la fuente de los sectores administrativos -sector central y sector descentralizado- en cada uno de los niveles del Estado²⁷. En el campo de la descentralización territorial se disponen las diversas reglas de distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales y los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad para su ejercicio, mientras que en el ámbito de la descentralización por servicios los vínculos aparecen dados por reglas de derecho como las de designación del personal de dirección y confianza, la vigilancia de las entidades descentralizadas por el nivel central, etc.

Ahora bien, el eje del proceso de descentralización en Colombia, tanto en la primera como en la

segunda etapa, ha sido la descentralización de los servicios sociales básicos, especialmente los de educación y salud. Desde las primeras propuestas de la reforma constitucional de 1968 se establece claramente que los recursos descentralizados, para entonces los correspondientes a el "situado fiscal", serían destinados prioritariamente para la atención de los servicios de educación y salud cuya prestación sería asumida por las entidades subnacionales según el mandato de la legislación vigente. De ahí que al plantearnos la pregunta sobre los mecanismos utilizados por el Estado colombiano para garantizar la eficacia del derecho a la salud haya surgido la inquietud sobre la relación entre los derechos sociales y los procesos de descentralización en que ha entrado Colombia desde mediados del Siglo XX.

3.1. El primer momento de la descentralización en salud

El primer sistema sanitario que funcionó como tal en el país fue el antiguo Sistema Nacional del Salud creado en 1975 y que consistía en el funcionamiento simultáneo de tres subsistemas, a saber, la seguridad social para los trabajadores oficiales, el sistema privado de asistencia sanitaria, y la red pública de hospitales. Los dos primeros prestaban sus servicios a las personas con capacidad de pago, el primero mediante el aporte programado de cotizaciones por parte de los trabajadores y empleadores, el segundo por el pago por servicios a entidades privadas. La red pública de hospitales, o sub-sistema oficial, estaba dirigida y operado directamente por el Estado a través de diversos centros bajo el sistema de subsidio a la oferta (asistencia pública) y tenía como objetivo la atención de las contingencias en salud de la población indigente y sin capacidad de pago. Esta red de servicio sanitario público, sin embargo, se caracterizó por la falta de equidad en la entrega de servicios y la ineficiencia en la utilización de los recursos lo cual se reflejaba indefectiblemente en la precariedad de la cobertura sanitaria del país. Cuando en 1993 se expide la nueva Ley de Seguridad Social (Ley 100) sólo un 24% de la población tenía seguridad social en salud, el 45% era atendido por la red pública, el 16% accedía directamente a servicios privados y el 15% carecía completamente de cual-

co, No. 28, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1993.

²⁷ Este concepto de descentralización por servicios, que no necesariamente implica la autonomía política y jurídica del llamado ente descentralizado sino que implica la distribución del trabajo del sector en función de una división territorial del espacio de influencia del sector, es el que en algunos sectores de la doctrina corresponde a la llamada desconcentración.

quier tipo de atención sanitaria. Las nuevas propuesta del Sistema General de Seguridad Social en Salud ya estudiadas y de la descentralización de las competencias sanitarias –que estudiaremos a continuación– surgen como fórmulas encaminadas a corregir estas deficiencias.

Hacia 1987 se inicia tímidamente el que sería el primer intento de descentralización de la salud en Colombia²⁸ mediante la expedición del Decreto 77 de ese año que da a los municipios la competencia para construir, dotar y mantener los puestos y centros de salud, y los hospitales locales. Este proceso se haría más sólido con la expedición de la Ley 10 de 1990 que asignó a los municipios todas las competencias de funcionamiento de los hospitales del primer nivel, y a los departamentos las correspondientes al segundo y tercer nivel de atención sanitaria²⁹. Posteriormente, entre 1990 y 1993 se presentaron tres reformas y ajustes cruciales para el sistema de salud colombiano. Las dos primeras, impulsadas por las Leyes 10 de 1990 y 60 de 1993 buscaron orientar los esfuerzos gubernamentales y sectoriales hacia el desarrollo de estrategias de Atención Primaria, la organización del sistema sanitario por niveles de atención y la asignación de competencias y recursos de salud a los diversos niveles territoriales del país. La tercera fue la creación del Sistema General de Seguridad Social en Salud –en adelante SGSSS– por medio de la Ley 100 de 1993 que organizó el Sistema Sanitario en los términos en que fu descrito previamente. Con base en esta nueva regulación, se inició un proceso de reglamentación y ajuste de la política sanitaria que permitiera tanto la implantación de los contenidos del nuevo SGSSS como el proceso

de descentralización sanitaria consagrado en las Leyes 10 de 1990 y 60 de 1993, ambos con miras a desarrollar satisfactoriamente la obligación del Estado de garantizar el derecho a la salud, integrando para ello la descentralización territorial con los tres grandes ejes del Sistema Sanitario, a saber, sistema sanitario público (para la atención mediante el subsidio a la oferta de la población vinculada), el Régimen Subsidiado y el Régimen Contributivo del SGSSS.

La Constitución de 1991 trazó los lineamientos de lo que sería el proceso de descentralización de la sanidad en los artículos 49, 300, 356 y 357, con un claro énfasis en lo relativo a la descentralización de la financiación en materia sanitaria y educativa. En un primer nivel, la Cata establece que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado el cual garantizará a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud de forma gratuita y obligatoria en los términos en que lo determine la ley. La propia Constitución en sus artículos 356, 357 y 359 establece las bases sobre las cuales habrá de reglamentarse la financiación de las entidades territoriales en tanto entidades descentralizadas a fin de garantizar los recursos necesarios para lograr la descentralización de los servicios. Para tal efecto señalaba el antiguo artículo 356 –el artículo 356 vigente es el correspondiente a la reforma constitucional hecha mediante el Acto Legislativo 01 de 2001– que “salvo lo dispuesto por la Constitución, la ley, a iniciativa del Gobierno, deberá fijar los servicios a cargo de la Nación y de las entidades territoriales. Determinará, así mismo, el Situado Fiscal, esto es, el porcentaje de los Ingresos Corrientes de la Nación³⁰ que será cedido a los departamentos, el Distrito Capital y los distritos especiales de Cartagena y Santa Marta, para la atención directa, o a través de los municipios, de los servicios que se les asignen. Los recursos del Situado Fiscal se destinarán a financiar la educación preescolar, primaria, secundaria y media, y **la salud** en los niveles que la ley se-

²⁸ Sobre este primer proceso descentralizador puede consultarse JARAMILLO PÉREZ, Iván “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. Departamento Nacional del Planeación –DNP–, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONAIDE, Bogotá 2002; “Evaluación de la Descentralización SMS”, Fescol, Programa Harvard, Bogotá, 1996; y “Evaluación del Régimen subsidiado y la Descentralización en Salud”. Encuesta sobre 130 municipios realizada por el CIDER-REUNIRSE de la Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997.

²⁹ Las instituciones sanitarias se clasifican en niveles conforme al nivel de complejidad de los servicios que prestan. Esta distribución competencial en función del nivel de complejidad de los servicios estaba contemplada en el artículo 6 de la Ley 10 de 1990.

³⁰ Según el artículo 358 de la Carta se entiende por Ingresos Corrientes de la Nación los constituidos por “los ingresos tributarios y no tributarios con excepción de los recursos de capital.”

ñale, con especial atención a los niños. [...]". (negritas fuera del original)

Por su parte, el artículo 357 (también reformado por el Acto Legislativo 01 de 2001) establecía que “[l]os municipios participarán en los Ingresos Corrientes de la Nación” y que la ley “a iniciativa del Gobierno, determinará el porcentaje mínimo de esa participación y definirá las áreas prioritarias de inversión social que se financiarán con dichos recursos. Para los efectos de esta participación, la ley determinará los resguardos indígenas que serán considerados como municipios [...]”. Así mismo, el artículo 359 establece que no habrá rentas nacionales de destinación específica, excepción hecha de las “participaciones previstas de la Nación a favor de los departamentos, distritos y municipio [esto era el antiguo Situado Fiscal y la Participación de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación, actualmente reemplazados por el Sistema General de Participaciones] destinadas a inversión social [...]”. Sobre esta base se puede decir que la Carta de 1991 hizo un primer intento por fortalecer la descentralización estableciendo que el gasto social tendrá prioridad sobre cualquier otro y previendo para ello la posibilidad de financiar la ampliación sustancial de coberturas en los distintos sectores, entre ellos el de salud.

Sobre este marco constitucional el legislador expidió la Ley 60 de 1993 en la cual definió tanto las competencias de las diferentes entidades territoriales en materia sanitaria, educativa, de saneamiento básico y agua potable, como las áreas prioritarias de inversión social, mediante la fijación de los porcentajes mínimos de la participación municipal y del Situado Fiscal que debían destinarse a financiar las actividades de educación, salud, saneamiento básico y agua potable, señalando las reglas de asignación de dichas participaciones para los diversos sectores sociales. En el campo de la sanidad, la Ley 60 de 1993 entró a armonizar los postulados de la anterior Ley 10 de 1990 que organizaba el Sistema Nacional de Salud con los nuevos mandatos constitucionales, entramado legislativo que vino a completarse con la expedición Ley 100 del mismo año –por la cual se crea el SGSSS- y en la cual se puntualiza sobre la

distribución competencial en materia de salud, conforme se explica a continuación.

En materia competencial, la Ley 60 de 1993 señalaba que de manera general correspondía a la Nación formular las políticas y objetivos de desarrollo, establecer normas técnicas de orientación para las entidades territoriales, administrar los fondos de cofinanciación y crédito, distribuir el Situado Fiscal y las Participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación, y ejercer las labores de vigilancia supervisión y control sobre las actividades nacionales y descentralizadas, entre otras (artículo 5)³¹. En materia específicamente sanitaria le correspondía prestar los servicios médicos especializados del Instituto Nacional de Cancerología y de los Sanatorios de Agua de Dios y Contratación en relación con los enfermos de Hansen (artículo 5, 4 inciso) e impulsar, coordinar y financiar campañas en materia sanitaria (inciso 6).

A los distritos se asignan funciones de administración de los recursos de salud y la coordinación los Sistemas Distritales de Salud y de los niveles 1, 2, y 3 de atención sanitaria³², además de las funciones relacionadas en los artículos 11 y 12 de la Ley 10 de 1990, esto es, coordinar y supervisar la prestación del servicio de salud, contribuir a la formulación y adopción de los planes y programas del sector salud en su jurisdicción, ejecutar y adecuar las políticas y normas científico-técnicas y técnicoadministrativas trazadas por el Ministerio de Salud³³, administrar el Fondo Seccional de Salud (artículo 11 Ley 10 de 1990), ejercer las funciones que expresamente le delegue el Ministerio de Salud, estimular la atención

³¹ Estas competencias de coordinación y dirección del Sistema de Salud habían sido ya asignadas al nivel central con base en el artículo 8 de la Ley 10 de 1990 y en cabeza del Ministerio de Salud

³² La distribución de las competencias sanitarias en función de los niveles de atención estaba ya contemplada en el artículo 6 de la Ley 10 de 1990, en la cual se asignaba a los distritos las correspondientes al primero, segundo y tercer nivel, a los departamentos las correspondientes al segundo y tercer nivel y los municipios la relativa al primer nivel.

³³ El Ministerio de Salud fue fusionado con el Ministerio de Trabajo en un solo Ministerio denominado de Ministerio de la Protección Social mediante la expedición del Decreto 205 del 2003, con base en las facultades otorgadas por el Congreso mediante la Ley 790 del 2002, con lo cual se convierte Colombia en el primer país de América sin un Ministerio destinado específicamente al sector sanitario.

preventiva, familiar, extrahospitalaria y el control del medio ambiente y controlar los factores de riesgo referentes al estado de salud, desarrollar labores de inspección, vigilancia y control de las instituciones que prestan servicios de salud (artículo 12 Ley 10 de 1990), y coordinar y supervisar el proceso de descentralización sanitaria, entre otras. La prestación de tales servicios se haría, según señalaba el propio artículo 4, de forma autónoma con cargo a los recursos del Situado Fiscal y conforme a lo dispuesto en el artículo 14 de la propia Ley 60 de 1993³⁴.

A los departamentos correspondía administrar y planificar los recursos cedidos por la Nación en los aspectos relacionados con sus competencias en los campos de educación y **salud**, ejercer “funciones de coordinación, subsidiariedad y concurrencia relacionadas con las competencias municipales”, y hacer seguimiento, evaluación y control de la acción municipal, entre otras. En el campo sanitario el departamento debía actuar como intermediario entre los municipios y la Nación, coordinar y asesorar a los Municipios y a las Instituciones Prestadoras de los Servicios de Salud –IPS– en los ámbitos administrativo y financiero, financiar y garantizar la prestación de los servicios de tratamiento y rehabilitación correspondientes al segundo y tercer nivel de atención en salud, asumir la prestación de los servicios de primer nivel en los municipios que no hayan asumido la prestación descentralizada de los mismos, programar la distribución de los recursos de Situado Fiscal por municipio, otorgar subsidios a la demanda a la población de menores recursos en las áreas de educación y **salud**, y desarrollar las funciones establecidas en el artículo 11 de la Ley 10 de 1990, entre otras (artículo 3 de la Ley 60 de 1993). La prestación de tales servicios se haría en forma autónoma por los departamentos determinados por el Ministerio de Salud (artículo 14 de la Ley 60 de 1993); tanto la

planta de personal como las instituciones tendrán carácter departamental (artículo 3.6.f).

A los municipios, por su parte, correspondía la prestación de los servicios sanitarios de primer nivel de complejidad, dirigir el Sistema Local de salud, ejercer las funciones de fomento, prestación de servicios de rehabilitación y financiación de los centros sanitarios señalados en el artículo 12 de la Ley 10 de 1990, entre otras (artículo 2 de la Ley 60 de 1993). Los municipios podrían asumir la prestación de los servicios sanitarios de segundo y tercer nivel siempre que su capacidad científica, tecnológica, financiera y administrativa así lo permitieran, previo acuerdo con el respectivo departamento. Las medidas de descentralización de competencias que se acaban de reseñar, van acompañadas por una serie de disposiciones en relación con la descentralización de los recursos necesarios para su ejecución por parte de las entidades territoriales. A tal fin, la Constitución establecía los sistemas del Situado Fiscal y de Participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación para la financiación de las competencias en salud y educación descentralizadas en los departamentos y distritos, y en los municipios, respectivamente. La distribución de tales recursos fue reglamentada por la Ley 60 de 1993 según la cual, del monto del total del Situado Fiscal, cada entidad territorial tendría la obligación mínima de asignar el 60% a educación y el 20% a salud. El 20% restante debía ser destinado a educación o salud según las metas y necesidades de cobertura propias de cada departamento.

La misma ley establecía que un mínimo del 50% del Situado Fiscal para salud debería ser aplicado al primer nivel de atención y consecuentemente debía ser transferido a los municipios y distritos que hubieran asumido la competencia de su prestación (artículo 10 párrafo 1 Ley 60 de 1993³⁵). Los criterios para la distribución de estos recursos del Situado Fiscal entre los municipios estaban establecidos en el artículo 13 de la misma Ley. En la misma línea, de los recursos municipales provenientes de la partici-

³⁴ Los artículos 14 y 16 de la Ley 60 de 1993 señalan el proceso de “certificación” de las entidades territoriales para poder asumir la descentralización de los servicios de educación y salud. Recuérdese que el sistema de certificación hacía referencia a una serie de requisitos institucionales de capacidad técnica y administrativa que debían cumplir las entidades territoriales para ser certificadas por el correspondiente Ministerio como paso previo a la asunción, por su parte, de las competencias descentralizadas que les otorgaba la ley.

³⁵ Lo anterior en reemplazo del artículo 34 de la Ley 10 de 1990 que contenía una disposición similar.

pación en los Ingresos Corrientes de la Nación, un 30% debería ser destinado a educación, un 25% a salud, un 20% a saneamiento básico y agua potable, un 5% a educación física, recreación, cultura y deporte, y el 20% restante sería de libre asignación.

Las disposiciones en materia de descentralización del sector salud fueron complementadas por los contenidos de la Ley 100 de 1993 que señala nuevas competencias en relación con la administración y manejo del conjunto de elementos que conforman el actual SGSSS, en función de los tres grandes ejes del Sistema, a saber, el Régimen Contributivo –RC-, el Régimen Subsidiado –RS- y la red sanitaria pública. De estos tres ejes el primero –RC- queda a cargo de las EPS (públicas o privadas) y sólo mantiene una vinculación funcional al Sistema mediante el FOS-YGA y en cumplimiento de los lineamientos generales trazados por el Estado. Las competencias sobre los dos ejes restantes, esto es la administración del RS y de la red pública de entidades sanitarias, son repartidas entre las diferentes entidades territoriales. A partir de la Ley 100 de 1993, la competencia en materia sanitaria sobre la administración del Régimen Subsidiado quedó a cargo de las direcciones departamentales, distritales o locales –según el grado de descentralización y las competencias asumidas conforme al proceso de certificación y a los postulados generales de la Ley 60 de 1993-, las cuales “suscribirán contratos de administración del subsidio” con las empresas Administradoras del Régimen Subsidiado –ARS- (públicas o privadas) que serían las encargadas de afiliar a los beneficiarios y de prestar, directamente o a través de contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud –IPS- (públicas o privadas), los servicios contemplados en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –POS-S-. Durante el período de ajuste de los nuevos mandatos legales, se daba competencia al nivel departamental para asumir el proceso de aseguramiento y manejo de los recursos del SGSSS –en calidad de Empresa Promotora de Salud temporal-, hasta el definitivo establecimiento de las ARS como intermediarios financieros y administradoras de subsidios del Régimen Subsidiado.

Por su parte, la red pública de instituciones prestadoras de servicios sanitarios seguiría a cargo de las direcciones locales, distritales o departamen-

tales de salud en los mismos términos propuestos por las Leyes 10 de 1990 y 60 de 1993 y en función de los tres niveles de atención según complejidad, pero bajo el entendido de que a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993 se debería poner en marcha un “programa de conversión gradual” concertado entre el Ministerio de Salud y las entidades territoriales, con el fin de que las entidades territoriales organizaran internamente tanto el manejo de sus competencias sobre el Régimen Subsidiado, como la integración de las instituciones sanitarias públicas a su cargo al SGSSS mediante la conversión de los hospitales públicos en “empresas sociales del Estado” que entrarían a competir como instituciones prestadoras de salud –IPS- con la IPS privadas. La red sanitaria pública seguirá entonces prestando los servicios sanitarios necesarios a aquellas personas no afiliadas ni beneficiarias de los Regímenes Constitutivo y Subsidiado, es decir de aquellos “vinculados” al SGSSS, hasta el momento en que se cumpliera la meta de cobertura universal –año 2000 según señalaba el artículo 157 de la misma Ley-, y cubriendo las prestaciones no contempladas en el POS-S para los beneficiarios del Régimen Subsidiado hasta el momento en que éstas se igualaran con las prestaciones del POS –años 2001, según el artículo 162-. Para participar de la financiación del Régimen Subsidiado la Ley 100 de 1993 estableció que debían ser destinados 15 puntos porcentuales sobre el 25% de las Participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación destinados a salud (artículo 214.a), y de los recursos del Situado Fiscal, y las rentas cedidas a los departamentos y distritos necesarios para cubrir por lo menos los servicios de segundo y tercer nivel de atención (artículo 214.c). El resto de los recursos se destinarían a la financiación de las demás competencias en materia sanitaria en cada entidad territorial.

3.2. El segundo momento de la descentralización en materia sanitaria. La Constitución de 1991 reformada por los Actos Legislativos 01 de 1996 y 01 de 2001 y los cambios propuestos por la ley 715 de 2001

En los términos en que fueron propuestos, el sistema de descentralización de la salud y el nuevo

SGSSS no arrojaron los resultados esperados. En el Informe “Evaluación de la Descentralización en Colombia: balance de una década” publicado en 2002 por el Departamento Nacional de Planeación, señala que según el diagnóstico del Ministerio de Salud se generaron diversos problemas para el cumplimiento de las funciones asignadas a los gobiernos locales tanto en el campo de la prestación de servicios sanitarios, como en el campo de la administración y garantía de acceso a los servicios de salud en condiciones de calidad, oportunidad y eficiencia³⁶. La coexistencia de los tres ejes del SGSSS y de diferentes niveles competenciales para su manejo y administración con la distribución competencial que operaba ya en función de los niveles de atención, obligaban a tener extremo cuidado en la coordinación, vigilancia y control de cada uno para evitar disfuncionalidades. Sin embargo, la falta de claridad en la distribución de competencias, la limitación de la autonomía de las entidades territoriales, las deficiencias técnicas y administrativas, y la falta de claridad sobre la responsabilidad de cada administración, entre otras, llevaron a que el proceso no lograra desarrollarse de la manera esperada, ni desde el punto de vista de la descentralización, ni desde las metas de calidad y cobertura propuestas por la Ley 100 de 1993. La asignación forzosa de porcentajes determinados de los ingresos de las entidades territoriales a rubros específicos, la disfuncionalidad en el engranaje entre los distintos niveles territoriales y la fórmula legal de repartición de competencias limitaban la autonomía y no permitía suficiente claridad en las responsabilidades de cada uno de los niveles, en la medida en que las competencias asignadas a departamentos y municipios se traslapaban produciendo colisiones y poca claridad en los mecanismos de responsabilidad, rendición de cuentas o solución de conflictos.

En el caso específico del sector salud³⁷ se planteaba que la fórmula entonces vigente de asignación

regional de los recursos derivada del sistema de Situado Fiscal y Participaciones de los municipios en el Ingresos Corrientes de la Nación presentaba inequidades, al punto que en algunos departamentos o distritos se recibían más recursos de los requeridos para atender la prestación del servicio al tiempo que no existían mecanismos de reasignación hacia las entidades que presentaban faltantes. En cuanto a la puesta en marcha del SGSSS, especialmente en lo que se refiere al proceso de transformación de recursos de subsidios de oferta a demanda, se incumplieron los propósitos de manera constante. Estos ajustes derivaron en que los entes territoriales destinaran buena parte de sus propios recursos (rentas cedidas y otros) a la financiación de subsidios a la oferta (financiación de hospitales) lo cual repercutió en el no incremento de la cobertura o en el no mejoramiento de la calidad en las prestaciones sanitarias.

Ante las anteriores dificultades, se planteó la necesidad de una reforma profunda del sistema de financiación basado en el Situado Fiscal y en las Participaciones de los municipios sobre los Ingresos Corrientes de la Nación, y sobre el sistema competencial en el ámbito de los servicios sociales (especialmente educación y salud), la cual se llevó a cabo mediante la expedición del Acto Legislativo 01 de 2001 (reformatorio de los artículos 347, 356 y 357 de la Constitución) y de la Ley 715 del mismo año. La propuesta aprobada por el Congreso y recogida en el Acto Legislativo 01 de 2001, suprimió la fórmula con la que se calculaban las transferencias del Situado Fiscal y las Participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación (artículos 356 y 357 de la Constitución), y creó una bolsa única de recursos para las entidades territoriales denominada el Sistema General de Participaciones. Posteriormente, la Ley 715 de 2001 definió la naturaleza de este Sistema (artículo 1) y estableció la conformación del mismo en tres componentes, a saber, una participación de propósito específico para educación —que corresponderá al 58.5%—, una para salud —que sería del 24.5%—, y una participación de propósito

³⁶ Departamento Nacional de Planeación –DNP–, Dirección de Desarrollo Territorial, *Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década. Tomo I “Marco Conceptual y resultados del progreso municipal”*. Departamento Nacional de Planeación, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONAIDE, Bogotá 2002, pág. 92 y ss.

³⁷ “Exposición de Motivos al Proyecto de Acto Legislativo por el cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política [artículos 299,

303, 312, 314 y 323]”, presentado al Congreso de la República por el Gobierno Nacional, 2001. (Proyecto del posterior Acto Legislativo 20 de 2002)

general de libre destinación –del 17%- (artículos 3 y 4).³⁸

En el campo sanitario la Ley 715 de 2001 pretendió “clarificar las competencias y responsabilidades de cada entidad territorial y asignar los recursos con criterios verificables de eficiencia y equidad, que permitan aplicar mecanismos de reconocimiento o castigo de acuerdo con la gestión”.³⁹ Igualmente la Ley propone la creación de mecanismos de formulación de políticas, planeación y control de la oferta pública y privada de servicios de salud, con el fin de lograr un uso eficiente de los recursos del Estado y de los particulares, para cubrir las necesidades de toda la población en los distintos niveles territoriales y de complejidad médica. La Ley dispone así la creación de las llamadas Redes de Servicios que se articularán a nivel departamental y que permitirán organizar y articular los recursos disponibles para atender a la población, y plantea una transformación del “esquema de organización de los hospitales públicos de manera integrada en redes por grupos georreferenciados de instituciones”, y el diseño de una política de prestación de servicios que garantice “un uso eficiente de los recursos públicos y privados disponibles para financiar la atención de salud de la población.”⁴⁰

3.2.1. La nueva distribución competencial en materia de salud

La existencia simultánea de las Leyes 60 y 100 de 1993 –y su articulación con los postulados vigentes de la Ley 10 de 1990-, no logró ser lo suficientemente armónica, probablemente porque ambas cursaron trámite en el Congreso de manera casi si-

multánea pero independiente, de forma tal que no se puso la atención suficiente a las implicaciones que cada una podría tener sobre la otra. Pues bien, la Ley 715 de 2001 intenta “saldar esta deuda” mediante la integración de la descentralización sanitaria y el SGSSS para lo cual propone un doble criterio de distribución de competencias. En primera instancia, establece una distribución en función de los tres grandes ejes del SGSSS –sistema sanitario público (apara la atención mediante el subsidio a la oferta de la población vinculada), el Régimen Subsidiado y el Régimen Contributivo del SGSSS- especificando además los niveles competenciales en materia de salud pública. Adicionalmente señala las competencias específicas que en relación con cada “eje” le corresponderán a cada entidad territorial. Bajo este entendido, la nueva propuesta establece la vinculación de los tres ejes del SGSSS bajo la dirección y coordinación del Estado y mantiene la distribución competencial entre los sub-niveles departamental, distrital y municipal únicamente sobre el manejo del sistema público de sanidad, la salud pública y el Régimen Subsidiado.

El legislador de 2001 dejó de lado la asignación de competencias con base en los niveles de atención sanitaria y optó por entregar las competencias sobre gestión de la prestación de servicios de la red sanitaria pública a los departamentos, con lo cual son ellos los que quedan a cargo de la prestación de los servicios médicos a la población “vinculada” y de la prestación de los servicios no contemplados en el POSS para la población beneficiaria del Régimen Subsidiado. A los municipios les asigna las competencias de afiliación, administración y coordinación del Régimen Subsidiado, lo que incluye el programa de selección e identificación de beneficiarios –SIS-BEN- y la contratación con las ARS, y les asigna además una función de promoción sobre la afiliación al Régimen Contributivo. Esto implica que desaparece el antiguo sistema de certificación de los municipios en el campo sanitario en la medida en que desaparece para ellos la posibilidad de adquirir competencias en materia de prestación de servicios de salud. En cuanto a la salud pública, el artículo 46 de la Ley señala que su gestión es función esencial del Estado y para tal fin “la Nación y las entidades te-

³⁸ Al respecto se puede consultar FINOT, Iván, Descentralización en América Latina: cómo hacer viable el desarrollo local, *Serie Gestión Pública* No. 38, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social -ILPES-CEPAL, Santiago de Chile, octubre de 2003, pág. 19

³⁹ “Exposición e Motivos al Proyecto de Ley por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política, y se dictan otras disposiciones”, que cursó ante el Congreso de la República bajo la rúbrica de Proyecto de Ley 120 de 2001 en el Senado, *Gaceta del Congreso* Número 500 del jueves 27 de septiembre de 2001 Pág. 23.

⁴⁰ Exposición de motivos al Proyecto de ley 120 de 2001 en el Senado. *Gaceta del Congreso* Número 500 del jueves 27 de septiembre de 2001. Pág. 26.

territoriales concurrirán en su ejecución [...].” En este contexto, buena parte de las actividades de promoción y prevención en salud pública que estaban incluidas en los servicios del POS-S fueron trasladadas a los municipios y distritos⁴¹. Finalmente, a los distritos les asigna las mismas competencias que a los departamentos y municipios⁴².

A partir de esta clara separación entre las competencias de las entidades territoriales sobre los tres ejes del SGSSS y en relación con la salud pública, la Ley 715 de 2001 establece las competencias específicas que en su ámbito corresponde a cada entidad, de la siguiente manera:

En cuanto al sistema sanitario en general, el artículo 42 de la Ley 715 de 2001 señala que corresponde a la Nación “la dirección del sector salud y del SGSSS en el territorio nacional, de acuerdo con la diversidad regional”. Para ello, será de su competencia la formulación, reglamentación, coordinación, seguimiento y evaluación de los sistemas de financiación y de las políticas, planes, programas y proyectos de interés nacional para el sector salud y el SGSSS, y la financiación, cofinanciación, coordinación, y evaluación de programas, planes y proyectos de inversión en materia de salud, con recursos diferentes a los del Sistema General de Participaciones.

⁴¹ Según el segundo inciso del artículo 46 de la Ley 715 de 2002 “[l]os distritos y municipios asumirán las acciones de promoción y prevención, que incluyen aquellas que a la fecha (...) hacían parte del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado. [...]” El traslado de dichas actividades estará acompañado del traslado de los fondos del RS que antes se destinaban a dichas actividades hacia la correspondiente entidad territorial, en la proporción que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, y con el fin de garantizar su financiación. De ello se exceptúan las Administradoras del Régimen Subsidiado Indígenas y a las Entidades Promotoras de Salud Indígenas. Por su parte el artículo 4º del Acuerdo No. 229 de 2002 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud señala taxativamente las actividades de salud públicas que deben ser trasladadas del RS a las entidades territoriales. Las demás actividades de promoción y prevención de la salud no contempladas en tal listado, no han sido transferidas a los distritos y municipios por lo cual continúan radicadas en las ARS (artículo 5 Ley 715 de 2001). Al respecto se puede consultar la sentencia C- 791 de 2002 de la Corte Constitucional, F.j. 5. M.P. Eduardo Montealegre.

⁴² Solamente excluye de las competencias Distritales las que le corresponden a los departamentos en materia de intermediación entre los municipios y la Nación, y aclara que la prestación de los servicios de salud en los distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta se articularán a la red de prestación de servicios de salud de los respectivos departamentos.

En cuanto a los servicios de salud, a la Nación se reserva la competencia sobre la prestación “los servicios especializados a través de las instituciones adscritas: Instituto Nacional de Cancerología, el Centro Dermatológico Federico Lleras Acosta y los Sanatorios de Contratación y Agua de Dios⁴³, así como el reconocimiento y pago de los subsidios a la población enferma de Hansen, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. [...]”.⁴⁴ En el campo de la salud pública le corresponde a la Nación “definir las prioridades de la Nación y de las entidades territoriales en materia de salud pública y las acciones de obligatorio cumplimiento del Plan de Atención Básica (PAB), así como dirigir y coordinar la red nacional de laboratorios de salud pública, con la participación de las entidades territoriales”, y “adquirir, distribuir y garantizar el suministro oportuno de los biológicos del Plan Ampliado de Inmunizaciones (PAI), los insumos críticos para el control de vectores y los medicamentos para el manejo de los esquemas básicos de las enfermedades transmisibles y de control especial”.

El artículo 43.1 de la Ley 715 de 2001 señala que, atendiendo a las disposiciones nacionales, corresponde a los departamentos “dirigir, coordinar y vigilar el sector salud y el SGSSS en el territorio de su jurisdicción para lo cual habrá de formular sus planes, programas y proyectos para el desarrollo del sector y “adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar, en el ámbito departamental las normas, políticas, estrategias, planes, programas y proyectos” que para el sector formule y expida la Nación. Será también de su competencia “prestar asistencia técnica y asesoría a los municipios e instituciones públicas que prestan servicios de salud, en su jurisdicción” y “supervisar y controlar el recaudo y la aplicación de los recursos propios, los cedidos por la Nación y los del Sistema General de Participaciones con destinación específica para salud, y administrar los recursos del Fondo Departamental de Salud.” Igualmente tendrá las competencias de implementación, administración y coordinación del sistema inte-

⁴³ Sanatorios especializados para enfermos de Hansen.

⁴⁴ Artículo 42.16 Ley 715 de 2001

gral de información en salud en su territorio. Deberá también “adoptar, difundir, implantar, ejecutar y evaluar la Política de Prestación de Servicios de Salud, formulada por la Nación” (artículo 43.2.3), al tiempo que “preparar el plan bienal de inversiones públicas en salud [...]” (artículo 43.2.7). El departamento tendrá además funciones de vigilancia y control sobre el cumplimiento de las “políticas y normas técnicas, científicas y administrativas que expida el Ministerio de Salud”, y sobre las actividades que desarrollan los municipios de su jurisdicción. En cuanto a la prestación de los servicios corresponde al departamento organizar, dirigir, coordinar, administrar, ejecutar y concurrir en la financiación de la Red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud públicas en el departamento (artículos 43.2.4 y 43.2.5), efectuar tareas de registro, vigilancia y control sobre las mismas (artículos 43.2.5, 43.2.6 y 43.2.8), gestionar la prestación y, si lo considera pertinente, concurrir en la financiación de los servicios de salud en lo no cubierto con subsidios a la demanda a la población pobre que resida en su jurisdicción mediante instituciones prestadoras de servicios de salud públicas o privadas (artículos 43.2.1 y 43.2.2), entre otras.

En el campo de la salud pública (artículo 43.3), compete al departamento adoptar, difundir, implantar y ejecutar la política de salud pública formulada por la Nación, garantizar la financiación y la prestación de los servicios de laboratorio de salud pública, establecer la situación de salud en el departamento y propender por su mejoramiento, formular y ejecutar el Plan de Atención Básica departamental, monitorear y evaluar la ejecución de los planes y acciones en salud pública de los municipios de su jurisdicción, dirigir y controlar dentro de su jurisdicción el Sistema de Vigilancia en Salud Pública, y participar de la vigilancia y control sobre medicamentos, y sobre los factores de riesgo del ambiente que afectan la salud humana. En relación con los dos regímenes de aseguramiento del SGSSS, el artículo 43.3.9 le otorga al departamento la competencia sobre la coordinación, supervisión y control de las “acciones de salud pública que realicen en su jurisdicción las Entidades Promotoras de Salud, las demás entidades que administran el régimen subsidiado, las entidades trans-

formadas y adaptadas y aquellas que hacen parte de los regímenes especiales, así como las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud e instituciones relacionadas”. Adicionalmente, el artículo 43.4 le asigna al departamento las competencias de vigilancia y el control del aseguramiento en los regímenes de excepción definidos en la Ley 100 de 1993⁴⁵. Y como excepción al sistema general, la propia Ley⁴⁶ establece que para el caso de los nuevos departamentos creados por la Constitución de 1991⁴⁷, compete al departamento administrar los recursos del Sistema General de Participaciones en Salud “destinados a financiar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable de los corregimientos departamentales”, así como identificar y

⁴⁵ El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 señala que el Sistema Integral de Seguridad Social contenido en ella “no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto- Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas. Así mismo, se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. Se exceptúan también, los trabajadores de las empresas que al empezar a regir la presente Ley, estén en concordato preventivo y obligatorio en el cual se hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección de las pensiones, y mientras dure el respectivo concordato [...]” Para todos estos casos, y para el referente a la protección sanitaria de los grupos étnicos nacionales se prevé la existencia de Regímenes Especiales de protección de las contingencias en salud.

⁴⁶ Artículo 43.4.2

⁴⁷ La Constitución de 1991 dio carácter de departamentos a las antiguas Intendencias de Arauca, Casanare, Putumayo, Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina y a las Comisarías del Amazonas, Guaviare, Guainía, Vaupés y Vichada. (artículo 309). Las antiguas Intendencias y Comisarías eran divisiones territoriales consideradas como “territorios nacionales” que tenían un régimen especial de protección y dependencia del poder central.

⁴⁸ Se entiende por corregimientos departamentales aquellas zonas existentes en los nuevos departamentos creados por la Constitución de 1991 –antiguas Intendencias y Comisarías–, que no estén dentro de la jurisdicción de un municipio o distrito; en el antiguo sistema, los corregimientos “eran espacios que, por su escasa densidad poblacional y falta de actividades económicas, así como por ciertas consideraciones de orden público, no constituían municipios, y por ello dependían directamente de las autoridades encargadas del manejo de los territorios nacionales [Intendencias o Comisarias]”. (Sentencia C- 141 de 2001 Corte Constitucional, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1). Son divisiones territoriales dentro de un departamento pero que no corresponden jurisdiccionalmente a ningún municipio o distrito de manera que su mayor autoridad local, el Corregidor, es agente del gobernador departamental. El artículo 98 de la Ley 715 de 2001 señala que la población que habita dichos corregimientos se tendrá en cuenta para los cálculos correspondientes para la distribución de los recursos del

seleccionar los beneficiarios del subsidio y contratar su aseguramiento”.

Por otra parte, el artículo 44 de la Ley 715 señala que corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el SGSSS en el ámbito de su jurisdicción mediante la gestión y administración de los recursos del Fondo Local de Salud, y gestionar y supervisar el acceso de la población de su jurisdicción a los servicios de salud, entre otras. El fuerte de las competencias municipales en materia sanitaria se centra en el aseguramiento de la población al SGSSS (artículo 44.2) (con las excepciones que se derivan de las competencias que en este campo corresponden a los departamentos), en desarrollo de lo cual corresponde al municipio financiar, cofinanciar y ejecutar los recursos para la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable, celebrar contratos para su aseguramiento y realizar el seguimiento y control sobre ellos; manejar y ejecutar el sistema de identificación y selección de beneficiarios -SISBEN-; promover en su jurisdicción la afiliación al Régimen Contributivo del SGSSS de las personas con capacidad de pago y evitar la evasión y elusión de aportes.

En el campo de la salud pública corresponde al municipio adoptar, implementar y adaptar las políticas y planes de conformidad con las disposiciones del orden nacional y departamental, y formular, ejecutar y evaluar el Plan de Atención Básica municipal. Compete también a los municipios en general formular y ejecutar las acciones de promoción, prevención, vigilancia y control de vectores y zoonosis y ejercer en su jurisdicción vigilancia y control sanitario sobre los factores de riesgo para la salud, entre otras. En cuanto al sistema de certificación de los municipios, el parágrafo del artículo 44 señala que “[l]os municipios certificados a 31 de julio de 2001 que hayan asumido la prestación de los servicios de salud, podrán continuar haciéndolo, si cumplen con la reglamentación que se establezca dentro del año siguiente a la expedición de la presente ley. Ningún municipio podrá asumir directamente nuevos servi-

cios de salud ni ampliar los existentes y están obligados a articularse a la red departamental”.

Los distritos, por su parte, tendrán “las mismas competencias que los municipios y departamentos, excepto aquellas que correspondan a la función de intermediación entre los municipios y la Nación”, con la salvedad de que “la prestación de los servicios de salud en los distritos de Barranquilla, Cartagena y Santa Marta se articulará a la red de prestación de servicios de salud de los respectivos departamentos. En los mencionados distritos, el laboratorio departamental de salud pública cumplirá igualmente con las funciones de laboratorio distrital” (artículo 45 de la ley 715/2001).

En materia de financiación se establece que los servicios sanitarios serán financiados por las transferencias que para tal fin reciban las entidades territoriales de parte de la Nación y una parte que deberá corresponder a los esfuerzos propios de cada entidad. Complementario a tal determinación, el artículo 54 de la Ley 812 de 2003 (“por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006”) establece que conforme a los postulados de los artículos 50 y 70 de la Ley 715 de 2001, corresponde al Consejo Superior de Seguridad Social en Salud definir, previo un análisis con las entidades territoriales, un plan de generación y reasignación de recursos para lograr el aseguramiento universal de la población al SGSSS.

No sobra agregar que a pesar del panorama que se acaba de presentar, la excesiva reglamentación de la sanidad por parte del legislador estatal ha dejado prácticamente anulada la autonomía de las entidades territoriales en este campo, reduciendo su círculo competencial a labores meramente administrativas del SGSSS. Así, la reglamentación de la Ley 100 de 1993 limitó seriamente muchas de las facultades de regulación, planeación y promoción del desarrollo económico y social que consagra la Constitución a favor de las entidades territoriales, lo cual tiene una clara incidencia en el campo de las competencias sanitarias. Ejemplo de ello es la creación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud (artículo 171 de la Ley 100 de 1993), con escasa representación territorial, como ente encargado de definir y regla-

Sistema General de Participaciones. Los recursos para estos corre-gimientos serán administrados por los departamentos, quienes serán los responsables por la prestación de los servicios.

mentar aspectos fundamentales de la administración del SGSSS como el manejo del RS, los consejos regionales de salud, el monto de las cotizaciones para el sistema, los medicamentos esenciales y genéricos, el POS y el POS-S, y el valor de las UPC correspondientes a cada uno de la Planes de Salud. Tras su creación, la competencia reglamentaria y de planeación que constitucionalmente se había consagrado a favor de las entidades territoriales, queda derivada al Consejo.

III. Evaluación de las condiciones del derecho a la salud en Colombia: la eficacia del derecho

Del estudio de los compromisos adquiridos por el Estado en relación con el derecho a la salud, derivados tanto de su adhesión a tratados internacionales como de su propia normativa interna, se desprende que el Estado colombiano está incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones en relación con uno y otro sistema normativo. De hecho las actuales condiciones del sistema sanitario colombiano son realmente precarias tanto en términos de garantizar la universalidad y la equidad en el acceso a los servicios sanitarios como en relación con las metas de salud pública. Según las cifras de la Encuesta Nacional de Calidad de Vida en el año 2003 sólo el 61,7% de la población nacional se encontraba afiliada o era beneficiaria del Sistema General de Seguridad Social en Salud mientras que un 38,3% carecía completamente de cobertura (estas cifras varían según la fuente y hay sectores que aseguran que el índice de cobertura no supera el 56% de la población –Editorial Diario El Tiempo, 27 de diciembre de 2003, pág. 1-20).

Además de todo lo anterior, y dado que en el contexto de violencia que vive Colombia es imposible una separación entre las dificultades generales del país y aquellas que afectan el ejercicio de los derechos, independientemente de los mandatos internacionales, constitucionales y legales sobre el derecho a la salud, o a pesar de ellos, existen otras dificultades que limitan su ejercicio “universal” por parte de la población colombiana. Entre ellos la violencia constituye hoy en día uno de los principales problemas de salud pública del país, tanto en térmi-

nos de número de muertes, como en términos de dolor, enfermedad, deterioro de la calidad de vida y costes económicos para la sociedad y para el sector salud. El desarrollo del conflicto armado colombiano ha afectado la provisión de servicios sanitarios y ha atentado contra la integridad de la Misión Médica de múltiples maneras, comprometiendo el derecho a la salud de la población civil. Las profundas desigualdades sociales, que entre otras cosas se reflejan en el estado de salud de las personas y en las inequidades que se presentan a la hora de acceder a los servicios sanitarios, y la deplorable situación de los derechos humanos en general se han convertido entonces en consecuencia y causa a la vez del conflicto armado, de la impunidad y de la delincuencia.

Ahora bien, al margen de las breves consideraciones que acabamos de plantear en relación con la vinculación entre la situación política y de violencia que vive el país y las condiciones de eficacia del derecho a la salud (asunto que podría ser por sí mismo tema de un estudio monográfico), existen una serie de factores que afectan y comprometen la vigencia del derecho a la salud en Colombia, los cuales podríamos concretar al menos en tres grandes “bloques”: los problemas equidad –tanto a nivel de las prestaciones como en relación con la cobertura social y territorial que plantea el Sistema General de Seguridad Social –SGSSS– y que se traducen en la incapacidad de garantizar la universalidad del derecho; los diversos problemas financieros que han rodeado la puesta en marcha del SGSSS; y las consecuencias de las dificultades que ha planteado la implementación del proceso de descentralización sanitaria.

1. La universalidad y la equidad en el sistema sanitario

Dentro del primer “bloque” de causas, además de los problemas que equidad o equilibrio territorial en materia sanitaria que no han podido saldarse dentro del proceso de descentralización sanitaria (sobre los que volveremos más adelante), en el marco de la Ley 100 de 1993 se genera de entrada un problema de equidad social que afecta los términos de la cobertura y que obedece a dos factores: de un lado al hecho de que el Plan Obligatorio de Salud –POS– que ofrece el Régimen Subsidiado –RS– es muy infe-

rior al POS que se ofrece a los asegurados en el Régimen Contributivo –RC-, o lo que es lo mismo, que el paquete de servicios previstos por el seguro del RS, esto es el POS-S, es muy inferior al paquete de servicios que ofrece el RC -POS-. Del otro, a que en la regulación de la cobertura del RS se planteó que, inicialmente, sólo los estratos más pobres de la población podrían acceder al subsidio, es decir, podrían ser inscritos en el RS, dejando de lado la posibilidad de asegurar a sectores que, si bien no rozan los límites de miseria, tampoco tienen capacidad de pago, con lo cual no pueden participar del RC, quedando así en una categoría de “vinculados” que, pese a haber sido plantada como transitoria, ha devenido en permanente. Veamos:

En relación con la diferencia de contenidos entre el POS y el POS-S debe decirse que en principio se planteó que esta sería eminentemente transitoria y como mucho duraría hasta el año 2001 en el cual se esperaba haber logrado la cobertura universal de manera que los fondos destinados hasta el año 2000 a la ampliación de la cobertura, podrían ser destinados a partir de dicho memento a la ampliación del catálogo de servicios cubiertos por el POS-S. Pero ello, como lo demuestra las cifras transcritas en el capítulo VI, no ha sido así, al punto que en la reforma contenida en la Ley 715 de 2001 se derogó expresamente el último inciso del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 que contenía la previsión de tal transitoriedad. De este contexto se deriva un elemento adicional cual es el de que el monto de la póliza del aseguramiento en el RS, esto es la UPC-S, es, desde el inicio, prácticamente la mitad del monto del RC –UCP-. Y no sólo eso sino que para diciembre de 2003 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió un nuevo acuerdo en el que se aumenta la UPC para el año 2004 en un 7,1% mientras que la UPC-S sólo se aumenta en un 6,2%⁴⁹; es decir, que en lugar de propender por la equiparación de ambas Unidades de Capitación se sigue abriendo la brecha entre una y otra y por tanto la diferencia en los contenidos de cada uno de los Planes de Salud –v.g. POS y POS-S-. Así las cosas, puede decirse que

en términos de aseguramiento de las contingencias de salud de los beneficiarios, la cobertura del RS equivale prácticamente a la mitad que la cobertura del RC y que la diferencia entre uno y otro paquete de servicios sigue creciendo.⁵⁰

Por otro lado, y en relación con aquella parte de la población que está destinada a permanecer en calidad de “vinculada” del Sistema, podría concluirse que lo que existe es un importante vacío en el diseño de políticas tendientes a lograr la cobertura equitativa y universal en la medida en que de un lado se “permite” la evasión de cotizaciones por parte de un grupo poblacional no vinculado al trabajo formal pero que goza de alguna capacidad de pago, y por el otro no se posibilita la inclusión de la población de estratos medios no vinculada al trabajo formal –que incluye un grupo poblacional sin capacidad de pago que se encuentra por encima de los estratos 1 y 2 del SISBEN- al régimen de aseguramiento. Esta población constituye un grupo poblacional que, dada la lógica con la cual se ha manejado el sistema de distribución del subsidio, se encuentra destinado a ser excluido del régimen de aseguramiento, ya que pese a no tener capacidad de pago, tampoco encaja en el nivel de pobreza que exige el SISBEN para otorgar el subsidio. Para entender este fenómeno, es necesario profundizar un poco en la fórmula adoptada por el legislador para la focalización de los recursos de subsidio a la salud.

El proceso de selección de los beneficiarios del RS del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS-, así como la priorización de los beneficiarios de acuerdo con los recursos disponibles, se encuentran regulados por los artículos 8°, 9° y 47 del Acuerdo número 77 del Consejo Nacional de Seguridad Social, de 1997. Sobre esta base, el Consejo

⁴⁹ Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, Acuerdo del 22 de diciembre de 2003.

⁵⁰ Algunos analistas consideran que para lograr una medición real de la cobertura en un Sistema de Seguridad Social en Salud en el cual se da la posibilidad de aseguramientos parciales o diferenciales, como es el caso colombiano según se acaba de explicar, es necesario medir no sólo el número de afiliados, sino también los recursos disponibles para pagar las primas de aseguramiento y el contenido del paquete de servicios ofrecido. Sobre esta base, de ser tenidos en cuenta ambos factores, las cifras de cobertura del SGSSS en Colombia resultan aún más desalentadoras. Ver al respecto RAMÓN GRANADOS TORAÑO y MARÍA C. GÓMEZ MONTOYA, “La Reforma de los Sistemas de Salud en Chile y Colombia: Resultados y Balance” en: <http://www.medicina.unal.edu.co/ist/revistasp> Consultada en septiembre 2003.

Nacional de Política Económica y Social –CONPE– aprobó el "Documento CONPES Social n. 22"⁵¹, según el cual la selección de beneficiarios mediante el SISBEN debe llevarse a cabo por medio de la focalización geográfica y la individual. La focalización geográfica consiste en la localización de las áreas geográficas en donde se concentra la población más pobre para aplicar allí programas de política social. Como instrumento técnico básico para esta focalización se utiliza la estratificación socioeconómica de la población que, según el documento citado, "es una herramienta técnica de clasificación de la población que permite establecer, con base en las características de las viviendas, distintos grupos (estratos) de personas con características sociales y económicas similares". Pero como esta herramienta resulta insuficiente en algunos casos, el propio CONPES establece que ella debe complementarse con procesos de focalización individual en los cuales se usa como instrumento técnico básico una "Ficha de Clasificación Socioeconómica de Hogares, Familias o Individuos", que "consiste en un cuestionario corto que se aplica a los hogares, familias o individuos pobres para obtener con detalle información relacionada con el empleo, ingresos y características de las viviendas". Con base en tal encuesta se identifica a los potenciales beneficiarios de programas de auxilios como el Régimen Subsidiado de seguridad social en salud (Ley 100/93, artículos 211-217). A partir de ambos elementos de clasificación se asigna un puntaje a cada individuo, con base en el cual se le clasifica en uno de los 6 estratos o niveles reconocidos por el SISBEN, siendo el SISBEN 1 correspondiente al puntaje más bajo, es decir, al estrato más pobre de la población. La normativa correspondiente ha determinado que los programas sociales basados en la entrega de subsidios, como es el caso del aseguramiento en salud al RS, se centrarán en los niveles 1 y 2 del SISBEN.⁵²

Si partimos de la base de que el proceso de focalización individual se lleva a cabo únicamente dentro de un grupo poblacional que ha sido previamente identificado por el sistema de focalización geográfica como pobre, se entenderá con facilidad que todas las personas clasificadas en el SISBEN, tanto aquellas del nivel 1 como aquellas del nivel 6, son personas que se encuentran dentro de la línea de pobreza, lo cual implicaría que deberían poder ser sujeto de subsidio. Sin embargo, como se explicó ya, ello no es así, en la medida en que los subsidios del RS se centran en los niveles 1 y 2 de SISBEN lo cual condena a las personas clasificadas en los niveles 3, 4, 5, y 6 a permanecer como vinculadas al Sistema dada su incapacidad de pago. En términos de Echeverri, si se analiza la diferencia numérica entre la población con NBI, alrededor de 16 millones de colombianos (que por "clasificar" en los niveles 1 y 2 de SISBEN es potencial asegurada del RS), y aquella que se encuentra en la línea de pobreza, alrededor de 26 millones, se encuentra que en términos de la cobertura del aseguramiento para las personas sin capacidad de pago, el SGSSS invisibiliza aproximadamente a 10 millones de colombianos, subestimando así la magnitud y la heterogeneidad de la pobreza de la población colombiana.⁵³

Esta situación, evidentemente no fue diseñada con vocación de perpetuidad, pues, en la medida en que se planteaba un aumento progresivo de la cobertura, se esperaba que una vez cubiertos los niveles 1 y 2 del SISBEN, el subsidio en salud se fuera extendiendo hacia los niveles 3, 4, 5 y 6 hasta llegar a la universalidad. El problema es que, como se ha mencionado ya muchas veces, las previsiones en este sentido están lejos de completarse, con lo cual existe

res cabeza de familia; y 5) demás población pobre y vulnerable (artículos 8, 9 y 47 del Acuerdo n. 77 de 1997).

⁵³

ECHEVERRI López, Esperanza, "La salud en Colombia: abriendo el siglo ... y la brecha de las inequidades", en *Revista Gerencia y Políticas de Salud* n. 3, Facultad de Ciencias económicas y administrativas, Universidad Javeriana, 2003, pág. 87 a 90. Un estudio más detallado sobre las dificultades que arroja el sistema de focalización del SISBEN y la "línea de corte" para la definición de potenciales beneficiarios del subsidio de aseguramiento en salud, puede consultarse en VEGA Romero, Román, y JARA Navarro, María Inés, "Década de los noventa: discursos de focalización de subsidios en salud", en *Revista Gerencia y Políticas de Salud* n. 2, Facultad de Ciencias económicas y administrativas, Universidad Javeriana, 2002, pág. 95 a 106.

⁵¹ Documento CONPES Social n. 22 "Misión Social, Focalización del Gasto Social en las Entidades Territoriales", CONPES - Departamento Nacional de Planeación –DNP- UDS (1994)

⁵² Adicionalmente, dentro de los Niveles 1 y 2 del SISBEN habrán de priorizarse los potenciales afiliados así: 1) mujeres en estado de embarazo y niños menores de cinco años; 2) población con limitaciones físicas, síquicas y sensoriales; 3) población de la tercera edad; 4) muje-

51

un grupo poblacional hasta el momento excluido de las posibilidades de participar del sistema de aseguramiento.

2. La estabilidad financiera del Sistema

Dentro del segundo “bloque” encontramos como causas de la ineficacia del derecho a la salud los problemas que se han presentado para conseguir una estabilidad financiera del sistema sanitario en general. Al respecto son especialmente relevantes las dificultades que ha generado el proceso de descentralización de la financiación sanitaria -que han repercutido en la perpetuación de la categoría de “vinculados al Sistema”-, y aquellas derivadas del incumplimiento por parte del Estado en el abono de los aportes que le corresponden para la financiación de la sanidad y en el pago de los servicios facturados por los hospitales públicos que se mantienen bajo subsidio a la oferta.

En cuanto al primer asunto, las principales complicaciones derivan de la normativa del sistema de descentralización de la financiación sanitaria consagrada en los antiguos artículos 356 y 357 de la Constitución y en el fracaso de las políticas de conversión del subsidio de la oferta en subsidio a la demanda. Por un lado, la asignación forzosa de los recursos del Situado Fiscal y de las Participaciones de los municipios en los Ingresos Corrientes de la Nación y su distribución según los cánones legales para la atención del sector salud no garantizaba que en cada entidad territorial se obtuvieran los recursos suficientes para la adecuada prestación de los servicios: en muchos municipios, por ejemplo, las Participación sobre Ingresos Corrientes de la Nación no lograba cubrir los objetivos de eficiencia ni en relación con la prestación de los servicios, ni en materia de incentivar la generación de recursos propios. Adicionalmente, la fórmula de descentralización de los recursos sanitarios de la que venimos hablando contribuyó a que aumentaran o se mantuvieran las inequidades territoriales ya existentes en materia de salud toda vez que en algunos departamentos o distritos se recibían más recursos de los requeridos mientras que no había mecanismos de compensación para las entidades que presentaban faltantes. Por otra parte el proceso de conversión de subsidios en la

oferta en subsidios a la demanda –que se planteó como un proceso paralelo al de la ampliación de la cobertura hacia los sectores “vinculados”- no se ha desarrollado con éxito y su demora ha afectado seriamente las finanzas del Sistema especialmente porque, como se comentó, ha derivado en que en ciertos casos se termine pagando desde ambos subsidios por la prestación de un mismo servicio.

Además de lo anterior, la inestabilidad financiera del Sistema se ve reforzada por el incumplimiento por parte del Estado en punto a realizar los aportes a que se había comprometido para la financiación del SGSSS lo cual ha apuntalado la imposibilidad de ampliar la cobertura sanitaria. A pesar de las previsiones de la Ley 100 de 1993 según las cuales era obligación del Estado aportar el *paripassu*⁵⁴ igual a un punto por cada punto aportado al RS por el RC durante los años de 1994, 1995 y 1996, el gobierno no realizó los aportes completos, y para el año de 1997, para el cual la misma ley establecía que el aporte del Estado podría ser equivalente al de los años anteriores, parece ser que el gobierno interpretó que el aporte podía ser de nulo.⁵⁵ Al igual que otras previsiones de la Ley 100 de 1993, estas también fueron incumplidas. Así lo señalan las cifras aportadas por Granados y Gómez⁵⁶ según las cuales para el año 2000 tan sólo habían sido aportados por el Estado un 35.8% de los recursos proyectados. Ante tal panorama, en dos ocasiones el gobierno ha intentado rebajar las responsabilidades del Estado colombiano en relación con la financiación del RS. La primera de ellas, mediante el artículo 34 de la Ley 334 de 1996 con el cual se modificaba el artículo 221 de la Ley 100 de 1993 reduciendo el aporte de la nación a medio punto sobre el aporte del RC a partir de 1997 y

⁵⁴ Según el planteamiento inicial de financiación del sistema el Estado debería aportar a la cuenta de Solidaridad del FOSYGA –aquella que financia el RS- un peso por cada peso aportado por el RC al RS. Este es el llamado *paripassu*. (artículo 221 de la Ley 100 de 1993, actualmente vigente).

⁵⁵ Ver al respecto, CASTAÑO Ramón, ARBELÁEZ José, GIEDION Ursula, y MORALES Luis G. “Evolución de la equidad en el sistema colombiano de salud”, *Serie Financiamiento del desarrollo*, CEPAL, Unidad e Estudios Especiales, Santiago de Chile, 2001, pág. 13 y ss..

⁵⁶ Ver al respecto RAMÓN GRANADOS TORAÑO y MARÍA C. GÓMEZ MONTOTOYA, “La Reforma de los Sistemas de Salud en Chile y Colombia: Resultados y Balance” en: <http://www.medicina.unal.edu.co/ist/revistas/Consultada en septiembre 2003>.

como mínimo a un cuarto de punto a partir de 1998. La segunda, mediante el artículo 40.20 de la Ley 715 de 2001 que compartía objeto con el artículo 34 de la Ley 344 de 1996 al pretender reducir el aporte del Estado a un cuarto de punto del realizado por el RC para la financiación del Régimen Subsidiado. Ambas normas fueron declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional al considerar que las medidas señaladas eran incompatibles con la obligación de progresividad en el desarrollo del derecho a la salud que según plantea la Constitución corresponde al Estado (artículo 48 de la Carta).⁵⁷

Así las cosas, es claro que la puesta en marcha del sistema de financiamiento diseñado para el SGSSS, tanto desde el punto de vista de la descentralización financiera como desde lo que atañe a los aportes del Estado central, no está ayudando a la garantía del derecho a la salud. Al respecto, un estudio de la CEPAL⁵⁸ sobre la equidad del sistema de salud en Colombia (2001) señala que la escasez de recursos para la ampliación de cobertura, sumada a la evasión de aquellos trabajadores independientes con capacidad de pago que deciden no afiliarse al RC y al incumplimiento del gobierno nacional de pagar el *paripassu*, condenan el sistema al fracaso. Si a lo anterior de agrega que las proyecciones iniciales del modelo suponían su desarrollo en el marco de un ritmo de crecimiento económico del 5 % en el que disminuiría el desempleo y el empleo informal, a cambio de lo cual se vio un claro decrecimiento económico, especialmente durante los años 1998 y 1999 en los cuales el país sufrió una fuerte recesión, se entenderá la debilidad financiera del sistema. En términos de Restrepo estas condiciones son indicativas de que el sistema de financiación del SGSSS presenta claros síntomas de estancamiento, lo que lleva a que se estanque también la posibilidad de ampliación del RS encargada a las entidades territo-

riales, y lo que sugiere además la imposibilidad de ampliar los subsidios del POS-S para igualarlos al POS.⁵⁹

3. Las políticas públicas de descentralización

El proceso colombiano de descentralización, que en términos generales podemos definir como un proceso híbrido, fue pensado como una salida para la solución de un doble problema: de un lado ha buscado reglamentar u organizar de una vez el ordenamiento territorial en Colombia –lo cual se ha hecho mediante una distribución de competencias con una lógica sectorial-, y por el otro ha pretendido lograr el “buen gobierno” de los diversos territorios, para lo cual ha predominado una lógica territorial.⁶⁰ De tal propuesta se ha obtenido un panorama de descentralización territorial y desconcentración sectorial en el marco del cual se han implementado una serie de políticas públicas que combina elementos de descentralización con elementos de centralismo; unas políticas públicas en las que predomina la lógica sectorial y otras en las que cobra más fuerza la lógica territorial y ambas cohabitan como dos maneras de mantener la cohesión social en el país. Esta condición de modelo híbrido es la que ha propiciado algunas de las dificultades al momento de precisar las competencias, las responsabilidades y la coordinación entre los diferentes entes territoriales, afectando, evidentemente, las condiciones de la prestación de los servicios y con ello la eficacia de los derechos sociales.

Se han detectado al menos cuatro elementos que han dificultado el proceso de descentralización, especialmente el que se inicia con la expedición de la Carta de 1991: la falta de apoyo político tanto desde el gobierno central como desde las entidades territoriales, la escasa participación ciudadana, la debilidad

⁵⁷ Los procesos de inconstitucionalidad de las normas comentadas se resolvieron mediante las sentencias C- 1165 de 2000 para el artículo 34 de la Ley 344 de 1996 y C - 040 de 2004 para el artículo 409.20 de la Ley 715 de 2001.

⁵⁸ CASTAÑO Ramón, ARBELÁEZ José, GIEDION Ursula, Y MORALES Luis G. “Evolución de la equidad en el sistema colombiano de salud”, Serie Financiamiento del desarrollo, CEPAL, Unidad e Estudios Especiales, Santiago de Chile, 2001.

⁵⁹ RESTREPO Zea, Jairo Humberto, “El seguro en salud para los pobres en Colombia: una cuestión de derecho y economía”, en revista Pensamiento en Salud Pública, El derecho a la salud, Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia, 2001, pág. 179 y ss.

⁶⁰ JOLLY, Jean-Francoise, “Región y Descentralización :enfoque económico versus enfoque político”, Ponencia para el Seminario Nacional Lo Regional en Colombia del Siglo XXI, mesa de trabajo, Descentralización y Región, 4 de octubre de 2001. Versión consultada en Internet en la página del Instituto Internacional de Gobernabilidad de la Universidad de Cataluña en Barcelona como paper n. 50.

institucional de los entes sub-nacionales que se refleja en el deficiente manejo de las relaciones fiscales intergubernamentales, y la determinación centralizada de la gran mayoría de las facultades tributarias subnacionales. Dentro de estos cuatro elementos, la demora en la promulgación de una ley de ordenamiento territorial es la primera señal de la falta de voluntad política realmente descentralizadora y ha derivado en una peligrosa “confusión” en la distribución de competencias y en el aumento de la dispersión de responsabilidades de los diversos entes territoriales. De igual manera, el paralelismo entre el llamado proceso de “descentralización sectorial” y el de descentralización territorial no se ha articulado correctamente, de manera que el accionar del Estado se sigue rigiendo por criterios más sectoriales que territoriales y los proyectos de inversión y las políticas fiscales y financieras siguen dependiendo del gobierno central.

Las dificultades del proceso de descentralización sanitaria, por su parte, responden a dos causas generales: de un lado a las dificultades que platearon las *propuestas normativas* que se desprenden de los contenidos de las Leyes 10 de 1990 y 60 y 100 de 1993 en relación con la descentralización del sector y que obligaron a un replanteamiento de la materia mediante el Acto Legislativo 01 de 2001 y la Ley 715 del mismo año; y del otro a los problemas de *implementación del Régimen Subsidiado de Salud*, que han sacado a relucir los problemas de cobertura del servicio y las dificultades para garantizar la estabilidad financiera del Sistema.

En términos de la propuesta normativa que hasta el año 2001 implicaba la articulación de las normativas derivadas de las Leyes 10 de 1990 y 60 y 100 de 1993, una de las principales dificultades se originó en la falta de armonización entre los tres cuerpos normativos. Así, la que inicialmente fue planteada como una descentralización en función de los niveles de complejidad científica de las instituciones sanitarias según la Ley 10 de 1990, se vio rápidamente reemplazada por un proceso de descentralización basado en los postulados de la Ley 60 de 1993 (complementados por los de la Ley 100 del mismo año) conforme a los cuales la distribución competencial obedecía a criterios más administrativos reser-

vando las facultades legislativas casi por completo al poder central; se descentralizaron básicamente las competencias relacionadas con a la administración del Sistema General de Seguridad Social en Salud sobre la base de que las instituciones sanitarias públicas se convertirían en empresas sociales del Estado con un alto grado de autonomía y que entrarían a competir con las instituciones privadas en la venta de servicios al sistema de manera, excepción hecha del manejo de la red pública que se mantendría durante el proceso de transición, no se repartirán más competencias relativas a la prestación de los servicios sanitarios.

Pero visto que esta propuesta normativa no se logró articular con la anterior y que esta circunstancia se unió a un nefasto proceso de certificación de los entes territoriales que querían recibir el traspaso de competencias sanitarias que les correspondían, a poco más de 5 años desde la entrada en vigor de las Leyes 60 y 100 de 1993, el legislador colombiano decidió cambiar nuevamente los parámetros del proceso de descentralización. Para ello, y con base en los mandatos de la Ley 715 de 2001, se cambió no sólo el régimen competencial de salud sino también su sistema de financiación. La nueva normativa ordena una distribución competencial en función de los tres grandes ejes del SGSSS -sistema sanitario público (apara la atención mediante el subsidio a la oferta de la población vinculada), el Régimen Subsidiado y el Régimen Contributivo del SGSSS- y en relación con la salud pública, entregando las competencias sobre gestión de la prestación de servicios de la red sanitaria pública a los departamentos -que quedan a cargo de la prestación de los servicios médicos a la población “vinculada” y de la prestación de los servicios no contemplados en el POS-S para la población beneficiaria del Régimen Subsidiado- y asignando a los municipios únicamente competencias de afiliación, administración y coordinación del Régimen Subsidiado. Sobre esta base, desaparece el antiguo sistema de certificación de los municipios en el campo sanitario en la medida en que desaparece para ellos la posibilidad de adquirir competencias en materia de prestación de servicios de salud.

De lo anterior se desprende que, en el campo de la descentralización sanitaria, el legislador colom-

biano no se ha centrado. En el brevísimo lapso de 11 años se ha cambiado parcial pero radicalmente el sistema de distribución competencial en materia sanitaria y dos veces el sistema de descentralización de la financiación para el sector salud, lo cual es muestra clara de la inconformidad de los poderes del Estado con las fórmulas de planeación y los resultados del proceso de descentralización, y de la incomprensible “manía” del legislador colombiano de creer que los problemas de las políticas públicas y de los servicios sociales en el país se solucionan simplemente con cambios legislativos, sin analizar a fondo las causas de los descalabros y las mejores vías para su posible solución. Para la muestra, actualmente cursan en el Congreso una serie de proposiciones de reforma de la Ley 100 de 1993 entre las cuales la propuesta por el gobierno pretende cambiar nuevamente el reparto competencial a partir de una profunda reorganización del Régimen Subsidiado mediante un esquema financiero centralizado.⁶¹

⁶¹ Desde 2004 se han inscrito en el Senado y en la Cámara de Representantes más de una decena de proyectos de reforma del SGSSS; entre ellos los más relevantes son los proyectos de ley 19/2004 en el Senado, Por la cual se reforma el libro segundo de la Ley 100 de 1993 y se constituye el Sistema de Seguridad Social en Salud Integral; 31/2004 en el Senado, Por el cual se realizan modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud; 33/2004 en el Senado, Por el cual se realizan modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y se dictan otras disposiciones respecto al fortalecimiento del ejercicio de las Profesiones de la Salud; 38/2004 en el Senado, Por la cual se adiciona el artículo 157, de la Ley 100 de 1993, para permitir el pago en el exterior de aportes en salud, para la vinculación y atención de nacionales al Plan Obligatorio de Salud y se dictan otras disposiciones; 52/2004 en el Senado y 179/2005 Por el cual se realizan modificaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y se dictan normas orgánicas en materia de Recursos y Competencias de conformidad con los artículos 48, 49, 356 y 357 de la Constitución Política; 98/2004 en el Senado, Por el cual se reforman los libros segundo y tercero de la Ley 100 de 1993 y se crea el Sistema Integrado de Seguridad Social en Salud (SISESA); 115/2004 en el Senado y 081/2004 en Cámara por el cual se amplía la cobertura en la Prestación de Servicios de Salud a los Estratos 1, 2 y 3; 148/2004 en el Senado, por el cual se organiza la prestación de los servicios de salud y saneamiento ambiental en forma descentralizada, se establece el Subsistema de Salud Familiar y Comunitario, se modifica el libro II del Sistema de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones; 151/2004 en el Senado, Por la cual se modifica en lo que compete al Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan normas Orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 48, 49, 356 y 357 de la Constitución Política; 239/2005 el Senado y 165/2003 en Cámara Por la cual se vincula el núcleo familiar de las madres comunitarias al Sistema

4. Universalidad, equidad social y equilibrio territorial: implementación del Régimen Subsidiado de Salud

En lo que tiene que ver con los servicios sociales y específicamente con la sanidad, las políticas públicas de descentralización en Colombia no parecen haber servido para solucionar los problemas de la eficiencia y cobertura del servicio. De hecho los indicadores utilizados en este trabajo muestran como los índices de cobertura del Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran prácticamente estancados desde hace varios años y no presentan perspectivas claras de mejorar. Ello se refleja a su vez en los niveles de inequidad que se presentan entre personas y zonas del país en relación con el acceso al Sistema en general y a los servicios sanitarios en particular. De ahí que los niveles de equidad social y de equilibrio territorial en relación con sanidad sigan siendo una de las principales preocupaciones en esta materia.

Así como se han presentado problemas en el campo competencial, el proceso de descentralización sanitaria no parece haber contribuido significativamente en la consecución de la cobertura universal del SGSSS. El “desorden” presupuestario al que hemos hecho mención llevó también a que, entre otras cosas, el proceso de transformación de recursos del subsidio a la oferta en recursos de subsidio a la demanda propuesto por la Ley 100 de 1993 haya sido lento e insuficiente, lo cual ha repercutido naturalmente en el proceso de ampliación de la cobertura del SGSSS. Pese al innegable aumento en la cobertura del sistema de aseguramiento, que se vio claramente incrementado por la entrada en funcionamiento del Régimen

Subsidiado –RS–, las metas de universalización del servicio no se han cumplido aún, cuatro años después de la fecha límite propuesta inicialmente por el legislador.⁶² Así lo demuestra un repaso de los

⁶² Según el último inciso del artículo 157 de la Ley 100 de 1993 “A partir del año 2000, todo colombiano deberá estar vinculado al Sistema a través de los regímenes contributivo o subsidiado, en donde progresivamente se unificarán los planes de salud para que todos los habitantes del territorio nacional reciban el Plan Obligatorio de Salud de que habla el artículo 162.” Vista la imposibilidad material de cumplir dichas

niveles de cobertura del SGSSS, y especialmente de los niveles de cobertura del aseguramiento del RS en cada uno de los departamentos y distritos del país. Un estudio del nivel de la cobertura de cada uno de los regímenes de aseguramiento y la relación de la cobertura del RS –la que compete a las entidades territoriales– con la población con NBI y con aquella que se encuentra en la Línea de Pobreza –LP– en cada departamento, así como de las cifras globales de afiliación a los Regímenes Subsidiado y Contributivo ofrecidas por las Encuestas Nacionales de Calidad de Vida –ENCV– de 1997 y 2003 elaboradas por el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –DANE–, y la Encuesta Nacional de Hogares –ENH– de 2000 de Profamilia, dejan como resultado que no sólo no se ha logrado un nivel de cobertura universal sino que ni siquiera se ha logrado cubrir mediante el aseguramiento al total de la población con Necesidades Básicas Insatisfechas –NBI–. Tampoco se ha dado cobertura a la población que, si bien no está en los límites de la miseria, si se encuentra dentro de la línea de pobreza. De hecho, hasta el año 2002, sólo en los casos de Bogotá y Quindío el RS había cubierto plenamente al menos a la población con NBI, mientras que el resto de los departamentos y distritos las cifras no superaban, en promedio, el 70% de esta población, siendo la cobertura en algunos casos muy inferior a dicho promedio, como es el caso del 42% en el Vichada o el 48% en Bolívar, Magdalena o Santa Marta. Vale aclarar además que las cifras de cobertura del departamento del Quindío incluyen aquellas derivadas del subsidio del Fondo de Recuperación de Eje Cafetero otorgado de manera extraordinaria a partir de 1999 a raíz de la tragedia natural que tuvo lugar en la zona y que dejó “sin nada” a buena parte de la población⁶³, lo cual quiere decir que el mérito de la ampliación de la cobertura en esta zona no representa un triunfo del SGSSS. Y estas cifras no mejoran para el año 2003 en el cual se calculó que el índice de población con NBI beneficiaria del Sistema tampoco superaba el 70%. Así lo señala el Informe del Consejo Nacional

de Seguridad Social en Salud –CNSSS– 2003 al Congreso de la República en el cual el Consejo manifiesta que, en relación con el Informe del año 2002, la cobertura de la población con NBI aumentó sólo del 68,5% al 69,7. Por su parte, de acuerdo con los datos ofrecido por el Informe del CNSSS del año 2005, la cobertura del Régimen Subsidiado en 2004 llegaba apenas al 34% de la población.

En relación con el *equilibrio territorial*, además, las cifras de porcentaje de población con NBI cubierta por el SGSSS ponen de presente que en términos generales, son los departamentos más pobres los que sufren menores niveles de cobertura, con lo cual resulta cuanto menos dudoso el beneficio que en tales casos han aportado el nuevo sistema de organización del sistema sanitario y la descentralización del mismo.⁶⁴ Así, en departamentos como Amazonas, Córdoba, Chocó, Guainía, Guaviare, Putumayo, Sucre, Vichada y Vaupés, entre otros, este porcentaje no supera el 60% de la población con NBI, lo cual hace suponer que en conjunto, la cobertura total del SGSSS es igualmente deficiente.

Frente a este panorama, y partiendo de la base de que en Colombia el proceso de descentralización se plantea como una herramienta para lograr mayor eficiencia en la reducción de las diferencias sociales y la mejora de las condiciones de vida de la población⁶⁵ –mediante un reparto más eficiente de las competencias entre los distintos niveles de gobierno en donde la redistribución que implica la descentralización se ve como una forma para suplir efectivamente la canasta básica de los ciudadanos de los diferentes territorios de un Estado–, tendríamos que concluir

metas, el inciso en comento fue expresamente derogado por el artículo 113 de la Ley 715 de 2001.

⁶³ En 1999 la ciudad de Armenia, capital del Quindío, sufrió un gravísimo terremoto que devastó buena parte de la región.

⁶⁴ Una reflexión en este mismo sentido, es decir, en cuanto a que la descentralización no había arrojado los resultados esperados en punto a disminuir las diferencias socio-económicas entre las diferentes regiones del país, la hacía en 1984 Villar, al señalar que la mayor parte de los ingresos presupuestales estaban localizados en Cundinamarca, Antioquia, Valle y Atlántico, mientras que las entonces Comisarías del Vichada y Vaupés, y los departamentos de Boyacá, Bolívar, Cauca, Córdoba, Chocó, Huila, Magdalena y Nariño contaban con recursos fiscales y niveles de producción muy inferiores, a pesar de las medidas de descentralización adoptadas. Al respecto se puede consultar VILLAR BORDA, Luis, *Democracia municipal*, Colección: Autores Hispanoamericanos de Derecho Público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid 1984, pág. 132.

⁶⁵ AYALA CAÑÓN, Luis, MARTÍNEZ LÓPEZ, Rosa, RUIZ-HUERTA, Jesús, 2001, *Op. Cit.*, pág. 7

que, aunque se han presentado mejoras en las condiciones sanitarias nacionales, el país se encuentra aún lejos de cualquier meta de reducción de diferencias sociales y de eliminación de la pobreza. Dado el altísimo porcentaje de la población que se encuentra en situación de NBI y en la línea de pobreza y que aún no cuenta con cobertura del SGSSS, debemos decir que las medidas de descentralización de la salud en tanto servicio público -que como prestación social tiende a satisfacer eficientemente los derechos sociales de los ciudadanos- no ha cubierto las expectativas como medida para propender por el mejoramiento de la calidad de vida de los ciudadanos y la eliminación de las diferencias sociales; la descentralización sanitaria no parece haber sido hasta ahora efectiva como herramienta para la lucha contra la pobreza.

Ante el evidente “fracaso” en punto a la consecución de la cobertura universal del sistema sanitario, en el marco de la Ley 812 de 2003 (por la cual se aprueba el Plan Nacional de Desarrollo 2003 – 2006), el legislador estableció nuevos mecanismos tendientes a conseguir una ampliación de la cobertura sanitaria, especialmente en el campo del RS. Según dicha norma los recursos percibidos por las entidades territoriales (propios o por transferencia, y aquellos originados en la transformación de subsidios a la oferta en subsidios a la demanda) deberán destinarse a la reestructuración de la red hospitalaria y a la consecución de las metas de la ampliación de la cobertura que define el propio Plan Nacional de Desarrollo. Los recursos originados en esta transformación, continúa la Ley en comento, no podrán ser utilizados por las entidades territoriales para garantizar la continuidad de los ya beneficiarios del sistema sino únicamente para la ampliación de la cobertura. Adicionalmente dentro de las prioridades de inversión de los departamentos, distritos y municipios se establece la ampliación de la cobertura del RS para lo cual deberán emplear también los recursos procedentes de la liquidación de contratos anteriores de administración del RS y los rendimientos financieros (artículo 54).

Por otro lado, en relación con la *equidad social* ya se ha señalado en otra parte de este texto que además de la confusa distribución de competencias

en materia sanitaria y de los problemas financieros del sistema de salud, existen causas estructurales del Sistema General de Seguridad Social en Salud que hacen del mismo un sistema inequitativo y con pocas perspectivas en punto a lograr la universalidad de la cobertura que prometía la propuesta legislativa inicial. Al respecto sólo cabría agregar que el “desorden” presupuestario del Sistema originado en la “problemática” normativa de descentralización financiera del servicio (al cual ya hemos hecho mención) llevó también a que el proceso de transformación de recursos de subsidio a la oferta en recursos de subsidio a la demanda haya sido lento e insuficiente, lo cual repercutió en el proceso de ampliación de la cobertura del sistema sanitario. Aunque la cobertura ha crecido, las metas legislativas de universalización del servicio y por tanto de consecución de la equidad social no se han cumplido aún, cinco años después de la fecha límite propuesta inicialmente por el legislador. De hecho, según los datos que se presentan en la investigación no sólo no se ha logrado un nivel de cobertura universal sino que ni siquiera se ha logrado cubrir mediante el aseguramiento al total de la población con Necesidades Básicas Insatisfechas –NBI-, lo cual implica que tampoco se ha dado cobertura a la población que se encuentra dentro de la línea de pobreza.

5. El derecho a la salud en Colombia a la luz de los indicadores del derecho internacional de los derechos humanos

El panorama sobre el desarrollo del Sistema de salud y de las actuales condiciones de cobertura del mismo que hemos presentado, nos permite ahora una evaluación no sólo de dicho panorama sino más globalmente de la eficacia del derecho a la salud en Colombia con base en los indicadores establecidos por el Comité de DESC de la ONU para este fin y que presentamos al inicio de este trabajo (v.g. asequibilidad o disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad). Lo anterior sobre la base de que para Colombia, además de las obligaciones que en materia de garantía del derecho a la salud se derivan de la Constitución, existen una serie de deberes que se desprenden de su adhesión a los tratados y convenios internacionales que consagran a la salud como

un derecho de la persona humana y cuya eficacia debe estar garantizada por los Estados, *so pena* de incumplimiento del derecho internacional de los derechos humanos. La vinculatoriedad de dichos deberes está además reforzada por el derecho interno en la medida en que la propia Constitución señala, en su artículo 93, que “[l]os tratados internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en la Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. (...)” Las normas internacionales sobre derechos humanos ratificadas por Colombia conforman un solo cuerpo normativo con los postulados de la Constitución. Es el llamado *bloque de constitucionalidad*⁶⁶.

5.1. Asequibilidad o disponibilidad

Como tuvimos oportunidad de señalar anteriormente, la obligación de *asequibilidad o disponibilidad* en relación con el derecho a la salud hace referencia a que el Estado debe garantizar, al menos, la existencia de un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios, personal sanitario y centros de atención de la salud, así como de programas de atención sanitaria, según las necesidades de la población de referencia, respecto de los cuales se garantice la igualdad en las posibilidades de acceso. Adicionalmente esta obligación implica la de garan-

tizar la disponibilidad suficiente de los factores determinantes básicos de la salud.⁶⁷

Respecto de la situación del derecho a la salud en Colombia y su relación con este primer indicador, lo primero que hay que decir es que, como se ha visto, las posibilidades de acceso a los establecimientos de salud —de cualquier categoría—, y por consiguiente la posibilidad de acceso a servicios de atención sanitaria profesional en el marco del SGSSS está determinada por la forma de vinculación del usuario al Sistema, es decir, depende de si éste se encuentra como beneficiario del RC o del RS, o si por el contrario se encuentra en calidad de “vinculado”, lo cual de entrada cuestiona la equidad en el acceso a los servicios. Aún cuando se supone que en cualquier caso se debe proporcionar a la persona la posibilidad de acceder a los servicios sanitarios en igualdad de condiciones, lo cierto es que en la actualidad, dada la diferencia que se presenta entre los contenidos del POS (para el RC) y del POS-S (para el RS), y dadas las diferencias entre ambos Regímenes y el complejo de usuarios “vinculados” al Sistema, la posibilidad de acceso a determinados servicios sanitarios sigue dependiendo, entre otros factores, de la capacidad económica del usuario. Así lo refleja los datos ofrecidos por Jaramillo según los cuales entre un 6% y un 9% de la población total no accede a asistencia sanitaria de ningún tipo, siendo en un 51% de los casos las causas económicas las que disuaden a los usuarios de pretender tal acceso.⁶⁸

⁶⁶ El concepto de bloque de constitucionalidad en Colombia es heredero de la figura homónima en el derecho francés, de manera que se entiende por tal, el conjunto de normas de rango constitucional formado por la propia Constitución y por otras normas de derecho internacional que adquieren tal rango por disposición de la propia Carta. En el derecho francés el concepto de bloque de constitucionalidad tiene su origen en la práctica del Consejo Constitucional y surge de la consideración de que, dado que el Preámbulo de la Constitución de ese país hace referencia al Preámbulo de la Constitución derogada de 1946 y a la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, esos textos son también normas y principios de valor constitucional que condicionan la validez de las leyes. Sobre este concepto se puede consultar FAVOREU, Louis “El bloque de constitucionalidad” en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, n. 5, Madrid, pág. 46 y ss, y PARDO FALCÓN, Javier, El Consejo Constitucional Francés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pág. 115 y ss.

⁶⁷ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, Observación General 14, párrafo 12

⁶⁸ JARAMILLO Pérez, Iván “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. Departamento Nacional del Planeación –DNP–, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002, pág. 124 y 125. Al mismo fenómeno de que la falta de recursos económicos es una de las principales razones por las cuales una parte de la población no accede a los servicios sanitarios, se refieren CÉSPEDES y colaboradores al señalar que cerca de la mitad de la población de los estratos 1 y 2 de 9 ciudades colombianas no utiliza los servicios de salud, aduciendo en un 66% de los casos la escasez de recursos económicos. CÉSPEDES, J.E., JARAMILLO, I. y MARTÍNEZ, M. “Efectos de la reforma de la seguridad social en salud en Colombia sobre la equidad en el acceso y a utilización de servicios en salud”, en Revista de Salud Pública 2, 2000, pág. 145 a 164. Sobre este punto ver igualmente ECHEVERRI López, Esperanza, “La salud en Colombia: abriendo el siglo ... y la brecha de las inequidades”, en Revista Gerencia y Políticas de Salud n. 3, Facultad de Ciencias económicas y administrativas, Universidad Javeriana, 2003, pág. 89

Estas cifras, aunque menores, siguen siendo escandalosas en los resultados de la Encuesta Nacional de Calidad de Vida de 2003 según la cual de las personas enfermas el 39,3% no solicitaron atención médica por falta de dinero.

Lo mismo ocurre en cuanto a la obtención de los medicamentos recetados por los médicos tratantes. Según la Defensoría del pueblo, La entrega de medicamentos es uno de los puntos débiles del Sistema toda vez que los copagos a cargo de los usuarios implican un “gasto de bolsillo” que en muchos casos los usuarios no pueden costear. El 47% de los usuarios [que han instaurado una acción de tutela alegando la violación del derecho a la salud] manifestaron tener problemas con la entrega de medicamentos. El llamado “*gasto de bolsillo*” se convierte fácilmente, según la Defensoría, “en una barrera de acceso a los servicios de salud y puede ser un gran generador de pobreza dado que puede representar una porción importante de los ingresos de un hogar en un año (...). Si se acepta como “objetivo de un sistema de salud el de la protección financiera de los hogares frente al riesgo de empobrecerse a causa del gasto de bolsillo derivado de la enfermedad o trauma (...), no se justificaría que el gasto de bolsillo en materia de atención sanitaria para las familias pobres ascienda al 6% del total de sus ingresos”.⁶⁹

En cuanto a la existencia de un número suficiente de establecimientos, bienes, servicios, personal sanitario y centros de atención de la salud, el informe del Departamento Nacional de Planeación señala que entre 1990 y 2000 los hospitales del segundo y tercer nivel tuvieron un mayor desarrollo en infraestructura e incluso aumentaron en número en un 11% y 20% respectivamente, al tiempo que los centros de salud aumentaron en un 5%, mientras que los hospitales del primer nivel no reportaron crecimiento alguno. Lo anterior, sin embargo, no permite afirmar que la infraestructura sanitaria haya crecido de manera acorde con las necesidades poblacionales, si se tiene en cuenta que para el mismo período la población total creció en un 19%, con lo cual, en

términos generales (excepción hecha del caso de los hospitales de tercer nivel) la capacidad de las instituciones sanitarias no creció ni siquiera en proporción al crecimiento poblacional.⁷⁰

En materia de salud pública, que además del denominado Plan de Atención Básica -PAB- de atención a las personas incluye una atención al ambiente tendiente a garantizar condiciones generales de salubridad, el Informe mencionado basa su medición respecto de los resultados de la descentralización en salud en el avance de los índices de vacunación y en general en las actividades de promoción y prevención en el área sanitaria. Al respecto señala que las vacunaciones han crecido de manera sostenida, lo mismo que las visitas domiciliarias, al tiempo que el personal promotor en salud ha crecido casi a la par con el crecimiento poblacional.⁷¹ Así las cosas, la cobertura de vacunación infantil en menores de un año, alcanzaba para 2001 al 85,5% del total de la población de referencia, cifra esta bastante alentadora en términos de universalización del servicio, aunque todavía insuficiente.⁷²

No obstante la bondad de las anteriores cifras, no se puede decir lo mismo en relación con los otros elementos que componen los “factores determinantes básicos de la salud”, esto es el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas. Al respecto las cifras del Ministerio de Salud señalan que sólo un 70% de la población colombiana cuenta con acceso a agua de buena calidad, sobre un total del 94% de la población con cobertura de acueducto, población que es urbana en su gran mayoría. En el

⁷⁰ JARAMILLO Pérez, Iván “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. Departamento Nacional de Planeación -DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONAIDE, Bogotá 2002, pág. 120 y 121.

⁷¹ JARAMILLO Pérez, Iván “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. Departamento Nacional de Planeación -DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONAIDE, Bogotá 2002, pág. 122 y 123.

⁷² Datos citados en el Informe Situación de la Salud en Colombia: indicadores básicos 2002, apartado “Indicadores de Morbilidad: Cobertura de vacunación 2002.”. Las cifras hacen referencia a la vacunas de DTP, Anti-poliomelítica, BCG, anti-hepatitis B y Anti-maemophilus influenza tipo B.

⁶⁹ Defensoría del Pueblo, “La tutela y el derecho a la salud: causas de las tutelas en salud”, Bogotá, 2004

caso de la población rural (28,2% del total de la población colombiana), sólo un 27% cuenta con servicio de conexión a acueducto. Sólo un 87,3% de la población cuenta con un servicios de alcantarillado, porcentaje sobre el cual el 89% está localizado en las zonas urbanas, y sólo el 84% de la población urbana cuenta con servicios de recolección y eliminación de basuras. Adicionalmente estas cifras muestran desigualdades extremas cuando se estudian en relación con los departamentos y el tamaño de los municipios. A partir de allí se observa que los departamentos de Chocó, Córdoba y Caquetá son los menos favorecidos con sistemas de acueducto en la medida en que del total de su población sólo el 54%, el 43% y el 43,1%, respectivamente, cuentan con este servicio, mientras que Bogotá y Atlántico logran una cobertura del 98.1% y 97%, respectivamente. Bajo estas condiciones sanitarias la población de referencia además de pertenecer a los estratos más pobres de la población colombiana, resulta cada vez más vulnerable a enfermedades físicas derivadas de las precariedad de las condiciones de salubridad que le rodean.⁷³ Así lo indican también las cifras de mortalidad y morbilidad infantil según las cuales la mayoría de los casos de muerte infantil se presentan antes de que los menores cumplan un año de vida y están ocasionadas por infecciones gastrointestinales y de las vías respiratorias relacionadas con la falta de agua potable, de alcantarillado y de condiciones medioambientales sanas, es decir, con la pobreza.⁷⁴

Finalmente, en cuanto hace referencia a la existencia de programas de atención sanitaria y al acceso a los medicamentos definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS, ambos factores han sido contemplados por la Ley 100 de 1993 al consagrar la existencia del POS y del POS-S, de los demás planes de salud (PAB, entre otros), y de los catálogos de medicamentos asociados

a cada uno de los planes. Sin embargo es claro que dadas las deficiencias generales del Sistema (comentadas anteriormente), en la actualidad los planes propuestos por el SGSSS no garantizan posibilidades de acceso equitativas ni a los planes de salud, ni a los medicamentos subsidiados.

Con todo lo anterior llegamos a la conclusión de que, en este campo, el Estado Colombiano se ha limitado al cumplimiento de la obligación de "adoptar medidas" normativas⁷⁵ tendientes a lograr la igualdad en materia de asequibilidad o disponibilidad en el sistema sanitario. Pero los resultados esperados sobre tales medidas son bastante desalentadores, no solamente desde el punto de vista de la disponibilidad de la asistencia sanitaria, sino más aún, en relación con los "factores determinantes básicos de la salud" (agua potable y saneamiento básico) cuyos indicios de cobertura son ciertamente precarios y denotan profundas desigualdades. Más allá del cumplimiento de esta primera obligación de adoptar medidas legales, en términos de cumplimientos de mínimos sanitarios, los resultados siguen siendo muy insuficientes.

5.2. Accesibilidad

En estrecha relación con el indicador de asequibilidad, el Comité de DESC de la ONU propone como mínima obligación del Estado la de garantizar la *accesibilidad* de todos, sin ningún tipo de discriminación, a los establecimientos, bienes y servicios de salud, supuesto dentro del cual la accesibilidad presenta dos dimensiones, a saber, la no discriminación en términos de garantizar que la asistencia sanitaria sea accesible para todas las personas - especialmente para los grupos más vulnerables de la

⁷³ Datos extraídos de "La situación de la salud en la población colombiana: análisis desde la perspectiva de la equidad", por ALVAREZ Castaño Luz Stella, en revista *Pensamiento en Salud Pública*, *El derecho a la salud*, Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia, 2001, pág. 111 y ss.

⁷⁴ LLERAS de la Fuente, Carlos, y otros *Interpretación y génesis de la Constitución de Colombia*, Cámara de Comercio, Bogotá, 1993, pág. 150

⁷⁵ Con respecto a la obligación de adoptar medidas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que es de inmediato cumplimiento y que, en tanto tal, no puede quedar limitado ni condicionado por ninguna otra consideración. Así, según se plantea en la OG 3 del Comité de DESC de la ONU (párrafo 2), esta obligación no es otra que la de comenzar "inmediatamente" a tomar las medidas necesarias para lograr la plena realización de los DESC contenidos en el Pacto "en un plazo razonablemente breve tras la entrada en vigor del Pacto". Las medidas a las que se hace referencia, continúa el comité, deben comprender tanto medidas legislativas como judiciales, administrativas, financieras, educacionales y sociales, todas ellas orientadas lo más claramente posible hacia la satisfacción de las obligaciones del Estado en relación con los DESC.

sociedad-, y la accesibilidad material, entendida como la posibilidad material real de acceder a la asistencia sanitaria, lo que implica que la localización geográfica de las instituciones sanitarias debe ser razonable en relación con la distribución de la población.⁷⁶

Con respecto a la no discriminación en el acceso, hemos señalado ya en otro apartado de este trabajo que el SGSSS tal y como ha sido concebido, consagra, *per se*, un sistema discriminatorio, tanto en las posibilidad de acceso al aseguramiento en salud, como en relación con los contenidos de los planes de aseguramiento, el cual, si bien se previó como un asunto transitorio, está condenado a la perpetuidad dentro de las actuales condiciones de funcionamiento y financiamiento del SGSSS.⁷⁷ A este respecto podría incluso ponerse en duda la “conducencia” o la “adecuación” de las medidas normativas adoptadas por el Estado colombiano para lograr un sistema sanitario que garantice condiciones de accesibilidad sin ningún tipo de discriminación.⁷⁸

En cuanto a la posibilidad de acceso determinada por la distribución geográfica de los establecimientos sanitarios, un informe del diario “El Tiempo” señalaba en 2001 que “hay regiones que no cuentan con un hospital del nivel II para la atención de su población, y sus hospitales permanecen en déficit y cierre inminente, como son el Hospital San Andrés de Tumaco que atiende a toda la costa pacífica del [departamento de] Nariño, o el Hospital Sagrado Corazón de Cartago, única institución de este tipo en todo el norte del [departamento del] Valle del

Cauca”.⁷⁹ Esta situación parece mantenerse según se desprende de la Encuesta Nacional de Calidad de Vida -ENCV 2003- del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) según la cual un 4,1% de la población que necesitó de atención médica no accedió a ella porque el centro de atención se encontraba muy lejos de su domicilio; esto es especialmente preocupante en el caso de la zona rural en la cual, según la misma Encuesta, el 9,5% de la población no accede a los servicios sanitarios por la misma razón. Las cifras muestran un aumento en la desatención por esta causa, si se comparan con las ofrecidas por la Encuesta Nacional de Hogares – ENH- de Profamilia del año 2000, según la cual un 3,4% de la población no accede a servicios sanitarios aún teniendo necesidad de ellos por que no existe tal servicio en su localidad o porque se encuentra demasiado lejos. Estas cifras contrastan con las aportadas para el año 1992 por la Encuesta de Hogares 77 -EH- relacionada por Fedesarrollo, según la cual casi un 10% de la población no accedía a servicios sanitarios de ningún nivel por el mismo motivo.⁸⁰

En contraposición con lo que se observa en materia de equidad en el acceso entendida como no discriminación en el contenido y la cobertura de los servicios, se puede decir que se ha avanzado en la ampliación de la cobertura geográfica del servicio, aunque aún existen zonas del país en las cuales el acceso a los servicios sanitarios se ve truncado por el factor geográfico, especialmente en el área rural. Si bien el Estado ha avanzado en el cumplimiento de su obligación en términos de lograr instituciones sanitarias accesibles materialmente para la población, los esfuerzos no han sido suficientes. Las inequidades en esta ámbito son evidentes, especialmente en términos de la localización rural o urbana de la población. Sobre este particular, como se acaba de señalar, según la ENCV 2003, el 9,5 de la población rural no

⁷⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, Observación General 14, párrafo 12

⁷⁷ A este asunto nos referimos anteriormente en el apartado dedicado a la evaluación del Régimen Subsidiado, en relación con la desigualdad que se presenta entre el POS y el POS-S, y con el margen poblacional que no puede ser incorporado al RC por carecer de capacidad de pago, ni al RS por no “clasificar” dentro de los beneficiarios de este Régimen según el sistema de focalización de SISBEN.

⁷⁸ Sobre los problemas de acceso que se desprenden de la regulación de la Ley 100 de 1993 se puede consultar también De CURREA-LUGO, Víctor de, “La salud: de la caridad al negocio sin pasar por el derecho”, en: La Salud está grave: una visión desde los derechos humanos, Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Bogotá, 2000, pág. 251 - 253

⁷⁹ “La situación Hospitalaria” en El Tiempo, diario de circulación nacional, 8 de octubre de 2001, pág. 1 y 18.

⁸⁰ Las cifras son las relacionadas en el Informe del Departamento Nacional de Planeación JARAMILLO Pérez, Iván “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. Departamento Nacional de Planeación –DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencias Colombiana de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002, pág. 124 y 125.

cuenta con servicios sanitarios geográficamente accesibles. Aunque estas cifras son claramente favorables en relación con las ofrecidas por ENCV del DANE de 1997, según la cual un 45% de la población rural no tenía acceso a ningún servicio de salud, sólo un 3.2% contaba con atención de médicos o enfermeras titulados, y sólo en el 36.8% de las zonas rurales se disponía de un puesto de salud⁸¹, queda mucho camino para lograr la accesibilidad universal.

5.3. Aceptabilidad

La *aceptabilidad* en términos sanitarios hace referencia a las características de la relación entre la calidad de los servicios sanitarios y las propias del contexto donde las personas ejercen su derecho a la salud, dentro de la cual habrán de ser considerados los condicionamientos éticos y culturales que la sociedad asume frente al bienestar físico y mental. La atención sanitaria adecuada es aquella en la cual los establecimientos, bienes y servicios de salud son “respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate”. La aceptabilidad ha sido utilizada por el derecho internacional de los derechos humanos para fundamentar los mínimos a tener en cuenta en relación con el respeto de la integridad de las personas.⁸²

Al aplicar este indicador al caso colombiano vemos que en materia sanitaria la Constitución Política consagra una protección especial en relación con las madres gestantes, antes, durante y después del parto, y una protección especial para las mujeres cabeza de familia (artículo 43), las cuales, entre otros beneficios, gozan de prioridad al momento de la

asignación de los subsidios del RS del SGSSS. De la misma manera, la propia Carta consagra expresamente el carácter fundamental del derecho a la salud de los niños y hace una mención especial al derecho que asiste a todo niño menor de un año de estar cubierto por algún tipo de protección o seguridad social, y de recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado (artículo 44 y 50). En relación con las personas de tercera edad, la Carta establece una protección especial en su favor garantizándoles los servicios de seguridad social integral y subsidio alimentario, en caso de indigencia (artículo 46). Igualmente, la Constitución consagra que el Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social de los disminuidos físicos, a los cuales garantizará también la atención especializada que requieran, y por disposición legal se ha establecido un régimen especial para la protección de la salud de la población indígena. Todas estas previsiones encuentran su desarrollo en las normas que regulan el SGSSS. Adicionalmente, la Corte Constitucional ha consolidado una extensa jurisprudencia en relación con los derechos sanitarios que asisten a los enfermos de SIDA y de otras enfermedades de las llamadas ruinosas o catastróficas, en tanto grupo poblacional especialmente vulnerable en términos de salud y calidad de vida.

Entrar en un estudio detallado sobre el nivel de eficacia de cada una de estas previsiones constitucionales desde el punto de vista de la *aceptabilidad* del Sistema, desbordaría el objeto de este trabajo.⁸³ Sin embargo puede decirse que ellas de alguna manera sufren de las mismas “dolencias” generales del Sistema que se han estudiado ya, además de otras particulares, lo cual implicaría que también en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte del Estado en materia de garantizar un sistema de salud aceptable es cuando menos insuficiente. Para comprobarlo basta con revisar la precariedad de las cifras generales en términos de cobertura del RS y su

⁸¹ Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas –DANE-, Encuesta Nacional de Calidad de Vida 1997, Boletín de Prensa, Santafé de Bogotá, 1998.

⁸² Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, Observación General 14, párrafo 12 en salud: desigualdad y exclusión”, en Revista Gerencia y Políticas de Salud, n. 1, Facultad de ciencia económicas y administrativas, Universidad Javeriana, Bogotá, 2001 pág. 48 a 73.

⁸³ Sobre la articulación de políticas de género, culturales y etáreas específicas al SGSSS y sus resultados puede consultarse HERNÁNDEZ Bello, Amparo y VEGA Romero, Román, “El sistema colombiano de seguridad social

relación con las innumerables acciones de tutela que han sido interpuestas por personas que se encuentran dentro de alguno de estos grupos poblacionales y que se han visto excluidas de los beneficios del SGSSS. A manera de ejemplo puede citarse el caso de las mujeres pobres en embarazo o período de lactancia que no han “clasificado” para ser inscritas el RS según los instrumentos de focalización del SIS-BEN⁸⁴, los menores disminuidos físicos o mentales que han tenido que acudir a la acción de tutela para lograr que el SGSSS les preste la atención médica que requieren⁸⁵ y la cifra de enfermos de VIH que han sufrido suspensiones y exclusiones en materia de prestación de servicios médicos o subsidio de medicamentos antirretrovirales y por tanto han acudido a la justicia constitucional⁸⁶ en busca de la garantía de sus derechos sanitarios.⁸⁷ Igualmente pueden citarse

como ejemplo de la deficiencia de la *aceptabilidad* de la atención en salud las altas cifras de desatención prenatal a las mujeres de las zonas rurales del país de las cuales el 15.5% no recibe atención prenatal, y el 22% no es vista nunca por el médico durante el embarazo.⁸⁸

Es claro entonces que estas medidas constitucionales y legislativas en punto a priorizar la protección de la salud de ciertos colectivos (pueblos indígenas, madres, menores, ancianos o discapacitados), en ningún caso servirán por sí solas para solucionar los problemas o dificultades sanitarias que puedan tener estos grupos poblacionales, sobre todo si se piensa en que, como se ha visto, en Colombia hay una gran distancia entre las proyecciones legales y la realidad del sistema sanitario general. Con todo, hay que decir, en honor a la verdad, que como mínimo este es un gran paso en punto a la consecución de un sistema sanitario que cumpla con el requisito de la aceptabilidad. Por lo pronto se puede decir que con la expedición de un régimen especial para la protección de la salud de los indígenas, y con la previsión constitucional y legal de fórmulas especiales de protección para el derecho a la salud de otros grupos poblacionales especiales (v.g. mujeres, niños, discapacitados, etc.), el Estado colombiano ha cumplido al menos con una de sus obligaciones en relación con un sistema de salud *aceptable* cual es la de “adoptar medidas” legislativas tendientes a la efectiva realización de la salud respetando las características culturales y sociales propias de determinados grupos poblacionales. Más allá de esta primera obligación, el cumplimiento de las obligaciones internacionales en términos de la aceptabilidad sanitaria, por parte del Estado colombiano, es cuando menos dudoso.

5.4. Calidad

Finalmente, aparece el indicador de calidad sanitaria el cual hace referencia a que el derecho a la salud no se limita a la capacidad de disponer de un

⁸⁴ Sobre este punto pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional T-606 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz, T-568 de 1996, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-694 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-470 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-373 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-792 de 1998, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, T-177 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, F.j. 2.2.a., T-177 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-730 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, F.j. 1. T-730 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-1083 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-1181 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández y T-231 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero, entre muchas otras.

⁸⁵ Sentencias de la Corte Constitucional T-939 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre, T-200 de 1993 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-067 de 1994, T-068 de 1994 y T-192 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-204 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-001 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández, T-020 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-043 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz, T-131 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía, T-159 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-640 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-556 de 1998, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-338 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero (jurisprudencia reiterada en las T-339 de 1995 y T-620/99), T-179 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-920 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-134 de 2001, M.P. Carlos Gaviria Díaz y T-786 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

⁸⁶ Sobre estos casos pueden consultarse las sentencias de la Corte Constitucional T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz, T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-417 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-645 de 1997, M.P. Fabio Morón Díaz, T-328 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz, T-177 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-185 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández, T-618 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero, T-523 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda, y T-523 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda, entre muchas otras.

⁸⁷ Una recopilación de la jurisprudencia constitucional en estas materias puede consultarse en ARBELÁEZ RUDAS, Mónica, La protección a la salud: línea jurisprudencial y notas constitucionales, Centro de Investigación y Educación Popular – CINEP-, Acción Ecuémica Sueca – ØYAKONIA, 2002, y Diez años de protección constitucional del derecho

ONIA, 2002, y Diez años de protección constitucional del derecho a la salud: la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, en Comisión Andina de Juristas, Red de Información Jurídica, www.cajpe.org.pe/rij/bases/juris-nac/arbelaez.pdf

⁸⁸ PROFAMILIA, Salud sexual y reproductiva en Colombia. Encuesta nacional de demografía y salud 2000, Bogotá, 2000.

sistema de salud accesible y asequible por parte de toda la población. Para su plena realización el Estado debe garantizar además que los establecimientos, bienes y servicios de asistencia sanitaria sean apropiados desde el punto de vista científico y médico. Como se ha mencionado antes, el Estado tiene la obligación de mantener un *sistema sanitario apropiado, en términos de calidad*, para lograr la eficacia del derecho a la asistencia sanitaria y en igualdad de condiciones para toda la población.⁸⁹

Sobre este punto la propia Ley 100 de 1993 señala en su artículo 153.9 que la calidad es la regla general del servicio público en salud y rectora del SGSSS, para lo cual el propio Sistema establecerá mecanismos de control a los servicios que permitan garantizar a los usuarios una atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y adecuada a los estándares aceptados en los procedimientos y prácticas profesionales. De la misma manera, el artículo 227 de la Ley 100 de 1993 señala que es competencia del gobierno expedir “las normas relativas a la organización de un sistema obligatorio de garantía de la calidad de la atención en salud (...)”. En desarrollo de los anteriores postulados fue expedido el Decreto 2174 de 1996⁹⁰, posteriormente reformado por el Decreto 2309 de 2002 “por el cual se define el sistema obligatorio de garantía de calidad de la atención en salud del SGSSS”. A partir de lo anterior se puede decir que el Estado colombiano ha cumplido al menos con la obligación de “adoptar medidas” normativas tendientes a garantizar un servicio de salud de calidad, en los términos propuestos por los indicadores internacionales. Sin embargo, son escasos los datos que se han encontrados en relación con la calidad de los establecimientos, bienes y servicios de asistencia sanitaria desde el punto de

vista científico y médico⁹¹, de manera tal que no nos aventuraremos a hacer una evaluación en este sentido.

Con todo, una pequeña muestra de lo que podría arrojar una evaluación sobre la calidad de los servicios sanitarios en el país se desprende del estudio realizado por un grupo de investigación de la Universidad de Caldas⁹², el cual diseñó y realizó una investigación con el fin de evaluar la calidad de la atención en los servicios de nutrición y dietética, fonoaudiología, terapia respiratoria y fisioterapia, en seis hospitales de primero, segundo y tercer nivel del Departamento de Caldas, sobre la base de que cada tipo de servicio sanitario amerita una metodología específica de evaluación y valoración en términos de calidad. Como resultados el estudio refleja una preocupante situación en los hospitales en términos de la organización y funcionamiento de los servicios estudiados y de la situación de las profesiones comprometidas en ellos. A manera de ejemplo podemos citar que el informe de la investigación señala que en el campo de la nutrición sólo uno de los seis hospitales cuenta con un profesional vinculado medio tiempo y que en uno de ellos ni siquiera existe el servicio; en el campo de la terapia respiratoria todas las instituciones estudiadas presentan serias deficiencias y sólo una de ellas cuenta con un profesional terapeuta en esta área; cuatro de las seis instituciones carecen del servicio de fonoaudiología y dentro de las dos que lo ofrecen éste es prestado a través de estudiantes en prácticas, uno de los cuales cuenta con la tutoría de un profesional de medio tiempo. En cuanto a la calidad en relación con el nivel de complejidad hospitalaria, el informe señala que de los

⁸⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de Naciones Unidas, Observación General 14, párrafo. 12

⁹⁰ Con base en los mandatos sobre sistema de garantía de la calidad del servicio de salud contenidos en el Decreto 2174 de 1996, el Ministerio de Salud expidió el documento “Hacia el fortalecimiento del sistema de garantía de la calidad en las entidades promotoras de salud –EPS– y las que se les asimilen”, contentivo de una guía técnica de asesoramiento a las EPS con el propósito de facilitar el proceso de implantación y fortalecimiento de los diferentes componentes del Sistema de garantía de calidad en las diferentes entidades de salud de su jurisdicción.

⁹¹ ROLDÁN y otros señalan que “son escasos los logros en este campo [el del establecimiento de herramientas que propicien la evaluación de la atención de los servicios en salud], por la ausencia de metodologías prácticas y sencillas que puedan aplicarse a todas las instituciones, y mejor aún, que puedan ser utilizadas de manera específica a los diferentes servicios o unidades funcionales que conforman la atención en salud”. ROLDÁN y otros, Universidad de Caldas, Programa de investigación en Salud Pública y Sistema de salud, Proyecto de investigación cofinanciado por Colciencias, Manizales, Informe de investigación publicado en Revista Colombia Médica Vol., 32 n. 1, 2001, pág. 15.

⁹² ROLDÁN y otros, Universidad de Caldas, Programa de investigación en Salud Pública y Sistema de salud, Proyecto de investigación cofinanciado por Colciencias, Manizales, Informe de investigación publicado en Revista Colombia Médica Vol., 32 n. 1, 2001.

dos hospitales de primer nivel estudiados, sólo uno cuenta con un profesional vinculado a la institución en las áreas sanitarias estudiadas, de manera que en general los servicios estudiados son cubiertos por estudiantes en prácticas.

Reflexión final

Los elementos de análisis planteados hasta ahora en relación con la descentralización, la organización competencial y la eficacia del sistema normativo y financiero que sustenta el sistema sanitario en Colombia, y aquellos relacionados con los indicadores internacionales en materia sanitaria, muestran que las actuales condiciones del Sistema General de Seguridad Social en Salud son realmente precarias en términos de garantizar la universalidad y la equidad en el acceso a los servicios sanitarios y de salud pública a la población colombiana. Del estudio de los compromisos adquiridos por el Estado en relación con el derecho a la salud, derivados tanto de su adhesión a tratados internacionales como de su propia normativa interna, se desprende que el Estado colombiano está incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones en relación con uno y otro sistema normativo. Además, y teniendo en cuenta la demora del Estado en la reglamentación y ejecución de los contenidos de la Ley 100 de 1993, las deficiencias estructurales demostradas dentro del proceso de descentralización en salud, el incumplimiento por parte del Estado en el pago de los aportes que le corresponden en materia sanitaria, los problemas sin resolver que presenta el sistema de identificación de beneficiarios –SISBEN– y todas las demás debilidades del Sistema que se han manifestado a lo largo de éste trabajo, parece claro que, aunque es innegable que con el SGSSS se han logrado avances significativos, lo cierto es que las medidas de implantación del sistema de seguro y el proceso de descentralización dejan bastante que desear tanto en relación con los mandatos constitucionales y legales, como en lo que se refiere a los mandatos e indicadores internacionales sobre el derecho a la salud. De todo ello da fe la proliferación de acciones de tutela que reclaman el derecho a la salud en Colombia las cuales se han convertido en un clarísimo barómetro de medición de las preocupantes

condiciones en que se va desarrollando todo el sistema sanitario en el país.⁹³

Todas las distorsiones señaladas hasta ahora y que se pueden resumir en la constatación de que ninguna de las metas de cobertura y mejoramiento de la calidad del servicio planteadas por la Ley 100 de 1993 han llegado a buen término,⁹⁴ demuestran que, a pesar de las reformas, los tres subsistemas existentes antes de la Ley 100 (aseguramiento en salud dentro de la seguridad social para los trabajadores, sistema público para personas sin capacidad de pago –subsidiado en la oferta– y sistema privado de instituciones sanitarias) persisten actualmente y se mantienen claramente diferenciados, de manera que el aporte clave de la reforma, cual era el sistema de aseguramiento universal y solidario, está aún lejos de las posibilidades del sistema sanitario colombiano. Probablemente esta es la razón de que dentro de la actividad parlamentaria de los últimos años las propuestas de reforma del Sistema de salud (más de una decena) hayan tenido un papel protagónico. Con todo, a pesar de los trabajos parlamentarios en ambas cámaras, aún no se ha logrado consensuar el cambio.⁹⁵

Frente a este panorama, la Corte Constitucional señalaba ya en el año 2002 que aún cuando se reconoce que el derecho a la salud es de “naturaleza programática” y su consagración y la aplicación al sistema general de salud de los principios de solidaridad, universalidad e integralidad, “no apareja la obligación del Estado de diseñar un sistema general de seguridad social que esté en capacidad, *de una sola vez*, de cubrir integralmente y en óptimas condiciones todas las eventuales contingencias que puedan afectar la salud de cada uno de los habitantes del territorio, este hecho “no puede ser obstáculo para lograr esa meta en el menor tiempo posible, pues de

⁹³ Sobre este tema se puede consultar Arbeláez, Mónica, El derecho a la salud en Colombia” capítulo tercero, Institut de Dret Públic de Bracelona -Colciencias – CINEP, Bogotá, 2006.

⁹⁴ Recuérdese que el artículo 157 de la Ley 100 de 1993 planteaba que para el año 2000 se habría logrado al cobertura universal del SGSSS y que para el año 2001 se habría equiparado el paquete de servicios del POS-S con los del POS.

⁹⁵ Ver *Ut supra* nota 62

no cumplirse con prontitud se estarían desconociendo los fines esenciales del Estado y, por ende, en flagrante violación de los artículos 48 y 49 del Estatuto Supremo”. Y en la misma sentencia señaló la Corte que si bien es cierto que en el marco del SGSSS “el grupo de participantes *vinculados* está llamado a desaparecer, por cuanto para el año 2000 todos los habitantes del territorio nacional deberían estar ya formando parte de alguno de los dos (2) regímenes [de aseguramiento] y para esta época ya no debían existir vinculados al sistema, se observa que aún existe este grupo de personas cuando de hecho ha debido cumplirse la preceptiva legal desde hace dos (2) años, sin que hasta la fecha se haya dado estricto cumplimiento”. En atención a lo anterior, la propia Corte hizo un llamamiento en el sentido de que “es deber del Congreso y del Gobierno adoptar todas las medidas económicas, políticas y administrativas para alcanzar en un término breve la cobertura total de los servicios de salud para toda la población colombiana, destinando cada año mayores recursos para hacer efectivo el derecho irrenunciable a la salud, avanzando en forma gradual pero rápida y eficaz para lograr en un tiempo razonable el bienestar social de todos.”⁹⁶

A pesar de la antigüedad del pronunciamiento, los postulados de esta sentencia tienen hoy total vigencia y por ello no podemos más que compartir esta opinión. El estudio sobre el estado del derecho a la salud en Colombia no permite hacer una evaluación positiva del mismo, no sólo porque los datos en relación la universalidad del derecho a la salud son realmente desalentadores, sino porque el panorama general es tan confuso y lleno de elementos contrapuestos que no permite definir fácilmente cuáles podrían o deberían ser las líneas de acción a seguir. Probablemente lo que se requiere es un cambio radical de todas las estructuras y un replanteamiento completo de las políticas sanitarias que pase por un proceso inicial de planeación serio y cuidadoso y que contemple todos los diferentes factores (orgánicos, administrativos, políticos, sociales, económicos, de

garantía de derechos, etc.) que pueden influir en el desarrollo de un sistema sanitario en condiciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian “Fuentes de interpretación de los tratados internacionales de derechos humanos por los órganos internos. El caso de los derechos económicos, sociales y culturales”, en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Universidad de Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.
- AGHÓN, Gabriel (Director), *Desarrollo económico local y descentralización en América Latina: análisis comparado*, CEPAL – GTZ, Santiago de Chile 2001.
- ALONSO OLEA, Las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, Editorial Civitas, Madrid, 2ª. Edición 1999.
- ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis, *Instituciones de seguridad social*, 16 Edición, Civitas, Madrid, 1998.
- ALVAREZ CASTAÑO, Luz Stella, “El derecho a la salud” en *Revista Pensamiento en Salud Pública*, Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia, 2001.
- AÑÓN ROIG, María José, “El test de la inclusión: los derechos sociales”, en *Trabajo, derechos sociales y globalización*, Talasa, Madrid, 2000.
- ARANDIA LEDESMA, Iván Carlos, “Descentralización y relaciones intergubernamentales en Bolivia”, en *Revista Reflexión Política*, no. 8, UNAB, Colombia, diciembre de 2002.
- ARBELÁEZ RUDAS, Mónica, *El derecho a la salud en Colombia*” capítulo tercero, Institut de Dret Públic de Bracelona -Colciencias – CINEP, Bogotá, 2006.
- ARBÓS, Javier y VERNET i LLOBET, Jaume, “Los nuevos federalismos en el constitucionalismo del siglo XXI”, en APARICO, Miguel Ángel (Director), *La descentralización y el fede-*

⁹⁶ Sentencia C- 130 de 2002 -F.j. 12

ralismo. Nuevos modelos de autonomía política, CEDECS, Barcelona, 1999.

- AYALA CAÑÓN, Luis, MARTÍNEZ López, Rosa, RUIZ-HUERTA, Jesús, *La descentralización territorial de las prestaciones asistenciales: efectos sobre la igualdad*, Papeles de trabajo n. 16, Serie economía, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2001.
- BARR, Nicholas, “Economic and the Welfare State: A Survey and Interpretation”, en *Journal of Economic Literature*, Jun 92, Vol. 30, parte 2.
- BARROS, M.E.; PIOLA, S.; y VIANNA, S.M. “Política de Saude no Brasil: Diagnóstico e perspectivas”, Texto para discusión, n. 4, Instituto de Investigación Económica Aplicada – IPEA-, 1996.
- BISANG, Roberto y CETRÁNGOLO, Oscar, “Descentralización de los servicios de salud en Argentina”, en Di GROPELLO, Emanuela y COMINETTI, Resella (Compiladoras), *La descentralización de la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-, 1998.
- BOBBIO, Norberto, *La descentralización: un tema difuso y confuso*. ILPES, Serie Ensayos, Documento 90/05, 1990.
- BONANATE, Luigi, “El papel de los Estados en el desarrollo internacional de los derechos humanos: derechos, deberes, obligaciones”, en *Derechos y Libertades* n. 8, 2000.
- BORJA, Jordi, *Descentralización y participación ciudadana*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987.
- BORRAJO DACRUZ, “Artículo 43. Protección de la Salud”, en VVAA (Dirección de Oscar Alzaga) *Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978*, Tomo IV, Editoriales de Derecho Unidas, Madrid, 1996.
- BOSSERT, Thomas J.; RUIZ MIER, Fernando; ESCALANTE, Scarlet; CARDENAS, Marina; GUISANI, Bruno; CAPRA, Katherina; BEAUVAIS, Joel; BOWSER, Diana, *La Descentralización de los Servicios de Salud en Bolivia*, LACHSR Initiative Product Inventory n. 35, junio 2000. Consultado en Internet en <http://www.americas.healthsector-reform.org>, “LACHSR Initiative Product Inventory”.
- BOTTARI, Carlo, *Principi costituzionali e assistenza sanitaria*, Dott. A. Guiuffrè Editore, Milano, 1991.
- BREWER-CARÍAS, Allan R, “El proceso de descentralización política en América Latina: la perspectiva federal”, en *Revista Iberoamericana de Administración Pública* n. 1, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1998.
- _____, “Los problemas de la federación centralizada” en *IV Congreso Interamericano de Derecho Constitucional*, UNAM, México D.F. 1992.
- CAMPBELL, Tim; PETERSON, George; ABRAKARZ, Jose, *Descentralization to local government in Latin America Countries: national strategies and local response un planning, spending and management*. World Bank, Latin America an the Caribbean Technical Department, Report. N. 5, 1991.
- CASTAÑO, Ramón, ARBELÁEZ, José, GIEDION, Ursula, Y MORALES, Luis G. “Evolución de la equidad en el sistema colombiano de salud”, Serie Financiamiento del desarrollo, CEPAL, Unidad de Estudios Especiales, Santiago de Chile, 2001.
- CÉSEDES, J.E., JARMILLO, I. y MARTÍNEZ, M. “Efectos de la reforma de la seguridad social en salud en Colombia sobre la equidad en el acceso y a utilización de servicios en salud”, en *Revista de Salud Pública* 2, 2000.
- COBREROS MENDOZANA, Eduardo, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, HSEE/IVAP, Oñati 1988.
- COBREROS MENDOZANA, Edotra, “Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política

- social y económica del Estado”, en Revista Vasca de Administración Pública no. 19, 1987.
- COHEN, John M. y PEERSON, Stephen B. *Methodological issues in the analysis of decentralization*, Cambridge, MA: Harvard Institute of International Development, 1996.
 - COLMENARES, Germán (editor); *Historia económica de Colombia, Siglo XXI*, Bogotá, 1987.
 - COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE –CEPAL
 - _____, *Descentralización fiscal: El caso de Chile*, Serie Política Fiscal n. 57, LC/L823-8/E, CEPAL, abril de 1994.
 - _____, *Informe Final de la Misión para la Descentralización titulado Colombia: Descentralización y Federalismo Fiscal*.
 - _____, *Panorama Social de América Latina 2001-2002*, Capítulo IV “Agenda Social. Capital social: sus potencialidades y limitaciones para la puesta en marcha políticas y programas sociales, CEPAL, 2002. <http://www.eclac.cl>
 - COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES DE LA ORGANIZACIÓN DE NACIONES UNIDAS, *Observaciones Generales n. 1, n. 3, n.5, n. 6, n. 9 y n. 14*.
 - CONCHA, Ximena; PAVEZ, Angélica; RACZYNSKI, Dagmar; ROJAS, Carolina; TOHA, Carolina; WALKER, Eduardo, “Superación de la pobreza y gestión descentralizada de la política y los programas sociales”, en RACZYNSKI, Dagmar y SERRANO, D. (Editoras), *Descentralización. Nudos críticos*, CIEPLAN, Chile, 2001.
 - CRAVEN, M. "The domestic application of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights", en *Neetherlands International Law Review*, vol. XL (1993).
 - De CURREA-LUGO, Víctor de, “La salud: de la caridad al negocio sin pasar por el derecho”, en: *La Salud está grave: una visión desde los derechos humanos*, Plataforma Colombiana de Dere-
 - chos Humanos, Democracia y Desarrollo, Bogotá, 2000.
 - _____, *Derecho internacional humanitario y sector salud: el caso colombiano*, Plaza y Janés Ed., Bogotá, 1999.
 - DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *El derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*, Bogotá, 2004.
 - DEPARTAMENTO NACIONAL DEL PLANEACIÓN –DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, “Marco Conceptual y resultados del progreso municipal” y “Avances y resultados de la descentralización política en Colombia” en *Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo I y Tomo II*. DNP, PNUD, Agencia de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002.
 - _____, Departamento Nacional de Planeación, Documento CONPES n. 57, CONPES SOCIAL n. 57 del 28 de enero de 2002.
 - Di GROPELLO, Emanuela y COMINETTI, Resella (Compiladoras), *La descentralización de la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-, 1998.
 - ECHEVERRY LÓPEZ, Esperanza, “La salud en Colombia: abriendo el siglo ... y la brecha de las inequidades”, en *Revista Gerencia y Políticas de Salud* n. 3, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Javeriana, 2003.
 - FAJARD Ortiz, Guillermo, “La descentralización de los servicios de salud en México (1981 – 2000)”, en *Revista Elementos, ciencia y cultura*, n. 53, Vol. 11, Marzo-Mayo 2004, <http://www.elemntos.buap.mx/num53/htm/45/htm>
 - FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicios público de sanidad: El marco constitucional*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1984.
 - FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, “El federalismo en América Latina” en *Kverfassung und Recht in Ürbersee*. “Law and politics in Africa,

Asia and Latin America”, n. 36 Jahrgang-1. Quartal, 2003, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden

- _____, “El Federalismo en Iberoamérica (1ª parte)”, en Revista Iberoamericana de Administración Pública n. 7, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, julio – diciembre de 2001.
- _____, “El Federalismo en Iberoamérica (2ª parte)”, en Revista Iberoamericana de Administración Pública n. 8, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, enero – junio de 2002.
- FINOT, Iván, CEPAL ILPES, Descentralización en América latina: teoría y práctica, Serie Gestión Pública, Santiago de Chile, mayo 2001(1).
- _____, Descentralización y participación en América Latina: una mirada desde la economía, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación económica y social –ILPES-, LC/IP/L.195, Boletín del Instituto n. 9, noviembre de 2001(2).
- _____, “Descentralización en América Latina: ¿cómo conciliar eficiencia y equidad?”, en Revista Reforma y Democracia n. 10, CLAD, Febrero de 1998.
- _____, “Elementos para una reorientación de las políticas de descentralización y participación en América Latina”, en Revista Reforma y Democracia n. 15, CLADCEPAL, Santiago de Chile, 1999.
- _____, “La corrupción en los procesos de adquisición del Estado. La descentralización del Estado como política contra la corrupción”, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social – ILPES-, Artículo presentado a la Octava Conferencia Internacional Anticorrupción (IACC) realizada en Lima, Perú, en 1997.
- _____, Descentralización en América Latina: cómo hacer viable el desarrollo local, Serie Gestión Pública n. 38, Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social -ILPES-CEPAL, Santiago de Chile, octubre de 2003.
- GARCÍA, González-Posada, “La organización del Sistema Sanitario español” en VVAA, Lecciones de derecho sanitario (Directores, José M. Gómez y Díaz-Castreverde y Francisco J. Sanz Larruga), Colección Cursos, Congresos y Simposios, Universidad de La Coruña, 1999.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel, “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la constitución” en RAMÍREZ, M. (Director) Estudios sobre la Constitución española de 1978, Pórtico, Zaragoza, 1979.
- GARGARELLA, Roberto, “Primeros apuntes para una teoría sobre derechos sociales. ¿Es posible justificar un tratamiento jurídico diferenciado para los derechos sociales individuales?”, en Jueces para la Democracia n. 31, 1998.
- _____, La dificultad de defender el control judicial de las leyes, en Interpretación jurídica y decisión judicial, Fontamara, México, 1998.
- GARRIDO FALLA, Fernando, “Comentario al artículo 43” en VVAA Comentarios a la Constitución española, Madrid, 2ª edición, 1986.
- GONZÁLEZ MORÁN, Luis, "Introducción al derecho a la asistencia sanitaria", en El derecho a la asistencia sanitaria y la distribución de recursos, Javier Gafo (editor), Universidad Pontificia ICAI-ICADE, Comilla, Madrid 1999.
- _____, “Salud y seguridad social: entre la solidaridad y la equidad”, en Revista Gerencia y políticas de salud n. 2, Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas, Universidad Javeriana, 2002.
- GRANADOS Toraño, Ramón y GÓMEZ MONTOYA, María C., “La Reforma de los Sistemas de Salud en Chile y Colombia: Resultados y Balance” en: <http://www.medicina.unal.edu.co/ist/revistasp> Consultada en septiembre 2003.
- GUASTINI, Ricardo, “La Gramática de la Igualdad”, en Distinguiendo, Gedisa, Barcelona, 1999.

- HAEFNER, Carlos, “La descentralización y la planificación del desarrollo regional: ¿ejes de la modernización de la gestión Pública? Algunas notas sobre su discusión”, en Revista MAD n. 3, 2000, Departamento de Antropología de la Universidad de Chile.
- HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, Mario, “El Derecho a la Salud en Colombia: Obstáculos Estructurales para su Realización”, www.medicina.unal.edu.co/ist/revistasp.
- _____, “El derecho a la salud en Colombia: obstáculos estructurales para su realización”, en La salud está grave, una visión desde los derechos humanos, AAVV, Plataforma colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo - Provea, Bogotá, 2000.
- HERNÁNDEZ BELLO, Amparo y VEGA ROMER, Román, “El sistema colombiano de seguridad social en salud: desigualdad y exclusión”, en Revista Gerencia y Políticas de Salud, n. 1, Facultad de ciencia económicas y administrativas, Universidad Javeriana, Bogotá, 2001
- HESSE, Conrad, “Significado de los derechos fundamentales” en VVAA, Manual de derecho constitucional, Instituto Vasco de Administración Pública, Marcial Pons, Madrid, 1996
- HINESTROSA, Fernando, “Notas sobre la descentralización en Colombia”, en IV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.
- JARAMILLO PÉREZ, Iván “Evaluación de la Descentralización SMS”, Fescol, Programa Harvard, Bogotá, 1996
- _____, “Evaluación de la descentralización en salud en Colombia” informe de Evaluación de la descentralización municipal en Colombia: balance de una década Tomo II. Departamento Nacional del Planeación –DNP-, Dirección de Desarrollo Territorial, DNP, PNUD, Agencia de Cooperación Internacional, GTZ, FONADE, Bogotá 2002.
- _____, Evaluación de la descentralización en salud en Colombia, Documento para el Desarrollo Territorial n. 48, Dirección de Desarrollo Territorial, Departamento Nacional de Planeación, 2001.
- _____, “Evaluación del Régimen subsidiado y la Descentralización en Salud”. Encuesta sobre 130 municipios realizada por el CIDER-REUNIRSE de la Universidad de Los Andes, Bogotá, 1997
- El futuro de la salud en Colombia. Ley 100 de 1993 cinco años después. FESCOL, Bogotá, 1999.
- _____, “El derecho a la salud, estado actual y perspectivas”, en SARMIENTO, Libardo (compilador), Los derechos sociales, económicos y culturales en Colombia: balance y perspectivas, Bogotá, Consejería presidencial para la política social – PNUD, 1995.
- JOLLY, Jean-Francoise, “Región y Descentralización: enfoque económico versus enfoque político”, Ponencia para el Seminario Nacional Lo Regional en Colombia del Siglo XXI, mesa de trabajo, Descentralización y Región, 4 de octubre de 2001.
- JORDANA, Jacint, Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina: una perspectiva institucional; Proyecto conjunto Endes – Unión Europea, INDES – Banco Interamericano de Desarrollo –BID-, Serie de Documentos de Trabajo I-22UE, Abril 2001
- MALDONADO, Alberto: “Resultados del proceso de descentralización territorial: muchos indicios y poca evidencia”, en Territorios, Revista de Estudios Regionales y Urbanos n. 4, enero-junio de 2000, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá.
- MARIÑO, Fernando, “Avances jurídicos en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales dentro del marco de las Naciones Unidas”, en Derechos y Libertades, n. 6, 1998.
- MARTÍNEZ, Alejandro, “El derecho a la salud”, en Ética y reformas a la salud, Seminario Internacional, Ministerio de Salud de Colombia, Bogotá, julio de 1998.

- MASSIRIS CABEZA, Ángel, “Ordenación del territorio en América Latina”, en *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Scripta Nova Vol. VI, n. 125, octubre de 2002, consultado en Internet en febrero de 2004 en www.ub.es/geocrit/sn/sn125.htm
- Ministerio de Salud. Informe Situación de la Salud en Colombia: indicadores básicos 2002, apartado “Indicadores de Morbilidad: Cobertura de vacunación 2002.”.
- MORALES Sánchez, Luis Gonzalo, El financiamiento del sistema de Seguridad Social en Salud en Colombia, Proyecto CEPAL/GTZ Reformas financieras del sector salud en América Latina, Serie Financiamiento y Desarrollo n. 55, LV/L.1037, CEPAL, Santiago de Chile, 1997.
- MORELLI RICO, Sandra y SANTOFIMIO, Jaime Orlando, El centralismo en la nueva Constitución Colombiana, Colección: Temas de Derecho Público, n. 28, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1993.
- MORELLI RICO, Sandra, La autonomía territorial en Colombia, Colección: Temas de Derecho Público, n. 43, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, Bogotá, 1996.
- _____, “La autonomía territorial en Colombia”, en *Jornadas colombovenezolanas de derecho público*, Universidad Externado de Colombia, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Central de Venezuela, Universidad Católica del Táchira y Católica Andrés Bello, 1995.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago, La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos” Alianza Editorial, Madrid 1995.
- _____, “La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios”, en *Revista Vasca de Administración Pública* no. 57, 2000
- NAVARRO, Andrés, Derecho a la protección de la salud y Sistema Sanitario Integrado, Tesis Doctoral, Departamento de Derecho Administrativo, Universidad de Barcelona, 2001, mimeo.
- NOHLEN, Dieter, “Descentralización política. Perspectivas comparadas”, en *Descentralización Política y consolidación democrática*, Ed. Nueva Sociedad, Santiago de Chile, 1991.
- OCAMPO, José Antonio, “Centralismo, descentralización y federalismo en la historia de Colombia”, en OCAMPO, José Antonio y MONTENEGRO, Santiago, Crisis mundial, protección e industrialización: Ensayos de historia de Colombia, CEREC, Bogotá, 1984.
- _____, Colombia y la Economía Mundial: 1830-1910, Siglo XXI, México, 1984.
- _____, Ponencia Inaugural, “Seminario Internacional sobre descentralización fiscal en América Latina: Mejores prácticas y lecciones políticas”, ONU, CEPAL, Serie Política Fiscal n. 84, 1995.
- _____, “Fortalezas, debilidades y desafíos del pacto fiscal”, en *Reforma y Democracia* n. 13, 1999.
- ORLEANS, Carlos, “La descentralización de los servicios de educación y salud en México”, en Di GROPELLO, Emanuela y COMINETTI, Resella (Compiladoras), La descentralización de la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana, Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL-, 1998.
- PALMA, Eduardo; RUFIÁN, Dolores, Las nociones de centralización y descentralización. ILPES Santiago de Chile, 1989, Documento CPS-48.
- _____, “Los procesos de descentralización y desconcentración de las políticas sociales en América Latina: enfoque institucional”, en *Seminario Internacional sobre la descentralización y desconcentración de los sectores y servicios sociales*, Santiago de Chile, ILPES, LC/IP/R.81, 1991.

- PARDO FALCÓN, Javier, El Consejo Constitucional Francés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.
- PAREDES Natalia, “A cinco años de la reforma del sistema de salud colombiano, ¿qué a pasado con el derecho a la salud?, en La salud está grave, una visión desde los derechos humanos, AAVV, Plataforma colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo - Provea, Bogotá, 2000.
- _____, El derecho a la salud: su situación en Colombia, GTZ, CINEP, Bogotá, 2003.
- _____, Situación del derecho a la salud en Colombia: Una mirada a parir de la
- reforma a la seguridad social de 1993. Tesis de Maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2001, mimeo.
- _____, “La salud, ni se compra, ni se vende” en Revista Cien Días vistos por CINEP, Vol. 10, n. 44, abril – julio 1999.
- _____, “Pronostico reservado” en Revista Cien Días vistos por CINEP Vol. 10, n. 42, Julio – Noviembre 1998.
- _____, “Seguro Social frente a las EPS: La ley del embudo” en Revista Cien Días vistos por CINEP, Vol. 10, n. 41, abril–junio, 1998.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. El Estado social y administración pública, Civitas, Madrid, 1983.
- _____, “Constitución y valores del ordenamiento”, en Estudios sobre la Constitución Española, Civitas, Madrid, 1991.
- _____, “El Estado social y administración prestacional”, en Revista Vasca de Administración Pública no. 57, 2000.
- _____, Estado social y administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa, Civitas, Madrid, 1983.
- PEMÁN GAVIN, Juan, Derecho a la Salud y Administración Sanitaria, Real Colegio de España, Bolonia, 1989.
- _____, “Del seguro obligatorio de enfermedad al sistema nacional de salud”, en Revista Aragonesa de Administración Pública, no. 13, 1998.
- _____, “La configuración de las prestaciones sanitarias públicas: cuestiones abiertas y retos pendientes” en Revista Derecho y Salud Vol. 9, n. 2, 2001.
- _____, Derecho a la salud y administración sanitaria, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1989.
- PEREIRA ANDRADE, Antonio, "Hacia una potenciación del derecho constitucional a la protección de la salud" en Revista Actualidad Administrativa n. 10-11, 1992.
- Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, Así van los DESC, Bogotá, 2000.
- PROFAMILIA, Salud sexual y reproductiva en Colombia. Encuesta nacional de demografía y salud 2000, Bogotá, 2000.
- RESTREPO, Mauricio, “Elementos para una doctrina del derecho a la salud en Colombia”, en GIRALDO VALENCIA, Juan Carlos (compilador), El ejercicio del derecho a la salud en Colombia, Defensoría del Pueblo. Bogotá, 2000.
- RESTREPO ZEA, Jairo Humberto, “El seguro en salud para los pobres en Colombia: una cuestión de derecho y economía”, en Revista Pensamiento en Salud Pública, El derecho a la salud, Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia, 2001.
- RIBERO LAMAS, Juan, Protección de la salud y Estado social de derecho, Real Academia de Medicina de Zaragoza, Zaragoza, 2000.
- RITTER, Gerhard, El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991.
- ROLDÁN y otros, Universidad de Caldas, Programa de investigación en Salud Pública y Sistema de Salud, Proyecto de investigación confi-

nanciado por Colciencias, Manizales, “Informe de investigación” en Revista Colombia Médica Vol. 32 n. 1, 2001.

- RONDINELLI, D., NELLIS, J. Y CHEEMAN, G. S. , Decentralization in Developing Countries: a Review of Recent Experiences World Bank Staff, Working Papers, n. 581, Washington, D.C., 1986.
- RONDINELLI, Dennis A. “Analysing decentralization policies in developing countries: political-economy framework”, en Development and Change Vol. 20. n. 1, enero 1989.
- ROZO ACUÑA, Eduardo, Desarrollo político en Colombia, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1974.
- RUIZ-MIER, Fernando y GIUSSANI, Bruno, “La descentralización y el financiamiento de la provisión de los servicios de educación y salud en Bolivia”, en Di GROPELLO, Emanuela y COMINETTI, Resella (Compiladoras), La descentralización de la educación y la salud: un análisis comparativo de la experiencia latinoamericana, Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-, 1998.
- SALINAS, Jorge, Descentralización y desarrollo económico local: una visión general del caso en Bolivia”, CEPAL, LC/R.1971/E, 2000.
- SÁNCHEZ MORENO, Francisco, “Descentralización y salud”, Diario El Peruano, miércoles 12 de febrero de 2003, <http://www.editoraperu.com.pe/edc/03/02/12/opi.asp>
- SÁNCHEZ, Fabio, OLIVERA, Mauricio y CORTÉS, Giovanni, “Ahorro, inversión y transferencias en estructura territorial colombiana” en Planes de Desarrollo: Cómo va la descentralización, Vol. XXVIII, n. 3, julio – septiembre de 1997, DNP, Bogotá.
- TORRES TOVAR, Mauricio, Editor, ¿Equidad? El problema de la equidad financiera en salud”,
- Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo – Observatorio Universitario de Política Social y Calidad de Vida – ALAMES, Bogotá, 2001.
- URIBE, Alirio, “Presentación”, en La salud está grave: una visión desde los derechos humanos, Plataforma Colombiana de derechos humanos, democracia y desarrollo, Bogotá, 2000.
- VILLAR BORDA, Luis, Democracia Municipal, Colección: Autores hispanoamericanos de derecho público, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1984.
- VON HALDENWANG, Christian (1990). “Hacia un concepto politológico de la descentralización del Estado en América Latina”, en EURE Vol. XVI, n. 50, Santiago de Chile.
- WEBER, Max, Economía y Sociedad, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.
- WIESNER, Eduardo, La descentralización, la estabilidad macroeconómica y la integración económica regional: enlaces de política y mecanismos de transmisión”, Inter-American Development Bank: Integration, Trade, and Hemispheric Issues Division, Bogotá, 2003. Documento presentado para el Taller Técnico: Impacto Fiscal de la Integración Económica organizado por el Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe y la Comunidad Andina en Marzo de 2003 en Lima, Perú.
- _____, La descentralización, el gasto social y la Gobernabilidad en Colombia, DNP – ANIF, Bogotá, 1995.
- YEPES ARCILA, Hernando, La reforma Constitucional de 1968 y el régimen político colombiano. Biblioteca de autores caldenses, Manizales, 1973.

DIAGNÓSTICO GENÉTICO EMBRIONARIO Y EUGENESIA: UN RETO PARA EL DERECHO SANITARIO

Fernando Abellán-García Sánchez

Abogado director de Derecho Sanitario Asesores y Doctor por la Universidad Complutense de Madrid en Medicina Legal y Forense. Profesor del Master Internacional de Derecho Sanitario de la Universidad Europea de Madrid

Sumario: I.- Introducción. II.- ¿Qué es el Diagnóstico Genético Embrionario Preimplantatorio?. II.1.- Fases de la técnica. II.2.- ¿Qué posibilidades diagnósticas ofrece?. II.3.- Datos de utilización de la técnica por los pacientes. III.- Regulación del Diagnóstico Genético Embrionario. III.1.- En España: la ley de reproducción asistida de 2006 y el Decreto andaluz. III.2.- Situación legal en otros países de nuestro entorno. III.3.- Declaraciones y otros documentos generados en el ámbito internacional. IV.- Consideraciones bioéticas: selección de embriones, “teoría de la pendiente resbaladiza”, el argumento de “jugar a ser Dios” y la “ética de la compasión”. V.- Eugenesia y Neoeugenesia. V.1.- Origen del concepto, clases y grados de eugenesia. V.2.- La “eugenesia laissez faire” y la “eugenesia utópica”. V.3.- La defensa a ultranza de “la eugenesia individual o liberal”. V.4.- La “eugenesia terapéutica”. V.5.- La crítica a la eugenesia liberal: la “teoría del paternalismo irreversible”. VI.- ¿Cuándo estamos en presencia de una enfermedad grave que justifique el Diagnóstico Genético Embrionario?. VI.1.- Tres enfoques para abordar el concepto de enfermedad. VI.2.- Calidad de vida limitada, calidad de vida mínima y calidad de vida por debajo del mínimo. VI.3.- El concepto de enfermedad desde el concepto de salud. VII.- Conclusiones

I.- Introducción

La puesta a disposición de las parejas y mujeres que acceden a las técnicas de reproducción humana asistida de un elenco cada vez mayor de pruebas de Diagnóstico Genético Embrionario Preimplantatorio (en adelante DGP), que permiten identificar no sólo a los portadores de enfermedades hereditarias, sino a quienes pueden tener ciertas predisposiciones a contraer enfermedades, y que, además, facultan para seleccionar determinados rasgos de origen genético, conduce al renacimiento inevitable en nuestros días del fenómeno eugenésico.

Sin embargo, hay razones de peso para pensar que esta nueva eugenesia es distinta de la eugenesia clásica, que conoció el mundo sobre todo a raíz de

los horrores del régimen nazi alemán, pues la misma no tiene por el momento el componente de política social que tuvo aquélla, sino que se sustenta fundamentalmente sobre deseos individuales o de pareja.

Asimismo, al tiempo que se atisban zonas oscuras y preocupantes de esta corriente, se aprecia también que el DGP puede configurarse como un elemento valioso para el desarrollo de la denominada “libertad reproductiva” de aquellos padres que desean garantizar las mejores condiciones posibles de salud para sus hijos. Se habla entonces del surgimiento de un nuevo concepto de paternidad responsable que se vale de la información genética para decidir sus opciones reproductivas y de un nuevo tipo de eugenesia, la conocida como “neoeugenesia”, que presenta matices propios importantes que la

diferencian de forma clara de la eugenesia clásica, tal y como se verá a lo largo de este trabajo.

Ahora bien, estas características no la blindan, desde luego, de peligros evidentes propios de la sociedad de consumo en que vivimos. A la postre, uno de los problemas básicos será dónde situamos ética y jurídicamente el límite de la satisfacción de los deseos de los progenitores y las barreras de protección de la identidad genética de las generaciones futuras, pero también en qué medida, si es que debe hacerlo en alguna, ha de intervenir la sociedad, a través del Estado, para acotar la citada libertad reproductiva individual o familiar.

No hay que olvidar tampoco otro factor importante aquí, como es el hecho de que, desde la perspectiva de los investigadores, se incurre frecuentemente en la denominada omnipotencia tecnocientífica, consistente en la inclinación a realizar sistemáticamente una investigación conforme se abre una nueva posibilidad de conocimiento, sin preguntarse si está realmente justificada, cuáles son sus verdaderas consecuencias potenciales, a dónde nos conduceⁱ. De esta forma, lejos de propiciarse muchas veces un debate ético o social sobre las supuestas ventajas que se presentan, y actuar posteriormente de forma consensuada, se genera la sensación de que todo lo que la ciencia permite hacer, sea bueno o malo, termina necesariamente haciéndose.

Por lo que se refiere al campo específico de la medicina genética, no puede obviarse el hecho de que con el desarrollo actual de las biotecnologías, y con la manipulación genética en particular, la especie humana ha pasado a tener bajo su disponibilidad su propio sustrato orgánico. Por ello, la responsabilidad que la sociedad confía en manos de los investigadores y de los médicos genetistas es especialmente importante, siendo también exigible a estos últimos una prudencia reforzada en sus actuaciones sobre, por ejemplo, los gametos y embriones humanos.

Enlazado con lo anterior, una de las cuestiones más problemáticas para la medicina de nuestros días, por el desbordamiento respecto de sus fines tradicionales que conlleva, es la dificultad de distinguir las intervenciones terapéuticas de las perfeccionadoras, estas últimas cada vez más demandadas por los ciu-

dadanos al amparo de su derecho a la libertad de elegir y optar por una mejor calidad de vida.

Como alerta el profesor Pellegrino, el fenómeno anterior tiene el riesgo de contagiar también a los propios profesionales, en cuanto que los mismos pueden ver esta demanda de nuevas técnicas como un gran negocio con los pacientes. A ello contribuiría la peligrosa extensión del término paciente a cualquiera que tenga cierto descontento con su cuerpo, con su capacidad mental o física, o con su psicología, y también la “medicalización” de cada faceta de la existencia humana que todo ello podría conllevarⁱⁱ.

Ahondando en este análisis de la situación, sostiene el profesor Diego Gracia que, mientras en la medicina clásica venía siendo el profesional quien definía lo que era una necesidad sanitaria, de forma que desde la propia medicina se fijaban los criterios de salud y enfermedad, en la actualidad, por primera vez en la historia, son los usuarios quienes definen dichos conceptos y buscan su satisfacción en el sistema sanitario, que en muchas ocasiones no puede darles la respuesta que esperan, lo que a su vez genera gran frustración en aquéllos y descontento en los profesionalesⁱⁱⁱ.

Aplicado lo anterior al campo de las técnicas de reproducción asistida, podemos hablar de un nuevo perfil cultural de la procreación donde la misma ya no es tanto un “valor en sí”, como un “valor de consumo”: el hijo no es un bien incondicional o una inversión humana que un cierto cálculo de costos hace más o menos accesible, sino un objeto que entra a formar parte, a la par que otros, de una escala de preferencias contingentes valoradas por los ciudadanos o, incluso, por el propio Estado^{iv}.

Por este motivo, la ciencia trata a toda costa de complacer los deseos de los usuarios produciéndose lo que para algunos se ha dado en llamar un “encarnizamiento procreativo”^v, en referencia a algunas técnicas modernas de reproducción asistida, como la inyección intracitoplasmática (ICSI), que consiste en un tipo de fecundación mediante la que se traspasan artificialmente todas las barreras naturales para introducir el espermatozoide dentro de un óvulo^{vi}.

Por otro lado, la desenfrenada carrera que conlleva la investigación genética obliga al sector médico a invertir grandes cantidades de dinero en investigación, a innovar continuamente, dejando obsoletas rápidamente las últimas novedades; y todo eso lo hace favoreciendo principalmente las necesidades, deseos y preferencias individuales, que no siempre se corresponden con el bien común.

Una consecuencia de este cambio de rumbo podría ser la intensificación de las desigualdades sociales y la pérdida de integridad de la medicina que quedaría un tanto a merced de las fuerzas del mercado. Pero es que, además, estas apreciaciones son especialmente constatables en el ámbito de la procreación artificial, ya que la misma ha entrado desde hace tiempo en los mecanismos del mercado capitalista y en los aparatos del bienestar.

Finalmente, este panorama puede conducir a un gasto inabordable por los Sistemas Públicos de Salud e, incluso en países como España, que gozan de un sistema sanitario público fuerte, esta presión va a originar a juicio de algunos expertos mayor protagonismo del sector privado de la sanidad, que puede terminar acaparando las técnicas más sofisticadas y caras^{vii}.

II.- ¿Qué es el Diagnóstico Genético Embrionario Preimplantatorio?^{viii}

El DGP es una técnica de reproducción asistida que consiste en el análisis genético de embriones vivos, obtenidos por fecundación «*in vitro*» (FIV), para la transferencia posterior al útero de una mujer de aquellos que se encuentren sanos y sean viables.

De forma más precisa, puede definirse el DGP como una “aproximación al diagnóstico de un defecto genético, mediante la biopsia y análisis «*in vitro*» de un corpúsculo polar seguido a un proceso de fertilización «*in vitro*», o de un blastómero^{ix}, o de un blastocisto^x, “con el objetivo de prevenir trastornos genéticos en parejas con riesgo de tener una descendencia afectada por una enfermedad genética”^{xi}.

II.1.- Fases de la técnica

El proceso en el que se incardina el DGP podría responder a la secuencia siguiente: en primer lugar se realiza una fecundación «*in vitro*», seguidamente, se lleva a efecto una biopsia del embrión para extraer del mismo una célula, y, en tercer lugar, se realiza el análisis genético de esta última. Finalmente, si del resultado del análisis se desprende que estamos ante un embrión sano, se lleva a cabo la transferencia del mismo al útero de la mujer.

De esta forma, comienza el proceso por la estimulación ovárica a la mujer mediante el empleo de determinados fármacos (gonadotropinas^{xii}), para conseguir el desarrollo de folículos ováricos. Tras ello, se obtienen los ovocitos generados mediante aspiración del fluido folicular, vía transvaginal, para seguidamente trasladarlos a medios de cultivo adecuados donde se llevará a cabo la inseminación y fertilización «*in vitro*», que puede ser espontánea o por inyección espermática intracitoplasmática (ICSI), esto es, inyectando directamente un solo espermatozoide en el ovocito, que es actualmente la técnica más utilizada^{xiii}.

Cuando se produce con éxito la fertilización comienza el proceso de biopsia, que puede llevarse a cabo en tres etapas diferentes, según el estadio de la realidad biológica analizada:

a).- *Al ovocito*: análisis del corpúsculo polar, que resulta útil para el diagnóstico de aneuploidías^{xiv}, ya que el 90 % son de origen materno. Se trataría en este caso realmente de un diagnóstico genético preconceptivo.

b).- *Al embrión en estado precoz* (6-8 células, también llamadas blastómeros). Se llega a esta fase hacia el tercer día tras la inseminación y se trata del momento ideal para el DGP, ya que antes del mismo (entre 4 y 6 células) puede condicionarse el desarrollo del propio embrión y, más adelante (estadio de 8 a 16 células) comienza ya la fase de compactación embrionaria, que dificulta el proceso.

c).- *Al blastocisto*, que es la estructura celular, de unas 100 células aproximadamente, que se desarrolla hacia los 5 o 6 días posteriores a la inseminación. Tiene la ventaja de que pueden obtenerse más

células para el análisis y la desventaja de que en ese momento existen ya en el embrión células con diferente constitución cromosómica, lo que puede dar lugar a errores de diagnóstico (por ejemplo, las células del trofotodermo^{xv} pueden no ser representativas del embrión).

II.2.- ¿Qué posibilidades diagnósticas ofrece?

Una vez realizada la biopsia, se trata de diagnosticar las enfermedades genéticas heredables que, en función de la forma de transmitirse (es decir, del patrón de herencia), podemos clasificarlas de la siguiente forma:

a) Anomalías cromosómicas

Las anomalías cromosómicas pueden ser heredadas o producto de algún fallo en la maduración del óvulo o del espermatozoide, generalmente por problemas de no disfunción durante la gametogénesis^{xvi} y que, en el caso de la mujer, aumentan significativamente con la edad materna. Suelen estar asociadas a síndromes clínicos específicos y en muchos casos comportan retraso mental o defectos físicos importantes.

Se observan anomalías cromosómicas en el 0,6% de los nacidos vivos y en el 6% de los mortinatos. Además, estas anomalías se suponen responsables de más del 50% de las gestaciones interrumpidas espontáneamente.

b) Enfermedades monogénicas

Las enfermedades monogénicas son aquellas causadas por la mutación de un gen. Éstas, a su vez, pueden ser:

- *Autosómicas dominantes*: la cualidad o enfermedad se expresa tanto si el individuo es heterocigoto u homocigoto para ese gen (no hay portadores de la enfermedad), es decir, basta para que se produzca la enfermedad con que el embrión reciba una copia del alelo mutado de cualquiera de sus progenitores, por lo que el riesgo de transmisión es del 50 % si es heterocigoto^{xvii} y del 100 % si es homocigoto^{xviii}. Representan el 0,7 % de los nacidos vivos. Ejemplos: Distrofia Miotónica de Steinert, Enfermedad de Huntington, Enfermedad de Charcot-Marie-Tooth, Síndrome de

Marfan, Poliposis Colónica Familiar, Enfermedad AD Riñón Poliúístico.

- *Autosómicas recesivas*: la cualidad o enfermedad sólo se expresa si el individuo es homocigoto (cuando los dos alelos presentan el gen mutante, porque lo ha recibido de ambos progenitores), ya que los heterocigotos son portadores de la enfermedad y pueden transmitirla a su descendencia. Representan el 0,25 % de los nacidos vivos. Ejemplos: Fibrosis Quística, Beta Talasemia, Anemia Falciforme, Atrofia Muscular Espinal, Enfermedad de Tay-Sachs, Hiperplasia Adrenal Congénita, Incompatibilidad Factor Rhesus.
- *Enfermedades ligadas al sexo*: lo frecuente es que el gen mutado se halle en el cromosoma X. Mayoritariamente son enfermedades de tipo recesivo (Hemofilia, Distrofia Muscular de Duchenne), aunque también pueden existir de tipo dominante (Hipofosfatemia o raquitismo resistente a la vitamina D). En estos casos, el riesgo clínico y la severidad de la enfermedad es diferente según se trate de un hombre o de una mujer. Los hombres, que sólo poseen un cromosoma X, siempre estarán afectados, mientras que las mujeres serán portadoras sanas cuando sólo posean uno de los dos cromosomas X mutados. Las enfermedades ligadas al cromosoma X se presentan en 0,05% de los recién nacidos.

Ejemplos: Hemofilia, Distrofia Muscular de Duchenne, Distrofia Muscular de Becker, Síndrome de X Frágil, Síndrome de Lesch-Nyham, Síndrome de Wiscott-Aldrich.

C) Anomalías multifactoriales

Por último, debería aludirse a las anomalías multifactoriales en las que se hallan implicados varios genes y, además, factores ambientales. Se considera que la patología multifactorial es responsable de aproximadamente el 50 % de las malformaciones congénitas, como los defectos del tubo neural, fisura palatina, etc.

II.3.- Datos de utilización de la técnica por los pacientes

Para conocer datos fiables de utilización del DGP por los pacientes europeos podemos acudir a los resultados publicados por la *Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE)*. En concreto, por el Consorcio DGP perteneciente al grupo de especial interés en Genética Reproductiva de dicha sociedad, que publicó en 2002 los datos relativos a la actividad de 25 centros repartidos en todo el mundo^{xix}.

El estudio llevado a cabo recogió información sobre 1.561 ciclos de DGP y sobre la historia reproductiva de las parejas del registro, de la que se desprendía lo siguiente: el 62 % de las mujeres que se sometieron a un DGP habían tenido un embarazo previo, aunque la mayoría no tenía hijos. El 20 % de las parejas tenían hijos sanos y el 26 % tenían hijos afectados por una enfermedad de carácter genético.

En cuanto a los motivos por los que solicitó el DGP, fueron los siguientes: en primer lugar por alteraciones cromosómicas (43 %); en segundo lugar, por patologías ligadas al cromosoma X (19 %), y patologías autosómicas recesivas (19 %), seguidas de patologías autosómicas dominantes (16 %), selección de sexo por motivos no terapéuticos (2 %), y otros (1 %).

Dentro de las alteraciones cromosómicas, de las patologías ligadas al cromosoma X, la más frecuente fue la del Síndrome X Frágil; de las patologías autosómicas recesivas, la más habitual resultó ser la Fibrosis Quística; y de las patologías autosómicas dominantes, la de mayor frecuencia fue la de la Distrofia Miotónica.

Respecto a la situación en Estados Unidos de América, una reciente encuesta dirigida por el "Genetics and Public Policy Center", de Estados Unidos, y realizada en un número importante de clínicas de fertilidad existentes en dicho país, revela que entre el 4 y el 6 por ciento de todos los ciclos de FIV incluyen ya DGP. Al mismo tiempo, indica que el 28 por ciento de las clínicas que realizan esta técnica la han proporcionado para evitar enfermedades que se ma-

nifiestan en la edad adulta, como Huntington, cáncer de mama hereditario o Alzheimer^{xx}.

Por lo que se refiere a la utilización del DGP en España, aunque su implantación es todavía escasa, podemos extraer también datos significativos de la petición de esta técnica por los pacientes en 2003, a través del Informe financiado por el Instituto de Salud Carlos III, sobre «*Diagnóstico Preimplantacional de Portadores de Cromosoma X Frágil y otros trastornos hereditarios en técnicas de fecundación artificial*»^{xxi}. En este trabajo se recoge una encuesta realizada entre los centros de reproducción asistida españoles, de la que resulta que las patologías por las que se realizó DGP fueron en orden de frecuencia las siguientes^{xxii}: abortos de repetición por sospecha de aneuploidías, anomalías estructurales, y enfermedades ligadas al cromosoma X.

El trabajo referido concluye que la patología por la que se solicita DGP con mayor frecuencia es la de abortos de repetición, y más concretamente las alteraciones cromosómicas numéricas (aneuploidías).

Finalmente, hay que hacer alusión a los datos de utilización del DGP recabados por la *Sociedad Española de Fertilidad* y referidos a la actividad del año 2002, de los que se desprende que los abortos de repetición fueron igualmente la causa mayoritaria de indicación de la técnica, seguida de la edad materna y de las enfermedades hereditarias. Otro dato de interés es que el porcentaje de embarazo por transferencia embrionaria se elevó hasta el 35,8 % en ciclos de DGP^{xxiii}.

No obstante la todavía poco relevante implantación del DGP en España, lo previsible a corto plazo es un aumento del uso de la técnica como lo demuestra, por ejemplo, la realización de un Concierto, suscrito en 2004, entre la Consellería de Sanidad de Valencia y el Instituto Valenciano de Infertilidad, para ofrecer un servicio público de DGP a las parejas de la citada comunidad que sean portadoras de alteraciones cromosómicas o genéticas susceptibles de diagnóstico. Y, también, la aprobación de un Decreto en Andalucía que regula el establecimiento del DGP dentro de las prestaciones del sistema sanitario público de dicha Comunidad Autónoma, en los tér-

minos y para las patologías que se comentan en el apartado jurídico de este trabajo^{xxiv}.

III.- Regulación del Diagnóstico Genético Embrionario

III.1.- En España: la ley de reproducción asistida de 2006 y el Decreto andaluz

La ley de reproducción asistida española de 1988^{xxv} recogía la posibilidad de llevar a cabo un diagnóstico embrionario cuando afirmaba que toda intervención sobre el preembrión^{xxvi}, vivo, «in vitro», con fines diagnósticos, no podría tener otra finalidad que la valoración de su viabilidad o no, o la detección de enfermedades hereditarias, a fin de tratarlas, si ello es posible, o de desaconsejar su transferencia^{xxvii}. No obstante, en la nueva ley de reproducción de 2006, recientemente aprobada por el Parlamento español^{xxviii}, se recoge una regulación mucho más exhaustiva que la referida anteriormente y que incluye los avances científicos de los últimos tiempos.

De esta forma, en el nuevo texto se prevé con relación al DGP la autorización directa de la técnica en dos casos, en los que bastará simplemente con comunicar su realización a la autoridad sanitaria correspondiente, que habrá de informar a su vez a la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida^{xxix}: a) La detección de enfermedades hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal con arreglo a los conocimientos científicos actuales, con objeto de llevar a cabo la selección embrionaria de los preembiones no afectos para su transferencia; b) y la detección de otras alteraciones que puedan comprometer la viabilidad del preembrión (cromosopatías fundamentalmente).

La nueva ley no cierra la puerta a otras situaciones en las que pueda efectuarse el DGP, si bien las condiciona a la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe preceptivo favorable de la citada Comisión, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso.

Por último, incorpora también la autorización del DGP extensivo, o con finalidad terapéutica para terceros, estableciendo que la aplicación de las técnicas de DGP, combinadas con la determinación de antígenos de histocompatibilidad de los preembiones «in vitro» con fines terapéuticos para terceros, requerirá igualmente de la autorización expresa, caso a caso, de la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe preceptivo favorable de la Comisión, que deberá evaluar las características clínicas, terapéuticas y sociales de cada caso. Además, hay que tener en cuenta en estos supuestos el papel de la Organización Nacional de Trasplantes, como organismo coordinador y asesor del Ministerio de Sanidad y Consumo, en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos^{xxx}.

En cuanto a la normativa autonómica española, el Gobierno de la Comunidad Autónoma Andaluza dictó en 2005 la primera norma autonómica reconociendo el derecho al DGP dentro de un Sistema Sanitario Público, en este caso el de Andalucía, a las personas con vecindad en dicho territorio que presenten riesgo de transmitir a sus descendientes alguna de las enfermedades siguientes: Atrofia Muscular Espinal, Distrofia Muscular de Duchenne, Enfermedad de Huntington, Fibrosis Quística, Hemofilia A, Hemofilia B, otras enfermedades con herencia recesiva ligada al cromosoma X y Síndrome de Alport ligado al cromosoma X^{xxxi}.

Al mismo tiempo, la norma referida creó la Comisión Andaluza de Genética y Reproducción, entre cuyas funciones se incluyen la de garantizar el derecho a la información sanitaria, el derecho a la intimidad y el respeto a la autonomía del paciente en la toma de decisiones, así como la correcta cumplimentación del consentimiento informado.

Igualmente, se prevé que la citada Comisión debe proponer a la Consejería de Salud el establecimiento y actualización de los criterios de indicación de la técnica y velar por la igualdad efectiva en las condiciones de acceso a los procedimientos de DGP para las parejas candidatas conforme a los criterios establecidos, respetando la confidencialidad de la información y documentación a que tenga acceso.

III.2.- Situación legal del DGP en otros países de nuestro entorno

En el ámbito europeo no puede hablarse de una situación armonizada en esta materia pues no existe ninguna norma supranacional al respecto, siendo dispar la regulación en cada uno de los países como se observa a continuación:

En Francia, el *Código de Salud Pública*, reformado parcialmente por la *Ley relativa a la bioética* de agosto de 2004^{xxxii}, admite el DGP de forma restringida incidiendo en la necesidad de que se aplique sólo en casos de enfermedad grave y con fuertes controles.

De esta forma, establece que para poder realizarlo se requiere que un médico especialista en genética médica, que ejerza su actividad en un centro de diagnóstico prenatal multidisciplinar autorizado, atestigüe una fuerte probabilidad de dar a luz un hijo con una enfermedad genética de particular gravedad que en el momento en que se practique el diagnóstico sea incurable. Además, la anomalía debe haberse detectado con antelación en uno de los progenitores, de modo que, a la hora de realizar el análisis genético sobre su embrión, sólo cabrá buscar esa anomalía. Se prevén sanciones administrativas y penales para el caso de contravención de la ley.

Por otro lado, la citada ley de bioética francesa ha incorporado al Código de Salud la autorización del DGP extensivo, a título experimental, y siempre bajo condiciones rigurosas^{xxxiii}: que la pareja haya tenido un niño que padezca una enfermedad genética que conlleve la muerte durante los primeros años de vida y que esté reconocida como incurable en el momento del diagnóstico; que el pronóstico vital de ese niño pueda ser mejorado, de forma decisiva, aplicándole una terapéutica que no comporte un menoscabo de la integridad del cuerpo del ser que vaya a nacer (a partir del embrión que se transfiera al útero materno), etc.

En cuanto al sistema británico, éste tiene la peculiaridad de que existe una autoridad administrativa independiente, la denominada “*Human Fertilisation and Embriology Authority*” (HFEA), que tiene capacidad para autorizar y supervisar por sí misma las

peticiones de diagnóstico de cada nueva patología, y para conceder licencias a los centros que desean llevar a cabo la técnica, ya que entre otras cuestiones la ley de dicho país sobre fertilización y embriología de 1990^{xxxiv} no se pronuncia expresamente sobre la admisibilidad del DGP.

En noviembre de 2001, después de una consulta pública sobre la materia, la HFEA publicó unas recomendaciones del grupo de trabajo en DGP, abogando por la creación en los centros de una guía para el uso apropiado del DGP que determinara que este último únicamente debería ser realizado cuando existiera un “riesgo importante de que el embrión sufriera un condicionamiento genético grave”^{xxxv}.

Asimismo, la HFEA tiene actualmente autorizado el DGP en una serie de casos clínicos, que incluyen patologías de aparición tardía como algunos tipos de cánceres, y ha establecido además que los centros con licencia para DGP no pueden hacer la técnica a cada paciente que se lo solicite de manera generalizada, sino que deben considerar la situación médica de forma individual^{xxxvi}.

Después de ciertos avatares judiciales, se ha reconocido también por los tribunales británicos la capacidad de la HFEA para conceder autorizaciones de DGP extensivo, que permitan seleccionar embriones compatibles con hermanos gravemente enfermos, al objeto de utilizar en el futuro las células del cordón umbilical del recién nacido, y bajo estrictas condiciones: ^{xxxvii} las autorizaciones para los tratamientos han de concederse caso por caso, analizando los detalles que concurren en cada situación individual; se requiere una aprobación expresa por el comité de licencias de la HFEA; deben haberse explorado todas las alternativas posibles de tratamiento y que no haya otra fuente para obtener los tejidos para el niño afectado; las condiciones de salud del niño receptor deben ser graves o de amenaza de su vida; los embriones no pueden ser modificados genéticamente para conseguir la compatibilidad; cada pareja que use estas técnicas debe recibir un consejo apropiado sobre las implicaciones de las mismas; los padres no podrán ser los receptores; y los pacientes y sus familias deben ser animados insistentemente a participar en los estudios de seguimiento.

Por otro lado, el DGP está prohibido en Alemania en virtud de una *ley sobre protección de embriones* de 1990^{xxxviii}. Esta norma sanciona con pena privativa de libertad de hasta tres años a quien utilice un embrión para cualquier otra razón que no sea su conservación. A este respecto, hay que tener en cuenta que la ley define como embrión tanto al óvulo humano fecundado (susceptible de desarrollo a partir de la fusión de los núcleos) como a cualquier célula totipotente extraída de un embrión susceptible de desarrollarse hasta convertirse en un individuo.

Aunque ha habido algunas iniciativas para intentar modificar la ley alemana en este aspecto dando entrada al DGP, han sido rechazadas sobre la base de considerar que el DGP contraviene el derecho a la protección del embrión y también por el riesgo de favorecer tendencias eugenésicas.

Por su parte^{xxxix}, el DGP está prohibido en Austria^{xl} y Suiza^{xli}, y se encuentra admitido en Dinamarca (siempre que su campo de actuación se limite a la detección de enfermedades hereditarias graves o de anomalías cromosómicas importantes en el caso de tratamientos de reproducción asistida)^{xlii}, Noruega (limitado a enfermedades hereditarias graves sin posibilidad de tratamiento)^{xliii} y Suecia (limitado al diagnóstico de enfermedades graves y progresivas que conduzcan a una muerte prematura y para las cuales no haya tratamiento ni curación en el momento del diagnóstico)^{xliv}. En cuanto a Italia, hay que recordar que en 2005 fracasó un referéndum para modificar su restrictiva “ley 40”^{xlv}, en el sentido de permitir el DGP y otras técnicas.

Finalmente, hay que significar que en los Estados Unidos no existe regulación federal ni estatal del DGP, prohibiéndose además el destino de fondos públicos a la investigación con embriones humanos. Cabría destacar, no obstante, el caso del Estado de Nueva York donde se han desarrollado unos criterios de calidad para los laboratorios, que afectan también a las pruebas genéticas asociadas al DGP, y que deben respetar los centros que ofrecen esta técnica, o que aceptan células procedentes de otros lugares para realizar su análisis dentro del propio Estado de Nueva York^{xlvi}. En definitiva, y con la salvedad anteriormente citada, el DGP se practica en la mayoría de

los hospitales privados que ofrecen fecundación «*in vitro*» siguiendo cada uno sus propias pautas^{xlvii}.

III.3.- Declaraciones y otros documentos generados en el ámbito internacional

a) Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo)

En el marco europeo el documento más relevante es sin duda el *Convenio relativo a los Derechos Humanos y Biomedicina*, hecho en Oviedo en 1997, que prohíbe toda forma de discriminación de una persona a causa de su patrimonio genético y establece el contexto en el que deben realizarse las pruebas genéticas, limitándolo al contexto médico y de investigación médica^{xlvihi}.

Además, esta norma, de aplicación en España desde el año 2000, obliga a que, con ocasión de las pruebas genéticas, se realice siempre un asesoramiento genético adecuado. El “consejo genético” se configura así como un requisito inexcusable para la realización de análisis genéticos. En esencia, se trata de un acto médico que, como tal, sólo se entiende en el contexto de las relaciones médico paciente. Además, es un acto médico de asesoramiento que ha de preceder y seguir a la elaboración de un diagnóstico tendente a la averiguación de la base genética de un problema de salud.

Pero también el consejo genético es un derecho del paciente, en cuanto que puede incardinarse dentro de los derechos de información sanitaria contemplados por la normativa vigente^{xlix}.

b) Recomendaciones Grupo de Expertos Comisión Europea

Con un alcance menor, pero también de interés, es el documento elaborado en 2004 por un Grupo de Expertos de la Comisión Europea, titulado “*25 Recomendaciones sobre las repercusiones éticas, jurídicas y sociales de los test genéticos*”^l, donde si bien se reconoce que los test genéticos constituyen un avance para la asistencia sanitaria y una oportunidad para desarrollar la medicina preventiva, se concluye que la sociedad debe garantizar que el recurso a los test genéticos sea siempre libre y nunca impuesto.

Entre las recomendaciones vertidas por el grupo referido se encuentra la de evitar el denominado “excepcionalismo genético”, postura que considera que los datos genéticos difieren de otros tipos de información médica y que deben ser considerados como una categoría aparte. Para el Grupo esta diferenciación no es correcta pues todos los datos médicos, incluidos los genéticos, merecen en todo momento los mismos niveles de calidad y confidencialidad^{li}.

Hay que decir que esta postura de sostener que los datos genéticos no tienen una relevancia especial respecto de otros datos de salud no es en absoluto pacífica, ya que son muchos los autores que consideran lo contrario habida cuenta de las características singulares de la información genética (afecta a la familia, es predictiva, permanente, etc.), que la harían acreedora de una protección claramente reforzada por los poderes públicos.

En cualquier caso, también aboga el Grupo por que los test genéticos con fines médicos se consideren parte integrante de los servicios sanitarios, matizando que sólo se debe ofrecer la posibilidad de acceder a los mismos si se ha demostrado que el test es fiable y existe una razón médica sólida que induzca a hacerlo. De esta forma, en la recomendación 8ª se indican una serie de elementos que deben producirse para que los test genéticos puedan considerarse justificados, de los que destacan los siguientes:

- La alteración que se busque debe ser grave.
- Las pruebas han de tener gran valor de pronóstico.
- Debe existir la posibilidad de llevar a cabo acciones de seguimiento en términos de intervenciones sanitarias (incluidas las opciones reproductivas).
- Antes de ofrecer los servicios de cribado se debe crear el entorno médico adecuado y facilitar información previa y posterior a los test genéticos, ofreciendo consejo médico y asesoramiento individualizado.

- La pertinencia de la alteración genética buscada se debe validar y evaluar con frecuencia en el marco de la sanidad pública.

c) Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos

Por otro lado, en el contexto mundial destacan sin duda tres Declaraciones promovidas por la UNESCO, relativas al genoma, a los datos genéticos y a la bioética, respectivamente.

La primera de ellas es la *Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos*, de 1997^{lii}, que proclama, en sentido simbólico, que el genoma humano es patrimonio de la humanidad, y que cada individuo tiene derecho al respeto a su dignidad y derechos, cualesquiera que sean sus características genéticas.

Asimismo, en la declaración se determina que una investigación, un tratamiento o un diagnóstico en relación con el genoma de un individuo sólo podrá llevarse a cabo previa evaluación rigurosa de los riesgos y de las ventajas que entrañe y de conformidad con cualquier otra exigencia de la legislación nacional. Además, hace hincapié en la necesidad de contar con el consentimiento previo, libre e informado de la persona interesada, en el respeto al derecho de toda persona a decidir que se le informe o no de los resultados de un examen genético y de sus consecuencias, en el respeto también a la confidencialidad de los datos genéticos asociados a una persona identificable, etc.

d) Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos

En segundo lugar, es importante también resaltar la *Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos*, de 2003^{liiii}, cuya motivación de fondo es la de conciliar el lógico interés de la medicina y de la ciencia en general por la obtención y estudio de los datos genéticos y proteómicos humanos con el respeto a la dignidad humana y a la protección de los derechos y libertades fundamentales, todo ello en aras de evitar fenómenos de discriminación o estigmatización de una persona, familia, grupo o comunidades.

La Declaración, además de fijar el principio de consentimiento informado del interesado para la

obtención de sus datos genéticos, establece que los datos genéticos humanos y los datos proteómicos humanos podrán ser tratados, utilizados y conservados solamente con los fines siguientes^{liv}:

- Diagnóstico y asistencia sanitaria, que incluye pruebas de cribado y predictivas.
- Investigación médica y otras formas de investigación científica, comprendidos los estudios epidemiológicos, en especial los de genética de poblaciones, así como los estudios de carácter antropológico o arqueológico.
- Medicina forense y procedimientos civiles o penales u otras actuaciones legales.
- Y cualesquiera otros fines compatibles con la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos y el derecho internacional relativo a los derechos humanos.

Finalmente, interesa resaltar también que la Declaración establece que, por imperativo ético, en los casos en que se contemple la realización de pruebas genéticas que puedan tener consecuencias importantes para la salud de una persona, debería ponerse a disposición de ésta, de forma adecuada, asesoramiento genético, de carácter no directivo, adaptado a la cultura de quien se trate, e, igualmente, atender al interés superior de la persona interesada^{lv}.

e) Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos

Por ultimo, hemos de referirnos a la *Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, de 2005^{lvi}, que tiene entre sus objetivos el de proporcionar un marco universal de principios y procedimientos que sirvan de guía a los Estados en la formulación de legislaciones, políticas u otros instrumentos en el ámbito de la bioética.

Esta Declaración contiene un precepto que afecta indirectamente al DGP, y es aquel en el que se afirma que deberían tenerse debidamente en cuenta las repercusiones de las ciencias de la vida en las generaciones futuras, en particular en su constitución genética^{lvii}.

IV. Consideraciones bioéticas: selección de embriones: “teoría de la pendiente resbaladiza”, el argumento de “jugar a ser Dios” y la “ética de la compasión”

El DGP conlleva la selección de unos embriones en detrimento de otros. En el plano teórico, el criterio fundamental de dicha selección es el de la salud genética del embrión, o lo que es lo mismo, el propósito de evitar transmitir a la descendencia enfermedades hereditarias graves. No obstante, ni todas las enfermedades condicionan de igual forma la vida de los individuos, ni todas las motivaciones que se esgrimen para la selección embrionaria son siempre de carácter médico. A partir de aquí se producen planteamientos encontrados.

Por un lado, la postura de quienes descartan completamente cualquier tipo de selección por considerarla contraria a la dignidad humana. Por otro, la de quienes aceptan dicha selección y, por tanto, el recurso al DGP, cuando se trate realmente de evitar enfermedades. Y, finalmente, la de aquellos que admiten el DGP de forma amplia más allá del ámbito médico (fines de carácter familiar o social, deseos perfectivos, etc.).

Del contexto referido se derivan algunos de los temores ante el avance del conocimiento del genoma humano y su posible manipulación, que se concretan en el miedo a entrometernos en el reloj de la herencia. Como apunta Mc. Gee —¿Tenía Dios la intención de que los seres humanos rehicieran su patrimonio genético o es contrario a su voluntad?— ¿Perderemos el contacto con los ritmos biológicos naturales del planeta?— Para algunos la investigación genética representa una ingerencia humana indeseada en el orden biológico, que es delicado y sostenible^{lviii}.

El Papa Benedicto XVI, en su época de Prefecto de la Congregación para la Doctrina de la Fe, hablaba de una auténtica revolución del hombre de nuestro tiempo contra los presupuestos biológicos. De esta forma, resaltaba que ya no se admite que la naturaleza tenga algo que decir, que para muchos es mejor que el hombre pueda modelarse a su gusto, que se libere de cualquier presupuesto de su ser. Para el Papa todo esto, en el fondo, disimula una insurrección

ción del hombre contra los límites que lleva consigo en cuanto ser biológico. Según esta concepción, el hombre se opone en último extremo a ser criatura y piensa que tiene que ser su propio creador, versión moderna de aquel “seréis como dioses”. Cree el hombre, en definitiva, que tiene que ser como Dios^{lix}.

En el sentido referido, desde ciertos sectores se acusa a los médicos, a los consejeros genéticos y a los padres de arrogancia en cuanto que se atreven a poner en duda el diseño de Dios, a corregir los errores del Creador. En definitiva, a jugar a ser Dios.

La argumentación de que la genética suponer jugar a ser Dios presupone que Dios creó a los seres humanos exactamente como deseaba que fueran, que Dios concibió un sistema, al que llamamos evolución natural, en el que participamos todos pero sobre el que no hemos de ejercer dominio, y que el don genético que Dios nos dio se encarna en la biología específica que poseemos^{lx}.

Desde otro punto de vista, Hans Jonas, reparando en el cambio de mentalidad operado en los últimos tiempos, señala con acierto que los experimentos del pasado hacían una distinción entre los seres humanos y el objeto del ensayo, en cuanto que no experimentábamos con nosotros mismos ni con nuestro futuro. Sin embargo, el advenimiento de la ingeniería biológica marca una ruptura de importancia metafísica: el hombre pasa a ser tanto el objeto directo, esto es, su beneficiario, como el propio sujeto del arte de la ingeniería^{lxi}.

Por otro lado, uno de los argumentos más relevantes de la teoría de la pendiente resbaladiza aplicable al campo de la investigación genética es que, a la hora de decidir actuar sobre el genoma humano, habría que admitir que, en líneas generales, existe más confianza en conocer los rasgos malos, para excluirllos, que los rasgos buenos. Es siempre más fácil identificar lo indeseable que lo deseable, el *malum* que el *bonum*. Para Jonas es incontrovertible que la diabetes, la epilepsia, la esquizofrenia y la hemofilia son indeseables, pero ¿qué es mejor, una cabeza fría o un corazón cálido, una gran sensibilidad o la robustez, un temperamento plácido o rebelde, y en qué proporción o distribución?^{lxii}.

Sobre esta cuestión de la pendiente resbaladiza, Mc. Gee refiere que los que temen que el camino que empieza por las pruebas genéticas para diagnosticar enfermedades hereditarias culmina en una expectativa del bebé perfecto, consideran al mismo tiempo que, una vez que los padres hayan aceptado la modificación del estado natural como un componente más del ejercicio de la paternidad, será fácil cambiar también ese estado por razones menos meritorias que la evitación de enfermedades^{lxiii}.

Por el contrario, quienes se oponen al tipo de planteamientos referido consideran que no se puede caer en la falacia naturalista, consistente en oponer como si tal cosa la tecnología a la naturaleza, ya que la primera es una parte inevitable de la existencia humana. No podemos tener como objetivo la preservación del orden natural dado que todas nuestras actividades necesariamente preservarán o variarán una parte de ese orden. Por esta razón, entienden que un debate inteligente ha de centrarse en qué técnicas son las más adecuadas para las necesidades contrapuestas de una sociedad y un ambiente complejos^{lxiv}.

En última instancia, puede decirse que para un sector importante de la sociedad las pruebas prenatales y el aborto no tienen por qué concebirse necesariamente como el resultado de la actuación de científicos alocados que esperan jugar a ser Dios, sino que pueden ser entendidos como valiosos instrumentos para evitar el sufrimiento de seres humanos cuyo destino sería una vida trágica.

Se habla entonces, en terminología de Hans Jonas, de la “ética de la compasión”, que consistiría en la compasión anticipada por un sujeto que se imagina en abstracto (el futuro ser), en virtud de la cual se decide ahorrarle la existencia para evitarle las dolencias que se imaginan padecería si llegara a vivir. Para el citado autor, en estos casos no se puede decir que se infrinja ningún derecho del potencial descendiente por dejar de engendrarlo, porque no hay ningún derecho a la existencia por parte de individuos hipotéticos que aún no han sido concebidos.

Antes al contrario, para Jonas se podría argumentar que su derecho sería lesionado al engendrarlo si previsiblemente (es decir, con probabilidad apreciable) ello le llevara a una existencia desgraciada^{lxv}.

De aquí se desprendería una argumentación a favor de la selección de embriones dirigida a descartar a aquellos que presenten enfermedades graves, y, por tanto, un cierto aval a la técnica de DGP.

V.- Eugenesia y Neoeugenesia

V.1.- Origen del concepto, clases y grados de eugenesia

A juicio de algunos autores, las técnicas de reproducción asistida (de las que forma parte el DGP), que se presentaron originariamente como la respuesta ante el deseo de tener hijos por parte de las parejas estériles, podrían haber derivado en una nueva modalidad de práctica eugenésica desde el momento en que las mismas se aplican a la procreación humana y alimentan el sueño de la perfección^{lxvi}.

Debe recordarse que el término eugenesia fue acuñado por Francis Galton a finales del siglo XIX, quien la definió como «la ciencia que trata de todos los factores que mejoran las cualidades propias de la raza, incluidas las que las desarrollan de forma óptima». Galton, que había tomado como antecedente para sus teorías la obra de Charles Darwin, propugnaba el recurso a todos los factores sociales utilizables que pudieran mejorar las cualidades raciales, tanto físicas como mentales, de las generaciones sucesivas^{lxvii}.

Por otro lado, es común distinguir doctrinalmente entre dos clases de eugenesia: la *eugenesia positiva*, que consiste en favorecer la transmisión de caracteres estimados deseables (fomentando matrimonios seleccionados, utilizando semen o gametos de personas con rasgos físicos o intelectuales óptimos), y la *eugenesia negativa*, que pretende evitar la transmisión de caracteres apreciados como no deseables (mediante la esterilización, contracepción, aborto, etc.). La selección de embriones propia del DGP sería por tanto un ejemplo de eugenesia negativa, siempre que persiga que no se transmitan a la descendencia enfermedades hereditarias graves. Y se convertiría, sin embargo, en un caso de eugenesia positiva si el objetivo fuera favorecer la transmisión de caracteres estimados deseables (por ejemplo, la

selección del sexo de los embriones por razones de preferencia familiar de los progenitores).

Por su parte, algún autor distingue tres grados de eugenesia^{lxviii}: en el primero estaría la eugenesia clásica ya comentada; en el segundo grado la nueva eugenesia, que clasifica gametos y embriones para descartar o eliminar los que no posean las características solicitadas (aquí se encuadraría el DGP); y habría un tercer grado, llamado por algunos “eugénica”^{lxix}, que se referiría a la combinación de las técnicas de reproducción artificial con la manipulación genética propiamente dicha (dentro de este grado estarían la clonación y la ingeniería genética).

Pues bien, sin que se puedan olvidar los trágicos resultados de los movimientos eugenésicos de principios de siglo, que propugnaban una mejora de la raza y la protección de la especie, y se orientaban hacia los efectos sociales de dichas prácticas (dando lugar incluso en algunos casos a decisiones políticas), los descubrimientos actuales sobre el genoma humano y la potencialidad de algunas técnicas asociadas a la reproducción humana asistida (como el DGP), permiten llevar a cabo en nuestros días un replanteamiento del pensamiento eugenésico.

De esta forma, desde algún sector doctrinal se manifiesta que sería utópico, y puede que incluso contrario a la dignidad humana, rechazar cualquier acción eugenésica, porque si hay vidas dignas de ser vividas, hay otras que no lo son. Desde la citada perspectiva, la actitud razonable en la actualidad consistiría en colocar barreras para limitar la naturaleza y el grado de intervención eugenésica^{lxx}.

Surge así una nueva eugenesia, denominada por algunos “*neoeugenesia*”, que presenta caracteres muy distintos a los de la eugenesia clásica. De esta forma, como indica Romeo Casabona, la nueva eugenesia está planteada por el momento como una cuestión médica, propia de la esfera de la relación médico-paciente y, por ello, como un asunto de salud individual vinculada a las decisiones reproductivas de las parejas^{lxxi}.

V.2.- La “eugenesia *laissez faire*” y la “eugenesia utópica”

Uno de los autores que con mayor profundidad ha analizado las connotaciones de la nueva eugenesia ha sido Philip Kitcher, para quien también es posible distinguir perfectamente entre la eugenesia clásica y la nueva eugenesia, a la que él llama “eugenesia *laissez-faire*”, que derivaría del conocimiento molecular y a la que considera en principio éticamente aceptable^{lxxii}. Sostiene este autor que, una vez que hemos perdido la inocencia genética, estamos comprometidos inevitablemente con alguna forma de eugenesia.

Para Kitcher la característica más atractiva de la nueva eugenesia es que intenta respetar la *libertad reproductiva* de cada individuo, en cuanto que permite que las personas decidan por sí solas cuáles son los rasgos que desean promover y cuáles evitar.

Ahora bien, Kitcher resalta la existencia de dos impedimentos para que pueda hablarse realmente de libertad reproductiva y para que la nueva eugenesia se diferencie claramente de la anterior:

- En primer lugar, la discriminación. Cuando los recursos de las pruebas prenatales no están al alcance de todos los miembros de la población por igual surge la discriminación que, en el campo de que aquí se trata, podría hacer que las enfermedades genéticas se configuraran como enfermedades de la “clase baja”.
- Seguidamente, la coacción directa o indirecta. Si la sociedad no sustenta valores y medios adecuados para ayudar a las familias que, por ejemplo, decidan no abortar a pesar del riesgo de tener un hijo con síndrome de Down, se producirá también, de forma indirecta, una merma de la libertad reproductiva individual. Sólo con la certeza de que todas las personas tienen una posibilidad seria de recibir el respeto y apoyo que necesitan, podrán los padres decidir libremente en función de sus propios valores.

En otro caso, sus decisiones estarán siempre mediatizadas por el destino que espera a su hijo y, en definitiva, por los valores imperantes en la sociedad. El juicio de estas parejas coaccionadas acusaría al

medio social como culpable de su falta de libertad para decidir y no al genotipo ni al rasgo.

Paralelamente a lo anterior, Kitcher cuestiona también la posibilidad de que pudiera garantizarse la libertad reproductiva a ultranza, y ello en la medida en que las decisiones prenatales de los padres no les afectan sólo a ellos, sino también a los otros miembros de la sociedad, que tendrán probablemente que contribuir al sustento del niño que nazca.

A partir de aquí, Kitcher formula la que denomina “eugenesia utópica” o ideal, que trataría de conjugar la libertad reproductiva individual con la educación y la discusión pública de la procreación responsable, y que estaría sustentada en los siguientes elementos: una información genética al alcance de todos los ciudadanos por igual y un respeto a las decisiones reproductivas individuales sobre la base de una educación previa sin coacción. Por último, en el contexto de esta eugenesia utópica existiría un respeto universalmente compartido por las diferencias, aunado a un compromiso público de hacer realidad el desarrollo potencial de todos los que nacieran.

Pero, además, esta eugenesia utópica necesitaría un límite que circunscribiera el objetivo de las pruebas prenatales que usaría el ciudadano bien informado y con sensibilidad moral (y que las separe de las prácticas eugenésicas no ilustradas). La propuesta que hace el citado autor es elegir las condiciones que constituyen la enfermedad y señalarlas como el blanco correcto de las pruebas y de los supuestos de interrupción del embarazo.

Finalmente, ahondando en esta línea de pensamiento, otros autores consideran que para que pueda decirse que la actual revolución genética repudia y ha triunfado verdaderamente sobre la siniestra promesa del anterior movimiento eugenésico convencional, ha de trazarse un objetivo político en la regulación de la utilización social de los frutos de dicha revolución mediante el cual se garantice que, al tiempo que se obtiene un beneficio máximo sin coerción, se evite la exclusión y estigmatización de cualquiera de nuestros ciudadanos, incurriendo en ciertos

costes para conservar el denominado ‘*valor de inclusión*’ basado en el respeto igual para todos^{lxxiii}.

V.3.- La defensa a ultranza de la “eugenesia individual o liberal”^{lxxiv}

Arthur L. Caplan es un ejemplo de firme partidario de admitir abiertamente la selección de caracteres genéticos por los sujetos o parejas que deseen reproducirse, siempre que las decisiones que tomen respondan a su libertad individual y no haya imposición de terceros en las opciones reproductivas.

Su planteamiento consiste en preguntarse qué hay de malo o inmoral en la eugenesia y llega a la conclusión de que no hay principios morales que por sí mismos supongan razón suficiente para condenar los propósitos eugenésicos individuales.

A partir de la idea anterior, desgrana y rebate los tres aspectos que a su juicio latan con mayor intensidad en la crítica a la eugenesia individual o liberal:

- El primero de ellos, la posibilidad de coerción en las conductas reproductivas por parte de los gobiernos o instituciones. A este respecto, Caplan considera que el derecho a reproducirse sin interferencias de terceros es una de las libertades fundamentales reconocidas por el derecho internacional y las teorías morales. Pero, al mismo tiempo, entiende el citado autor que el mero hecho de perseguir la consecución de determinados rasgos o la ausencia de enfermedades, cuando la elección es libre e informada y no va dirigida a dañar al hijo, no puede reputarse inmoral o que haya sido forzada por terceros. Habrá que demostrar en cada caso que se ha producido esa inmoralidad o que ha existido verdadera coerción.
- El segundo factor de crítica al que se enfrenta la eugenesia individual es el hecho de la subjetividad de los cánones de perfección humana y las consecuencias que las decisiones reproductivas de los padres puedan tener sobre los hijos. A ello responde Caplan que esta cuestión no es un problema nuevo creado por la tecnología genética y equipara las consecuencias de la selección de la dotación genética que pueden hacer los padres

respecto de sus futuros hijos, con las consecuencias que pueden derivarse para estos últimos de las decisiones de aquéllos en materia de elección de la formación que van a recibir, de la educación en valores morales, políticos o religiosos, etc.

Sobre este tema Caplan plantea incluso que si consideramos ético que cualquier persona con una nariz grande se someta libremente a una operación de cirugía estética para corregir su defecto, no hay razón para entender que no es moralmente correcto que los padres busquen también lo mejor para sus hijos antes de que nazcan recurriendo a la tecnología genética.

- El tercer elemento de crítica a la eugenesia individual es el relativo a que la misma puede generar desigualdades y conducir a una clasificación de los ciudadanos en función de sus posibilidades de acceso a la tecnología genética creando élites (“genetic overclass”). También argumenta Caplan que éste no es un problema nuevo, y manifiesta al respecto que en un mundo que tolera tanta desigualdad respecto a las circunstancias en que nacen los niños es difícil sostener que hay algo más ofensivo o moralmente más problemático en las ventajas biológicas que en las ventajas sociales y económicas, actualmente asumidas por la sociedad.

De forma paralela a lo anterior, dentro de esta tercera línea de crítica se cuestiona el efecto contrario, esto es, si la eugenesia individual, una vez accesible para todos, puede conducir a una sociedad homogénea en la que la diversidad y la diferencia desaparezcan en una carrera por producir sólo gente perfecta con caracteres iguales o similares. Igualmente, descarta Caplan el peso de esta crítica al recordar que esa homogeneidad se produce ya en la sociedad de alguna forma, por ejemplo, cuando las familias pudientes seleccionan para sus hijos los mismos colegios, clases de

música, prácticas religiosas, campos de verano, etc.

Concluye Caplan afirmando que mientras la fuerza, la coerción, la obligación y el miedo no interfieran en las opciones reproductivas, y mientras las decisiones individuales no tengan consecuencias negativas para la colectividad, no está claro que sea algo menos ético permitir a los padres elegir el color de los ojos de su hijo o favorecer genéticamente su capacidad para las matemáticas, que permitirles enseñarles los valores de una religión en particular, o tratar de inculcarles el gusto por el deporte llevándoles a los partidos de fútbol, o fomentarles tocar el piano.

No obstante, una de las críticas más interesantes al planteamiento anterior la formula Habermas, cuando afirma que el mismo se olvida del hecho primario y básico de toda persona de ser cuerpo, del que también vive el proceso de conformación personal. De esta manera, Habermas resalta que, con carácter previo a valorar la influencia de las interacciones socializadoras, es necesaria la identificación previa con un cuerpo, y ello para que podamos diferenciar entre “lo que somos” y “lo que pasa con nosotros”. Para que una persona se considere autor de sus propios actos es necesaria la continuidad de su identidad y, si sólo nos referimos al factor de la socialización, no obtenemos esa continuidad^{lxxv}.

V.4.- La “eugenesia terapéutica”^{lxxvi}

Para el profesor Romeo Casabona no debe confundirse la conceptualización de la eugenesia con su valoración jurídica, que dependerá de sus métodos y de sus propósitos, pudiéndose distinguir claramente entre una eugenesia lícita, cuando alude a decisiones tomadas libremente por los padres, de otra eugenesia ilícita, que incluiría aquéllas prácticas que son impuestas coactivamente por los poderes públicos o por otras personas.

Entiende dicho autor que quedaría fuera de la problemática eugenésica en su sentido tradicional la

modalidad lícita citada, que denomina “eugenesia terapéutica”, de la que formaría parte del DGP, y que consistiría en aquellas prácticas preventivas que pretenden garantizar una descendencia sana, eliminando los riesgos de transmisión de enfermedades hereditarias de las que fueran portadores los padres. Además, se requiere que dichas prácticas sean fruto de la libre decisión de estos últimos con el concurso del asesoramiento genético por parte del médico.

Para Romeo Casabona la pretensión de asegurarse una descendencia sana o libre de patologías o malformaciones hereditarias en cuanto tal nada tiene de censurable, si bien reconoce la existencia de algunos problemas específicos que se irán intensificando en el futuro: la delimitación de qué debe entenderse por enfermedad grave (para distinguirla de lo que no es patológico, raro o infrecuente), o las responsabilidades reproductivas de las parejas en orden a evitar tener hijos con patologías hereditarias, si ello está aparentemente en sus manos.

En una línea similar de pensamiento, afirmaba Jonas que todo deslizamiento de conceptos distintos de los estrictamente médicos, e incluso su aceptación más allá de la clase más grave de aquéllos, la verdaderamente minoradora de la vida, era objetable tanto desde el punto de vista biológico como ético. De esta manera, para Jonas únicamente la exclusión del embrión dañado entraba en el terreno de la eugenesia de la compasión preventiva^{lxxvii}, que dicho autor consideraba correcta desde el punto de vista ético.

Resulta igualmente de interés mencionar los tres requisitos que enuncia Testart para evitar abusos a través de la eugenesia médica: en primer lugar, que la decisión eugenésica corresponda a las personas más interesadas, que son los futuros padres; en segundo lugar, que se establezcan frenos a la ambición eugenésica para que no pretenda resolver fantasías sin límites; y, en tercer lugar, que se reconozcan valores no genéticos con el fin de que no se defina a los individuos por sus características genéticas.

Más concretamente referido al DGP, Testart considera que dicha técnica es una modalidad eugenésica potencialmente ilimitada, porque no cuenta con los frenos naturales de la eugenesia tradicional asociados al dolor físico y percepción del daño moral

(aborto, infanticidio, esterilizaciones) y porque puede ponerse al servicio de fantasías paternas sobre el llamado ‘niño perfecto’. Por este motivo, entiende dicho autor que el problema de esta técnica es que sus indicaciones sólo pueden verse limitadas por la intransigencia médica o el coste económico, conceptos bastante subjetivos y evolutivos para constituir fronteras precisas y definitivas^{lxxviii}.

Por último, debe recordarse que una de las objeciones que se plantean respecto de la eugenesia terapéutica es que su aplicación podría dar al traste con genios que, pese a su discapacidad física, han realizado a lo largo de la historia aportaciones muy relevantes al arte o al conocimiento científico. Son los casos, por ejemplo, de Beethoven y su sordera, o de nuestro contemporáneo, el científico británico Stephen Hawking, aquejado de una esclerosis lateral amiotrófica, enfermedad degenerativa neuromuscular en la que las neuronas que controlan el movimiento de la musculatura voluntaria disminuyen gradualmente su funcionamiento y mueren, provocando debilidad y atrofia muscular.

Sin embargo, frente a lo anterior, cabría aducir el carácter verdaderamente excepcional de esos casos, y el hecho de que no se pueda establecer una correlación entre los impedimentos físicos y la mayor capacidad intelectual. Muy al contrario, lo habitual es que la discapacidad física de un individuo le haga más dificultoso su progreso intelectual por los inconvenientes asociados.

V.5.- La crítica a la eugenesia liberal: la “teoría del paternalismo irreversible”

Habermas señala como diagnóstico de la situación actual que estamos viviendo, el hecho de que asistimos a un proceso en el que se produce un desplazamiento desde una eugenesia negativa, que comienza por imponer como algo de sentido común el deseo de evitar el desarrollo de enfermedades hereditarias graves (para contemplar luego otras no tan importantes), bajo la premisa de que no debemos gravar a la siguiente generación si está en nuestras manos evitarlo, hasta llegar al predominio de una perspectiva liberal que impulsa someter a las leyes de mercado las crecientes posibilidades de una euge-

nesia positiva, desplazando las flexibles fronteras móviles entre intervención terapéutica e intervención perfeccionadora^{lxxix}.

Al mismo tiempo, más allá del carácter sagrado o no de la vida humana, se plantea si es compatible con la dignidad de esta última ser engendrado con reservas y sólo ser declarado digno de existir y desarrollarse después de un examen genético.

Ante este panorama, Habermas no es partidario de reacciones alarmistas, sino que aboga por construir barreras morales necesarias para asegurar que la mezcla cromosómica conserve una cierta medida de contingencia o naturalidad necesaria para mantener la “autocomprensión ética” de nuestra especie, de forma que nos permita seguir reconociéndonos como autores indivisos de nuestra biografía, como individuos de igual condición que los de las generaciones precedentes. Dicho autor se pronuncia, en definitiva, a favor de la consideración de un “derecho a una herencia genética en la que no se haya intervenido artificialmente”.

En otro caso, piensa Habermas que la eugenesia liberal puede terminar consagrando un paternalismo irreversible, en el que el individuo que va a nacer ya no tendrá ninguna posibilidad de revisar su biografía en lo que respecta a las interferencias ajenas recibidas. Nos encontraríamos, por tanto, con la conformidad virtual de un ser proyectado, cuyo acuerdo futuro es completamente aleatorio, por lo que su pérdida de libertad sería patente, produciéndose consecuentemente también una clara perturbación para poder ser en el futuro “sí mismo” y una cierta pérdida de su autocomprensión como persona^{lxxx}, con efectos desconocidos hasta ahora.

Antes que Habermas, Jonas aludía ya en sus escritos a la irreversibilidad e irrevocabilidad de la técnica biológica como rasgo diferenciador de la técnica mecánica, y para subrayar que los actos cometidos sobre otros por los que no hay que rendirles cuentas son injustos. Lo anterior lo sustenta en que el dilema moral de toda manipulación biológico-humana que vaya más allá de lo puramente negativo de la prevención de los defectos hereditarios, es que la posible acusación de la descendencia contra su creador ya no encontraría a nadie que pudiera res-

ponder y purgar por ella, ni ningún instrumento de indemnización^{lxxxii}. En otras palabras, no se produciría en estos casos, como puntualiza Habermas, la simetría de responsabilidad existente entre personas libres e iguales.

Finalmente, para Jonas el *superhombre* es un deseo de la insolencia, no de la necesidad, en cuanto que el propósito de la mejora de la especie humana desconoce que ésta, tal y como es, contiene ya en sí misma la dimensión en la que tienen su espacio tanto lo mejor como lo peor, tanto la ascensión como la caída. Concluye dicho autor diciendo que, excepto en los casos más inequívocos de la eugenesia negativa, donde el elevado precio humano de tal injerencia aún está por justificar, y sin duda en el territorio de ensueño de la perfectibilidad genética positiva, no adquirimos mayor seguridad con el cambio de lo imprevisto (el azar natural) por lo planeado^{lxxxiii} (la selección y la manipulación genética).

VI.- ¿Cuándo estamos en presencia de una enfermedad grave que justifique el Diagnóstico Genético Embrionario?

Si aceptamos el planteamiento de que el factor clave para admitir la técnica de DGP, y la subsiguiente selección embrionaria que conlleva, ha de ser el de evitar transmitir a los hijos una enfermedad grave, hemos de ponernos de acuerdo respecto de tal concepto. Sobre este particular hay quienes piensan que la decisión debe recaer en los progenitores que, por los antecedentes familiares que han conocido, son en principio los que mejor saben los sufrimientos aparejados a tal o cual enfermedad.

De esta opinión es, por ejemplo, el científico James Watson, para quien las decisiones genéticas deben tomarlas las propias madres o acordarlas con sus familias de acuerdo con sus concepciones culturales y circunstancias personales, sin que el Estado influya de ninguna manera^{lxxxiii}. No obstante, vemos a continuación diferentes maneras de enfocar esta cuestión.

VI.1.- Tres enfoques para abordar el concepto de enfermedad

Como sostiene Lagrée, recordando la fórmula de Bichat, la salud es «la vida en el silencio de los órganos», pero también un cierto régimen de vida caracterizado por su capacidad de adaptación al medio^{lxxxiv}. Conjugando estos factores, Kitcher realiza una aproximación al concepto de enfermedad distinguiendo varios enfoques^{lxxxv}:

a) Perspectiva de los objetivistas de la enfermedad

Los objetivistas de la enfermedad consideran que existen datos del cuerpo humano, de lo que es su funcionamiento normal, que son el fundamento del concepto de enfermedad. Se trata, por tanto, de una visión básicamente biológica cuyos partidarios entienden que las pruebas prenatales debieran quedar limitadas a los casos en que la presencia de ciertos alelos provoque algún fallo en el funcionamiento normal del cuerpo.

b) Perspectiva de los constructivistas de la enfermedad

Para los constructivistas de la enfermedad no se puede trazar una línea divisoria sobre los datos objetivos que los separe nítidamente de los que no lo son, sino que hay que apelar al consenso social para determinar lo que verdaderamente es una enfermedad. Para los seguidores de esta postura, que aplicada al DGP corre el riesgo de conectar con la vertiente clásica de la eugenesia, todas las intervenciones médicas involucran juicios de valor que están aceptados ampliamente por la sociedad.

c) La teoría de la calidad previsible de la vida humana

En tercer lugar estaría la posición de los que, como el propio Kitcher, fundamentan el concepto de enfermedad en la calidad previsible de la vida humana, en las posibilidades de ésta de desarrollar una personalidad. La clave de esta perspectiva se encontraría en nuestra capacidad para hacer juicios de valor acerca de la calidad de las vidas humanas. A este respecto, dicho autor propone tres dimensiones para evaluar la calidad de una vida humana^{lxxxvi}:

1. La primera se refiere a determinar si la persona ha desarrollado alguna noción acerca de lo que es importante y cómo se formó dicha concepción. A propósito de esta cuestión, Paul Ricoeur considera que hay dos cosas fundamentalmente estimables en el "sí mismo": en primer lugar, la capacidad de elegir "por razones", de preferir una cosa a otra, esto es, la capacidad de actuar intencionalmente; y, en segundo lugar, la capacidad de introducir cambios en el curso de las cosas, de comenzar algo en el mundo, o dicho brevemente, la capacidad de iniciativa^{lxxxvii}.

Por este motivo, las enfermedades neurodegenerativas que se manifiestan en la infancia, o las alteraciones del material genético más graves, que cancelan por completo los prospectos de la configuración del yo, impiden conocer por sí mismo la realidad.

2. La segunda alude a la capacidad de autodesarrollo del yo, al grado en el que se satisfacen los deseos centrales de la vida. Enfermedades como el Síndrome de Down o el Síndrome Sanfilippo limitan el alcance del desarrollo del yo. Asimismo, ideas como movilidad e independencia son importantes para casi todas las personas y son ajenas, en principio, a las personas nacidas con afecciones musculares degenerativas graves que las confinan en una cama o en una silla de ruedas desde la infancia.

Aunque Kitcher no lo resalta, lo cierto es que esta dimensión habría que entenderla como un problema contextual, que puede variar en función del tipo de sociedad o de estatus social dentro de una misma sociedad, ya que determinadas discapacidades resultan menos importantes en las sociedades opulentas que en las subdesarrolladas.

3. La tercera dimensión se relaciona con el carácter de la experiencia de la persona, con el equilibrio de dolor y placer. ¿Hasta qué grado deben ser terribles el dolor o las limitaciones en las actividades y el desarrollo para que reduzcan tanto la calidad de una vida que el aborto, o el descarte de un embrión, se conviertan en un acto de clemencia?. Las afecciones genéticas más devastadoras no permiten más que un desarrollo mínimo y tan invalidante, que no hay posibilidad de que el ni-

ño entienda el cuidado que le brindan otros, ni de que se ría con la más simple de las bromas.

De esta forma, para Kitcher sería preciso obtener un juicio de valor positivo respecto de las citadas tres dimensiones del concepto de calidad de vida, para descartar la presencia de una enfermedad o, al menos, de una enfermedad grave.

VI.2.- Calidad de vida limitada, calidad de vida mínima y calidad de vida por debajo del mínimo

Por otro lado, Jonsen, Siegler y Winslade, realizan también en su obra *Ética Clínica* una propuesta de criterios objetivos para la determinación de la calidad de vida, distinguiendo las siguientes situaciones^{lxxxviii}:

- Calidad de vida limitada: situación en la que alguien sufre graves carencias de salud psíquica y mental, esto es, cuando sus facultades funcionales se alejan de la media normal encontrada en los humanos. Se trataría de un juicio que cualquiera podría hacer, bien el interesado, bien cualquier observador del paciente.
- Calidad de vida mínima: situación en la que se ve a alguien en un estado físico general muy deteriorado, no exento de molestias y dolores, y con grandes limitaciones en su capacidad comunicativa con los demás. También puede hacer dicha valoración el propio afectado o cualquier observador (médico o familiar).
- Y calidad de vida por debajo del mínimo: situación en la que el paciente sufre un extremo debilitamiento físico, además de haber perdido de forma total e irreversible la actividad sensorial e intelectual. El enfermo, en razón de su estado, ha perdido toda capacidad de evaluación personal.

Pues bien, para los citados autores muy pocas personas considerarían buenas cualquiera de las dos últimas situaciones referidas, y los que se encuentran en ellas optarían por no estarlo si pudieran elegir e incluso, en muchos casos, preferirían estar muertos. Extrapolando estos criterios al caso del DGP podría decirse que estaría realmente justificado en los dos últimos casos el descarte de embriones con enferme-

dades que condujeran a dichas situaciones, siendo para algunos más discutible la decisión en el primer supuesto.

VI.3.- El concepto de enfermedad desde el concepto de salud

Otra forma de indagar en el concepto de enfermedad es a partir de su negativo fotográfico, esto es, del concepto de salud. Aquí encontramos de entrada la definición propuesta por la *Organización Mundial de la Salud* en 1947, que ponía su énfasis en la salud como estado de “completo bienestar, físico, mental y social”. Ahora bien, como se razona en el Informe sobre los fines de la medicina, del *Hastings Center* de Nueva York, no es posible, ni ahora ni nunca, que la medicina aporte un bienestar “completo”, ni siquiera en el sentido físico, con el que está más familiarizada. Los males, de mayor o menor gravedad, forman parte de la vida de todas las personas en un momento u otro, y al final todos sucumbiremos a ellos^{lxxxix}.

Por este motivo, resulta más adecuada la concepción de la salud que se recoge en dicho documento y que habla “de la experiencia de bienestar e integridad del cuerpo y la mente. La salud se caracteriza por la ausencia de males de consideración y, por tanto, por la capacidad de una persona para perseguir sus metas vitales y desenvolverse adecuadamente en contextos sociales y laborales habituales”. Con esta definición se quiere poner énfasis en la importancia de la integridad y el buen funcionamiento del cuerpo, en la ausencia de disfunciones relevantes y en la consiguiente capacidad de actuar en el mundo.

En consecuencia, por este camino se podría deducir que la enfermedad grave es aquella que impide al individuo un mínimo desarrollo y desenvoltura social y laboral en el medio y cultura en el que se encuentra.

VII.- Conclusiones

El Diagnóstico Genético Preimplantatorio (DGP), cuyo objetivo fundamental es evitar la transmisión de enfermedades hereditarias a la descendencia, constituye una de las técnicas más pro-

metedoras de la medicina preventiva y predictiva de nuestro tiempo. El auge de esta última supone un cambio en el punto de mira de los fines clásicos de la medicina, tradicionalmente centrados en la prolongación de la vida, la conservación de la salud o el alivio del dolor.

Desde el punto de vista científico, el DGP, en combinación con otras técnicas de reproducción asistida, se configura como una herramienta valiosa para la detección en el embrión de multitud de anomalías cromosómicas (numéricas y estructurales), de enfermedades monogénicas (dominantes, recesivas y ligadas al sexo) y de enfermedades multifactoriales.

El uso de la técnica de DGP en España es todavía escaso aunque va en claro aumento, siendo la patología más frecuente por la que se solicita su realización la de abortos de repetición por sospechas de aneuploidías, seguida de anomalías cromosómicas estructurales, enfermedades ligadas al cromosoma X y enfermedades autosómicas dominantes.

El DGP no está exento de fuertes controversias bioéticas en la medida en que conlleva la utilización de las técnicas de reproducción artificial, la manipulación de embriones y la selección genética de los mismos.

Por lo que se refiere a la regulación del DGP en España, tras la publicación de la ley de reproducción asistida de 2006, está contemplado su uso tanto en beneficio del embrión diagnosticado como con fines terapéuticos para terceros, en estos últimos supuestos previa autorización caso a caso de la autoridad administrativa y previo informe favorable de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

En cuanto a la situación legal de los países de nuestro entorno, el DGP está admitido para enfermedades graves en Francia y Reino Unido (también el DGP extensivo), y no se prohíbe en Estados Unidos. No se acepta, por el contrario, en países como Italia, Alemania, Austria o Suiza.

La tendencia general desde el punto de vista bioético y jurídico es la de aceptar el DGP en los casos de enfermedades genéticas hereditarias graves, de aparición precoz y no susceptibles de tratamiento curativo postnatal, o de alteraciones cromosómicas

que pudieran comprometer la viabilidad del embrión. Y encomendar a comités éticos específicos la valoración del resto de casos (DGP extensivo, DGP en enfermedades de aparición tardía, de expresión fenotípica variable y multifactoriales), con el fin de asegurar que, detrás de los mismos, existe verdaderamente un propósito de evitar enfermedades graves y no el de llevar a cabo una selección caprichosa de los individuos.

Para una parte significativa de los autores, la eugenesia no es un fenómeno esencialmente inmoral, sino que dependerá de los objetivos que persiga. Asimismo, el avance en el conocimiento del genoma humano hace inevitable en nuestros días un replanteamiento del fenómeno eugenésico. Puede afirmarse que tenemos la responsabilidad de no caer en los errores del pasado (eugenesia clásica), pero también la de aprovechar el conocimiento actual para evitar vidas desgraciadas, niños con enfermedades incurables.

La “neoeugenesia” o eugenesia terapéutica, basada en la libertad reproductiva, circunscrita a un ámbito médico y enfocada como un problema de salud individual, de pareja o, incluso, de familia, es

netamente diferente de la eugenesia clásica, que estaba concebida como un asunto de política social, y en la que se producía un intervencionismo del Estado. No obstante, su reto fundamental para lograr una mayor aceptación ética es fijar bien las fronteras entre lo que debe entenderse por una intervención terapéutica y una intervención perfeccionadora.

La eugenesia liberal, que propugna una postura abierta respecto de la selección de embriones mediante el DGP y un uso de la ingeniería genética para elegir rasgos genéticos a voluntad de los progenitores (por ejemplo, el sexo o el color de los ojos) y para potenciar capacidades y habilidades humanas (como la aptitud para las matemáticas), carece en la actualidad de un consenso doctrinal y científico suficiente para imponer sus criterios, si bien puede gozar en el futuro del viento a favor que le proporcionen factores tales como las leyes del mercado, la creciente concepción consumista de los derechos reproductivos y la dificultad mencionada de establecer fronteras sólidas e inamovibles entre lo que debe entenderse por actuación médica terapéutica y actuación médica perfectiva.

Madrid, diez de noviembre de dos mil seis.

ⁱ Lagrée, J.: *El médico, el enfermo y el filósofo*, Ed. La esfera de los libros, primera edición, 2005, pp. 46-47.

ⁱⁱ Pellegrino, E.: «Biotechnology, Human Enhancement, and the Ends of Medicine», Dignity. Center for Bioethics and Human Dignity (CBHD), 2004.

ⁱⁱⁱ Gracia, D.: Como arqueros al blanco. Estudios de Bioética. Ed. Triacastela, Madrid, 2004, pp. 83-84.

^{iv} Vega Gutiérrez, A.: «Los derechos reproductivos en la sociedad postmoderna: ¿una defensa o una amenaza contra el derecho a la vida?». Derechos reproductivos y técnicas de reproducción Asistida, Granada. Ed. Comares, 1998, p. 27.

^v Sanchez Abad, P. y Pastor García, L.: La inyección intracitoplasmática de espermatozoides. ¿Avance o imprudencia científica?. Universidad Católica San Antonio, Murcia, 2005, pp. 9-13.

^{vi} La ICSI consiste básicamente en facilitar el camino al espermatozoide inyectándolo directamente en el óvulo.

^{vii} V. Informe «Medicina personalizada. La salud a la carta», Future Trends Forum (FTF), Fundación de la Innovación Bankinter, 2005.

^{viii} V. Boada, M. y Veiga, A.: «Pruebas genéticas en embriones y fetos». Pruebas Genéticas. Genética, Derecho y Ética. Universidad Pontificia de Comillas, 2004, pp. 19-47.

V. también Informe «Diagnóstico preimplantacional de portadores de cromosoma X frágil y otros trastornos hereditarios en técnicas de fecundación artificial». Proyecto FIS. Victoria-Gasteiz. Departamento de Sanidad. Gobierno Vasco, 2005. Informe nº.: Osteba D-05-01.

Igualmente, Diccionario Mosby de la Salud (1996). Mosby/Doyma Libros.

^{ix} Blastómero es cada una de las dos células que se desarrollan en la primera división miótica de la segmentación del núcleo de un óvulo fertilizado. Los dos blastómeros se dividen y subdividen para formar la mórula en los primeros días de la gestación.

^x Blastocisto es la forma embrionaria que sigue a la fase de mórula en el desarrollo humano. Es una masa esférica de células con una cavidad central llena de líquido rodeada de dos capas de células. La mórula, por su parte, es una masa sólida y esférica de células que son producto de la división del óvulo fertilizado en las fases precoces del desarrollo embrionario.

^{xi} Estas definiciones están atribuidas a Hazme (1999), Gianaroli (2002) y Handyside (1992), en el proyecto de investigación sobre Diagnóstico Preimplantacional de Portadores de Cromosoma X frágil y otros trastornos hereditarios, anteriormente referido.

- ^{xii} La gonadotropina es una sustancia de carácter hormonal que estimula la función de los testículos y de los ovarios.
- ^{xiii} La inyección intracitoplasmática de espermatozoides, conocida como ICSI (intracytoplasmic sperm injection), consiste en la inyección de un espermatozoide dentro de un óvulo.
- ^{xiv} Se trata de una alteración cromosómica que afecta a un único par de cromosomas de los 23 pares que tiene el ser humano, como por ejemplo la trisomía 21 o Síndrome de Down.
- ^{xv} El trofotodermo o trofoblasto es una capa de tejido que forma la pared del blastocisto de los mamíferos placentarios en los estadios tempranos del desarrollo embrionario.
- ^{xvi} La gametogénesis es el origen y maduración de los gametos, que se produce a través del proceso de meiosis.
- ^{xvii} Heterocigoto significa que tiene dos genes diferentes en el locus correspondiente de cromosomas homólogos.
- ^{xviii} Homocigoto es cuando el individuo tiene genes idénticos en el mismo locus de un par de cromosomas.
- ^{xix} Los datos referidos en este apartado han sido obtenidos a través del citado trabajo sobre «Diagnóstico Preimplantacional de Portadores de Cromosoma X frágil y otros trastornos hereditarios en técnicas de fecundación artificial», pp. 61-62.
- ^{xx} Baruch, Kaufman y Hudson, 2006: «Genetic testing of embryos: practises and perspectives of U.S. IVF clinics, Fertility and Sterility (en prensa).
- ^{xxi} «Diagnóstico preimplantacional de portadores de cromosoma X frágil y otros trastornos hereditarios en técnicas de fecundación artificial». Proyecto FIS. Victoria-Gasteiz. Departamento de Sanidad. Gobierno Vasco, 2005. Informe nº.: Osteba D-05-01, ob. cit., pp. 67-70.
- ^{xxii} Los datos se refieren al año 2003. Se enviaron un total de 116 encuestas a otros tantos centros de reproducción y 55 encuestas a los laboratorios de genética, públicos y privados, que realizan las técnicas necesarias para el DGP, obteniéndose de todos ellos una tasa de respuesta del 40 % (27 % respecto de los centros de reproducción asistida y 70 % de los laboratorios de genética).
- ^{xxiii} Informe del registro FIV-ICSI de la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), de 2002, que hace referencia a los datos de DGP de 14 centros, existiendo un número importante de indicaciones de DGP no especificadas.
- ^{xxiv} Decreto 156/2005, de 28 de junio, del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- ^{xxv} Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.
- ^{xxvi} Por “preembrión” se entiende al embrión configurado por el grupo de células resultantes de la división progresiva del óvulo desde que es fecundado hasta aproximadamente catorce días más tarde, cuando anida establemente en el útero.
- ^{xxvii} Art. 12.1 de la Ley 35/1988, sobre Técnicas de Reproducción Asistida, ya derogada.
- ^{xxviii} Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.
- ^{xxix} V. art. 12 de la ley de reproducción indicada.
- ^{xxx} Disposición adicional 3ª, de la ley 14/2006.
- ^{xxxi} Decreto 156/2005, de 28 de junio, por el que se regula el Diagnóstico Genético Preimplantatorio en el Sistema Sanitario Público de Andalucía y se crea la Comisión Andaluza de Genética y Reproducción. Anexo.
- ^{xxxii} Loi nº 2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.
- ^{xxxiii} Art. L. 2131-4-1, del Código de la Salud Pública francés, incorporado por la ley bioética anteriormente referida.
- ^{xxxiv} Human Fertilisation and Embryology Act , 1990.
- ^{xxxv} «Outcome of the Public Consultation on Preimplantation Genetic Diagnosis» (2001): HFEA (consultada en febrero de 2005, de la web oficial de la HFEA: <http://www.hfea.gov.uk/>).
- ^{xxxvi} <http://www.hfea.gov.uk/AboutHFEA/HFEAPolicy/Preimplantationgeneticdiagnosis> (consultada en septiembre 2005).
- ^{xxxvii} <http://www.hfea.gov.uk/PressOffice/Backgroundpapers/PreimplantationTissueTyping> (consultada en febrero 2005).
- ^{xxxviii} Gesetz zum Schutz von Embryonen (Embryonenschutzgesetz-ESchG), Vom 13 Dezember 1990. Arts. 1.2 y 8.1 de la ley.
- ^{xxxix} Las referencias a la legislación de Dinamarca, Noruega, Suecia, Alemania, Austria y Suiza proceden de los siguientes trabajos: Alkorta Idiakez, I.: Regulación jurídica de la medicina reproductiva. Derecho español y comparado, Ed. Aranzadi, 2003: 316-321. Y Romeo Casabona, C. Mª.: Código de leyes sobre genética, Cátedra de Derecho y Genoma Humano. Fundación BBVA-Diputación foral de Vizcaya, 1997.
- ^{xl} Fortpflanzungsmedizingesetz (BGBI. núm. 275, de 8 de junio de 1992).
- ^{xli} Ley Federal, de 18 de diciembre de 1998, sobre la procreación médicamente asistida, Arts. 5.3 y 37, lit.e.
- ^{xlii} Ley nº. 460, de 10 de junio de 1997. Arts. 7 y 8.
- ^{xliii} Ley nº. 56, de 1994, sobre aplicación de Biotecnología y Medicina. Art. 4.
- ^{xliv} Ley nº. 115, de 14 de marzo de 1991 y Directivas del Ministerio de Sanidad y de Asuntos Sociales sobre el diagnóstico prenatal y el diagnóstico preimplantatorio de 1995.
- ^{xlv} Legge 19 febbraio 2004, n. 40. Norme in materia di procreazione medicalmente assistita.

^{xlv} New York State Department of Health, Wadsworth Center, Laboratory Standard, Clinical Laboratory Evaluation Program, § 5, Revised Dec. 12, 2005.

^{xlvii} Concretamente en el 74 % de los centros de este tipo según un estudio concluido en 2006. Baruch, Kaufman y Hudson: «Genetic Testing of Embryos: Practices and Perspectives of U.S. IVF clinics», *Genetics & Public Policy Center, Berman Bioethics Institute, Johns Hopkins University, Washington, DC. Fertility and Sterility (en prensa), ob. cit.*

^{xlviii} V. arts. 12 y 13 de este documento denominado 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. Publicado en el B.O.E. núm. 251, de 20 de octubre de 1999. Este convenio no ha sido suscrito por Reino Unido ni por Alemania. Sí lo fue por Francia e Italia, si bien ninguno de estos dos países lo ha ratificado todavía. (<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/CadrelisteTraiter.htm>), mayo 2005.

^{xl} 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.

ⁱ «25 Recomendaciones sobre las repercusiones éticas, jurídicas y sociales de los test genéticos». Grupo de Expertos invitados por la Dirección General de Investigación de la Comisión Europea y presidido por la eurodiputada Eryl Mc Nally, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2004.

ⁱⁱ Recomendación 3ª.

ⁱⁱⁱ «Declaración Universal sobre el Genoma y Derechos Humanos». Aprobada por la XXIX Comisión de la Conferencia General de la UNESCO, en París, el 11 de noviembre de 1997, y por Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 10 de diciembre de 1998.

ⁱⁱⁱⁱ «Declaración Internacional sobre los Datos Genéticos Humanos» (2003). Aprobada por la XXXII Conferencia General de la UNESCO, concluida en París, el 16 de octubre de 2003.

^{liv} V. art. 5 de esta Declaración Internacional.

También Sánchez-Caro, J. y Abellán, F.: Datos de Salud y Datos Genéticos. Su protección en la Unión Europea y en España. Fundación Salud 2000 y Editorial Comares, Granada, 2004, pp. 113-117.

^{lv} Art. 11 de la Declaración Internacional de la UNESCO.

^{lvi} «Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos». Adoptada por la XXXIII Conferencia General de la UNESCO, celebrada en París, el 19 de octubre de 2005.

^{lvii} Art. 16 de la Declaración referida.

^{lviii} Mc. Gee, G.: El bebé perfecto. Tener hijos en el nuevo mundo de la clonación y la genética. Ed. Gedisa, 2003, pp. 77-79.

^{lix} Ratzinger, J.: La sal de la tierra. Quién es y cómo piensa Benedicto XVI. Una conversación con Peter Seewald. Ediciones Palabra, 7ª, ed., Madrid, Ed. 2005, p. 142.

^{lx} Mc. Gee, G., ob. cit., p. 91.

^{lxi} Jonas, H.: «Biological Engineering—A Preview». Philosophical Essays from Ancient Creed to Technological Man. Englewood Cliffs. Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1974, p. 143.

^{lxii} Jonas, H.: Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad, Paidós, Ed. 1997, p. 118.

^{lxiii} Mc. Gee, G., ob. cit., p. 170.

^{lxiv} Mc. Gee, G., ob. cit., p. 102.

^{lxv} Jonas, H.: Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad, ob. cit., pp. 115-117.

^{lxvi} Díaz de Terán, Mª. C.: Derecho y nueva eugenesia. Un estudio desde la Ley 35/88, de 22 de noviembre de técnicas de reproducción asistida. Eunsa, Pamplona, 2005, p. 65.

^{lxvii} Galton, F.: Inquiry into human faculty (1883) y Darwin, C., El origen de las especies (1859).

^{lxviii} Díaz de Terán, Mª. C., ob. cit., pp. 66-71.

^{lxix} Eugénica es el conjunto de normas o manipulaciones conducentes a la consecución de un genotipo óptimo. En su aspecto positivo implica, por ejemplo, la actuación por medio de inseminación artificial y el empleo del ADN recombinante. Real Academia de Ciencias Exactas, Físicas y Naturales, Espasa Calpe, Madrid, 1990, p. 290.

^{lxx} Testart, J.: «La eugenesia médica: una cuestión de actualidad». Revista Derecho y Genoma Humano 8/1998, p. 22.

^{lxxi} Romeo Casabona, C. Mª.: «Las prácticas eugenésicas: nuevas perspectivas». La eugenesia hoy, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Bizcaia de Derecho y Genoma Humano, Ed. Comares, 1999, pp. 5-11.

^{lxxii} Kitcher, P.: Las vidas por venir. La revolución genética y sus posibilidades para los seres humanos. Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, México 2002, pp. 185-205.

^{lxxiii} Wikler, D.: «Implicaciones políticas». Genética y Justicia, Cambridge University Press, 2001, pp. 303-315.

^{lxxiv} Caplan, A., Mc. Gee, G., Magnus, D.: «What is immoral about eugenics?». BMJ, 1999; 319,1284.

Caplan, A.: «What is worely wrong with eugenics?». Controlling our destinies. P.R. Sloan (ed), Notre Dame University Press, Notre

Dame, 2000.

^{lxxv} Habermas, J.: El futuro de la naturaleza humana. ¿Hacia una eugenesia liberal?. *Paidós Ibérica, Barcelona, 2002, p. 83.*

^{lxxvi} Romeo Casabona, C. M^a.: Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano. *Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA-Diputación Foral de Vizcaya de Derecho y Genoma Humano. Ed. Comares, Bilbao-Granada, 2002, pp. 136-139.*

^{lxxvii} Jonas, H.: Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad, *ob. cit., pp. 116-117.*

^{lxxviii} Testart, J., *ob. cit.* pp. 25-27.

^{lxxix} Habermas, J., *ob. cit.*, pp. 34-42.

^{lxxx} *Ibídem*, pp. 72-80.

^{lxxxi} Jonas, H.: Técnica, medicina y ética. Sobre la práctica del principio de responsabilidad, *ob. cit.*, pp. 133-134.

^{lxxxii} *Ibídem*, p. 119.

^{lxxxiii} Watson, J.: «No hay que limitar legalmente la investigación genética». *Entrevista Diario El País, Suplemento Domingo, 11 de septiembre de 2005, pp. 6-7.*

^{lxxxiv} Lagrée, J., *ob. cit.*, p. 75.

^{lxxxv} Kitcher, P., *ob. cit.*, pp. 203-216.

^{lxxxvi} Kitcher, P., *ob. cit.*, pp. 279-300.

^{lxxxvii} Ricoeur, P.: «Ética y moral». Doce textos fundamentales de la Ética del siglo XX. *Alianza Editorial, 2002, p. 243.*

^{lxxxviii} Jonsen, A., Siegler, M. y Winslade, W.: Ética Clínica. Aproximación práctica a la toma de decisiones éticas en la medicina clínica. *Ariel, 2005, pp. 217-219.*

^{lxxxix} «Los fines de la medicina.- El establecimiento de unas prioridades nuevas», *Informe del Proyecto del Hastings Center de Nueva York. Ed. Fundació Víctor Grífols i Lucas, 2004, pp. 35-36.*

LA PRESTACIÓN DE ASISTENCIA SANITARIA A LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

Djamil Tony Kahale Carrillo
Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca

Sumario: I. Introducción. II. Bases constitucionales del derecho a la protección de la salud de los extranjeros. III. Derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros. IV. Beneficiarios de la asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería: A) Los extranjeros residentes de forma legal. B) Extranjeros en situación irregular: 1) Extranjeros sin previa autorización para trabajar que prestan servicios por cuenta ajena. 2) Extranjeros sin residencia y desocupados: a) Extranjeros empadronados y mayores de dieciocho años. b) Extranjeros menores de edad. c) Extranjeros ingresados en centros de internamiento. C) Extranjeros en riesgos específicos: 1) Derecho a la asistencia sanitaria de urgencia. 2) Derecho a la asistencia sanitaria a mujeres extranjeras embarazadas. D) Derecho a la asistencia sanitaria: 1) Los apátridas. 2) Los refugiados. V. Bibliografía. VI. Recursos en Internet.

I. INTRODUCCIÓN

España hasta hace pocos años era un país emisor de emigrantes. Muchos españoles por motivos políticos y económicos, decidieron inmigrar a otros países. Es a partir de la última década de los años 80 cuando España comienza a transformarse en un país de destino. Según los datos estadísticos del Instituto Nacional de Estadísticas la población residente en España a 1 de enero de 2005 alcanza la cifra de 44,11 millones de habitantes, según las cifras de la última revisión del Padrón Municipal. De éstos 40,38 millones de personas son de nacionalidad española y 3,73 millones son extranjeros, lo que supone el 8,5 % del total de empadronados. No hay que desconocer la mayor internacionalización del fenómeno migratorio, al encontrarnos ante una realidad con evidentes implicaciones internacionales, ante un fenómeno que no puede ser abordado únicamente de forma individualizada por el país de origen, ni por el país de destino de los inmigrantes. En foros como el

de la Unión Europea la inmigración va adquiriendo una mayor importancia, al haber tomado conciencia los Estados miembros de la necesidad de encontrar, de forma conjunta, salidas a los retos derivados de la inmigración.

El fenómeno de la inmigración cada día va teniendo más importancia, es sin duda uno de los grandes retos que debe afrontar España en este siglo que recién inicia. El objetivo de los movimientos migratorios, no es más que la búsqueda de trabajo, y esta realidad incontestable permite establecer una relación muy estrecha entre Derecho del Trabajo y migración. Los Estados han llegado a restringir la entrada de extranjeros a través de mecanismos jurídicos que imposibiliten su acceso al mercado de trabajo con el fin de evitar la avalancha de este co-

¹ RAMOS QUINTANA, M., "El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica", Ponencia Temática del XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en www.aedtt.com/congresos.htm [Consulta: 23 de marzo de 2006]

lectivo. Desde una perspectiva crítica, hoy se reconoce que las migraciones internacionales lejos de responder a decisiones individuales están en función de una dinámica económica transnacional y geopolítica de mayor alcance. La presencia e incremento de estos flujos, se interpreta como una más de las manifestaciones atribuibles al sistema económico en su fase global actual, sin embargo no todos los desplazamientos están fundados en causas económicas, también es cierto, que muchos de los que se establecen en nuestras sociedades constituyen un aporte adicional de mano de obra, al ocupar una parte variable de los empleos disponibles y, en muchos casos, su contratación permite reducir costes laborales y garantizar la rentabilidad de ciertas inversiones. Por tanto, la realidad migratoria actual no se puede entender ni al margen de la dinámica económica internacional, ni tampoco al margen de las características de los mercados de trabajos nacionales, regionales y locales.

El control de flujos migratorios ha generado una clasificación de la inmigración en España como la legal y la ilegal, o lo que es lo mismo los llamados «con papeles» o «sin papeles». La inmigración legal, comprende a todos los extranjeros que llegan a un país con sus respectivas autorizaciones de estancia o autorización de residencia y trabajo. Dentro de esta categoría se agrupan: a) los inmigrantes denominados «asentados e integrados» que vienen a un país ya con puestos de trabajo bien remunerados en grandes empresas importantes; b) extranjeros con recursos económicos altos que vienen de países subdesarrollados; c) los residentes no activos, que fijan la residencia en un país, como el caso de los pensionistas; y, d) los inmigrantes «económicos», que representan aquellas personas con pocos recursos económicos que buscan mejorar su nivel de vida y provienen de países acuciados por la pobreza. Los inmigrantes que se encuadren en esta situación se benefician de las condiciones de trabajo y de los sistemas de pro-

tección social del país a que llegan, en las mismas condiciones que los nacionales.

Mientras que los inmigrantes ilegales, son aquellas personas que a pesar de los controles de los flujos migratorios realizados por el Estado, acceden al país que se destinan, esquivando los controles administrativos, con el fin de intentar efectuar actividades laborales para su sustento. Este grupo de inmigrantes presentan un problema similar al que se produce con los ciudadanos nacionales que desarrollan actividades profesionales sin respetar la legislación del país, como es el incumplimiento de las obligaciones fiscales y las cargas sociales. La diferencia entre ambos colectivos, es que mediante denuncia de esta situación, trae como consecuencia la expulsión de los inmigrantes ilegales del país, mientras que a sus nacionales sólo les correspondería cumplir con las sanciones que la Administración pública les imponga.

En sentido genérico la protección social es la institución globalizadora de todas las medidas sociales dirigidas a todos los ciudadanos, comprendiendo el sistema de Seguridad Social, así como la Asistencia Social del Estado o de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, ello no supone la aparición de una nueva institución de carácter social como un concreto objeto de regulación denominada protección social, sino que se alude en términos generales a aquél conjunto de medios de protección otorgados por los diversos entes responsables de su concesión.

La Organización Mundial de la Salud ha definido la salud como el «estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de enfermedades o dolencias». La enfermedad es una eventualidad que en un momento dado afecta a los sujetos, independientemente de que el estado de salud de la población sea bueno, ya que se trata de un

² Clasificación efectuada por GÓMEZ BAHÍLLO, C., "Peculiaridades y problemas de integración de los inmigrantes en la década de los noventa", AeIS, N° 4, 1996, pág. 172.

³ «la inmigración de extranjeros es la noción descriptiva de un fenómeno socio-económico, que hace referencia a la venida a España de individuos de países empobrecidos para ganarse la vida mediante su trabajo». CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 23.

⁴ Conferencia Internacional de la Salud. Nueva York, 22 de junio de 1946.

riesgo genérico que afecta a cualquier persona en cualquier momento. Desde este punto de vista, la enfermedad produce un doble efecto, por un lado el gasto extraordinario por ser las prestaciones sanitarias en ciertos casos elevadas; y por el otro, produce un defecto de ingreso, en vista que la enfermedad puede impedir la obtención de rentas de trabajo. La salud en estos tiempos se hace valer como un bien social que tiene que ser tutelado por el Estado, configurando la protección de la salud como un derecho-prestación que al ser una función garantista, exige por parte de los poderes públicos actuaciones concretas para su atención.

II. BASES CONSTITUCIONALES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD DE LOS EXTRANJEROS

La Constitución Española reconoce expresamente el derecho a la protección de la salud en su artículo 43. Es de resaltar, que no siendo éste el único precepto constitucional que lo reconoce, existen artículos que directa o indirectamente se relacionan a la protección de la salud, como el derecho a la vida o a la integridad física ; la protección a la familia ; la seguridad e higiene en el trabajo ; el derecho a un medio ambiente adecuado ; la protección a minusválidos ; y, la protección a la salud de los consumidores .

El derecho a la protección de la salud de los extranjeros, viene cobijado en los instrumentos internacionales , como la Declaración Universal de Derechos del Hombre ; el Pacto Internacional de

Derechos Económicos, Sociales y Culturales¹³ ; la Carta Social Europea¹⁴ ; y, el Convenio N° 97 de la OIT que España ha ratificado, «a raíz del cual todos los trabajadores inmigrantes, con independencia de su nacionalidad, quedaron equiparados a los españoles en términos absolutos, con las únicas excepciones de la gente del mar, los autónomos, los fronteirizos y los artistas liberales en breve estancia»¹⁵ . Todo éste conjunto normativo internacional, ha reconocido el derecho a la Seguridad Social como el derecho que tiene toda persona a un trato que no contradiga su condición de ser racional, igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno.

El mantenimiento de un sistema de Seguridad Social; el reconocimiento del derecho a la protección de la salud; y, la obligación de los poderes públicos de organizar y tutelar la salud mediante las medidas preventivas, las prestaciones y los servicios necesarios son obligaciones de los poderes públicos¹⁶ , como derechos específicos de las personas. Mención que se establece en el Texto I de la Carta Magna,

¹³ El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, señala que «los Estados partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona a la Seguridad Social, incluso al seguro social».

¹⁴ La Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961, en el artículo 12 atribuye a «todos los trabajadores y a las personas a su cargo» el derecho a la Seguridad Social y, a todas las personas que carezcan de recursos suficientes «el derecho a la asistencia social y médica» atribuido por el artículo 13.

¹⁵ Realizado el 21 de marzo de 1967. Propone la unificación de los sistemas de seguro social, la extensión de los mismos a todos los trabajadores y a sus familias, incluyendo las poblaciones rurales y los trabajadores independientes, y la ampliación de los riesgos cubiertos a todos aquellos casos en los que el asegurado se ve impedido de ganar su subsistencia. Los regímenes de seguridad de los medios de vida deben aliviar el estado de necesidad e impedir la miseria, restableciendo en un nivel razonable los ingresos o rentas perdidos a causa de la incapacidad para trabajar o para obtener trabajo remunerado o por la muerte del cabeza de familia. Esta seguridad debe organizarse, siempre que sea posible, por medio del seguro social obligatorio, según el cual los asegurados que hayan cumplido todas las condiciones exigidas tendrán derechos, en los casos previstos por la ley, en virtud de cotizaciones que hayan aportado a una institución de seguro social, a prestaciones pagaderas de acuerdo con la tasa fijada por la ley. Pero las necesidades que no queden cubiertas por el seguro social obligatorio deben estarlo por la asistencia social; y ciertas categorías de personas, especialmente niños, inválidos, ancianos y viudas necesitadas, deben tener acceso a asignaciones de cuantía razonable, según un baremo preestablecido.

¹⁶ Vid. UGUINA MERCADER, J., «Reformas organizativas y programas públicos en materia de extranjería e inmigración», RL, N° 15-16, 2001, pág. 71.

⁵ Art. 15 CE

⁶ Art. 39 CE

⁷ Art. 40.2 CE

⁸ Art. 45 CE

⁹ Art. 49 CE

¹⁰ Art. 51.1 CE

¹¹ Vid. BLÁSQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Serie de publicaciones, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.

¹² El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, establece que «toda persona, en cuanto miembro de la sociedad tiene derecho a la Seguridad Social».

existiendo una conexión con su artículo 13.1¹⁷, beneficiando a los extranjeros de la asistencia sanitaria pública¹⁸. En la Constitución Española no se reconoce el derecho a la salud, por no ser un derecho originario de tener buena salud, sino un derecho a la protección de la salud¹⁹.

La salud se hace valer como un bien social que es tutelado por el Estado, y se exige de los poderes públicos actuaciones para su atención. El mencionado reconocimiento además de aparecer unido a la condición de ciudadano debe vincularse a la de persona. Sin embargo, hacer efectivo este derecho prestacional necesita de la concurrencia de los Estados a través de su actividad, principalmente a las actuaciones positivas en su establecimiento y defensa, creando las condiciones que aseguren a todos sus nacionales la asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad. Cada Estado, a través de los poderes públicos está llamado a garantizar la asistencia médica de sus ciudadanos y también a la de los extranjeros, poniendo a disposición de éstos sujetos los medios que faciliten la mejor atención posible de la salud. Constituyendo un derecho de medios, y no de resultados. Hay que tener presente que la protección de la salud como garantía institucional no impide, al tiempo, su consideración como derecho fundamental²⁰.

¹⁷ El STC 90/1985, de 30 de septiembre estableció el efecto expansivo de la Constitución a los extranjeros partiendo del principio de la dignidad humana, siguiendo lo recogido en las normas internacionales, manifestando que «es verdad que nuestra Constitución «es obra de españoles» pero ya no lo es afirmar que es sólo «para españoles». El párrafo 1 del art. 13 de la CE no significa que los extranjeros gozarán sólo de aquellos derechos y libertades que establezcan los Tratados y las Leyes. Significa que el disfrute por los extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la CE podrá atemperarse en cuanto a su contenido a lo que determinen los tratados internacionales y la Ley interna española».

¹⁸ Trabajo de los extranjeros en España. La acción protectora del Sistema de la Seguridad Social se extiende a los accidentes de trabajo sufridos por extranjeros no comunitarios que carecen de los oportunos permisos administrativos para desempeñar en territorio español una actividad por cuenta ajena. STSJ de Madrid de 5 de septiembre de 2002.

¹⁹ DE VAL TENA, A., «El derecho de los extranjeros a la protección de la salud», REDT, N° 109, 2002, pág. 50.

²⁰ Así lo puso de manifiesto el Tribunal Constitucional en su sentencia 26/1987, y recientemente reconoce sin paliativo alguno, como auténtico derecho la tutela de la salud en su STC 95/2000, de 10 de abril. Entendiendo que los extranjeros gozan del derecho a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes.

Los artículos 41²¹ y 43 de la Constitución Española²² forman verdaderos derechos constitucionales a la Seguridad Social y a la protección de la salud, independientemente que su tutela jurisdiccional quede deferida al momento de la promulgación de las leyes de desarrollo y al amparo de sus propios términos. Constituyen derechos que, comparativamente, disponen de una garantía constitucional menos plena en relación con el resto de derechos proclamados en la parte dogmática de la Carta Magna²³. La Seguridad Social y la protección de la salud comparten, ciertamente dentro de la tutela constitucional, una parcela de su respectiva realidad, pero distan sobre manera de ofrecer un frente unitario²⁴.

El sistema sanitario posee como núcleo el conjunto de órganos y acciones a cargo de los poderes públicos obligados a garantizar la salud pública. El régimen jurídico que dispone la Ley con el fin de hacer efectivo el derecho a la asistencia sanitaria podrá ser de carácter provisional, como el asistencial público; teniendo derecho a las prestaciones sanitarias con cargo a fondos públicos las personas necesitadas o sin recursos económicos²⁵.

Por lo dispuesto en los artículos 53.1²⁶ y 81.1 de la Carta Magna, se entiende que existe una reserva

²¹ Vid. VIDA SORIA, J., «Artículo 41 Seguridad Social», en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV, Artículos 39 a 55. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1984, págs. 83 - 108.

²² Vid. Los derechos constitucionales laborales en PALOMEQUE LÓPEZ, M., *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 23. MONTOYA MELGAR, A., «La protección constitucional de los derechos laborales», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Estudios de Trabajo y Previsión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 275.

²³ PALOMEQUE LÓPEZ, M., «Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución», en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Estudios de Trabajo y Previsión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, pág. 336.

²⁴ *Ibidem*, pág. 306.

²⁵ BORRAJO DA CRUZ, E., «Artículo 43 Protección de la Salud», en AA.VV. (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV, Artículos 39 a 55, op. cit., pág. 172.

²⁶ «Nuestra Constitución, aunque sin duda satisface esta función de «norma normarum», ha sabido recuperar también el verdadero significado de la idea constitucional, superando los planteamientos políticos decimonónicos, que concebían la Constitución como la norma regulado-

de la Ley Orgánica de Extranjería. Señalando por una parte, que no existe la posibilidad de que se produzcan reglamentos autónomos sobre la materia, puesto que los únicos posibles son los que desarrollan las previsiones de la norma con rango de ley. Por otro lado, la reserva de Ley Orgánica como lo señala el artículo 81.1 de la Constitución Española, hace referencia que son «leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución». De la simple lectura de este precepto se desprende que es necesaria la forma de Ley Orgánica cuando se refiera a leyes que desarrollen los derechos y libertades, pero no cuando tan solo limiten su ejercicio en cuestiones puntuales. De hecho, en materia de extranjería el tratamiento puntual de ciertos aspectos se encuentran recogidos en leyes que carecen del rango de Ley Orgánica²⁷.

III. EL DERECHO DE LOS EXTRANJEROS A LA ASISTENCIA SANITARIA

El derecho a la protección de la salud se reconoce en la Constitución Española en su artículo 43²⁸,

ra de la vida «interna» del Estado (...) Que los derechos fundamentales vinculan a todos los poderes públicos sin excepción, precisamente porque aparecen reconocidos en verdaderas normas jurídicas, no es una decisión caprichosa del legislador constituyente, sino que representa la culminación de una larga y costosa evolución de la idea constitucional (...) Supone, en síntesis, una firme y consecuente rehabilitación de la soberanía popular». En PRIETO SANCHIS, L., «Artículo 53 Protección de los Derechos Fundamentales», en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo IV, Artículos 39 a 55, op. cit., págs. 451-452. «El art. 53.1 CE, al establecer la posibilidad de que mediante ley se regule el ejercicio de los derechos fundamentales, obliga a que esa regulación respete su «contenido esencial». Se trata, pues, de reconocer un núcleo en el contenido de los derechos fundamentales que nunca pueda sobrepasarse; dicho de otra forma, en todo caso debe de salvaguardarse un mínimo contenido del derecho, incluso frente a otros derechos o bienes constitucionalmente relevantes». PÉREZ TREMPES, P., «Los Derechos Fundamentales», en AA.VV., Derecho Constitucional, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991, pág. 121.

²⁷ BALLESTER PASTOR, M., El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 25.

²⁸ Como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional, en su sentencia 95/2000, de 10 de abril, «que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contiene en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión del artículo 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse

configurándose como un derecho de la personalidad, aunado al derecho fundamental a la vida y a la integridad física – señalados en el artículo 15 de la Carta Magna²⁹ – por lo que le corresponde a los poderes públicos y no exclusivamente al Estado organizar y tutelar la salud pública, siendo la ley la encargada de configurar los derechos y deberes que todos tenemos al respecto.

La asistencia sanitaria se regula básicamente a través del artículo 12 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de la Seguridad Social (en adelante LGSS), reconociendo la titularidad del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria, en las mismas condiciones que los españoles, a «los ciudadanos extranjeros que tengan establecidas su residencia en territorio nacional»³⁰. De igual manera, los extranjeros no residentes en España se les garantiza este derecho de conformidad con las leyes y convenios internacionales³¹. Los supuestos de la normativa internacional se obtienen en los artículos 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos³²; el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³³; el artículo 11

de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes».

²⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Artículo 15 Derecho a la vida», en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo II, Artículos 10 a 23. Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997, pág. 269.

³⁰ Vid. MONEREO PÉREZ, J., «Artículo 1», en AA.VV. (Drs. MONEREO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.), Comentario a la Ley General de la Seguridad Social, Comares, Granada, 1999, pág. 3 – 30.

³¹ Art. 1.3 LGSS.

³² Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos «1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social».

³³ Art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidé-

de la Carta Social Europea³⁴; y, el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea³⁵ –a pesar de su obligatoriedad³⁶–.

El artículo 12 de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre (en adelante LDE)³⁷; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y de la

micas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

³⁴ Art. 11 de la Carta Social Europea: «Para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes contratantes se comprometen a adoptar, directamente o en cooperación con organizaciones públicas o privadas, medidas adecuadas para entre otros fines: 1. Eliminar, en lo posible, las causas de una salud deficiente. 2. Establecer servicios educacionales y de consulta dirigidos a la mejora de la salud y a estimular el sentido de responsabilidad individual en lo concerniente a la misma. 3. Prevenir, en lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras».

³⁵ Art. 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: «Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana».

³⁶ «Debemos conceder que en la Comunidad Europea ya existen Derechos sociales fundamentales. El mérito de haberlos desarrollado le corresponde indiscutiblemente al Tribunal Europeo de Justicia. Sin embargo, el Tribunal no puede llevar a cabo la tarea de desarrollar un concepto general sobre los Derechos sociales fundamentales sin someterse a una considerable presión de legitimación. A la larga no puede usurpar una posición que le corresponde a quienes en realidad son los señores de los Tratados: los Estados miembros. Son ellos quienes deben marcar en el Tratado el rumbo que servirá de orientación al Tribunal de Justicia y le permitirá mantener su rolo jurisdiccional. En suma: el asentamiento de los Derechos sociales fundamentales en la Carta le permitiría al Tribunal hacer lo que le corresponde a un tribunal: recoger, interpretar y concretar precedentes normativos. Se sobreentiende que esto no significa una simple aplicación del derecho, sino también un progreso del derecho. Aún así, la diferencia cualitativa con respecto al status que no sería considerable y revestiría una importancia nada desdeñable para la conservación de la estructura institucional de la Comunidad». WEISS, M., «Conferencia Marco», Seminario Internacional Los derechos sociales fundamentales en la Unión Europea, ante el Consejo Europeo de Niza, op. cit., pág. 43.

³⁷ Vid. AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 110. AA.VV., (Dir. ASENSI SABATER, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*; Editorial Edijus, Zaragoza, 2000, pág. 85. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001, pág. 40.

Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, señala que los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria, en «iguales condiciones que los españoles»³⁸. Al contrastar las dos normas – art. 12 de la LGSS y el art. 12 de la LDE– se confirma que los extranjeros irregulares tienen derecho a la asistencia sanitaria en plano de igualdad con los ciudadanos españoles, con el único requisito de encontrarse empadronados. Recibiendo un tratamiento especial por la LDE, los supuestos de mujeres embarazadas, urgencia y menores³⁹.

En el desarrollo del antiguo mandato de extranjería, el Ministerio de Sanidad y Consumo elaboró el 27 de enero de 2000⁴⁰, la Instrucción General del Ministro de Sanidad y Consumo, de inmediata aplicación al INSALUD y su debida comunicación a las Comunidades Autónomas para su conocimiento y efecto, señalando que el INSALUD mediante sus servicios propios o concertados, prestarán la asistencia sanitaria pública a los extranjeros que se encuen-

³⁸ «Derecho a la asistencia sanitaria: STC 95/2000, de 10 de abril. En el supuesto que dio lugar al recurso de amparo resuelto por la STC 95/2000, el actor y luego recurrente en amparo (ciudadano español que era titular del derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social) solicitó se incluyeran como beneficiarios del mismo a su compañera en relación estable (de nacionalidad rumana) y a su hija. La petición había sido denegada en vía administrativa por no poder ser considerada la compañera del solicitante como extranjera residente, al no poseer la correspondiente tarjeta de autorización, conforme a lo establecido en el art. 13.4 LO 7/1985. Habiendo acudido a la vía judicial, la demanda prosperó en la instancia, pero la Sentencia dictada resolviendo el recurso de suplicación acogió el recurso, dejó sin efecto la Sentencia del Juzgado de lo Social y absolvió a las entidades gestoras (Instituto Nacional de la Seguridad Social y Tesorería General de la Seguridad Social) de la prestación deducida con la demanda. Al mismo tiempo los interesados había acudido a la vía contencioso-administrativa para conseguir se eximiera de visado a la compañera del titular. Y en el proceso contencioso-administrativo se había dictado un Auto en el que, como medida cautelar, se acordaba la exención de visado mientras durase la tramitación del procedimiento. Dicho Auto, dictado antes de que en el proceso social hubiese recaído la Sentencia resolutoria del recurso de suplicación laboral, no fue tenido en cuenta por esta Sentencia: La Sentencia de suplicación (se dice en la STC 95/2000) extrajo, en realidad, “del carácter temporal de la exención del visado una consecuencia jurídica contraria al sentido del Auto que ordenó aquella”, que no era sino permitir provisionalmente la residencia de la interesada en tanto durase el procedimiento». CACHÓN VILLAR, P., “Los extranjeros: Derechos Constitucionales”, en AA.VV. (Dir. SALINAS MOLINA, F.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo del Poder Judicial Madrid, Madrid, 2001, págs. 193 – 194.

³⁹ Apartado 2, 3 y 4 del art. 12 LDE

⁴⁰ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE de 12 de enero de 2000 y corrección de errores de 24 de enero).

tren en España, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 de la LDE, obligándoles a:

- a) Facilitar a los interesados y a sus familiares o allegados la información y documentación sanitaria precisa para el acceso a los servicios sanitarios⁴¹ ;
- b) A los extranjeros que soliciten asistencia y no dispongan de documentación adecuada para acreditar su derecho a la asistencia, se les otorgará de un documento provisional, sin perjuicio de promover las gestiones necesarias para que puedan adquirir el documento definitivo que corresponda en cada caso;
- c) A las personas que carezcan de recursos se les aplicará en su caso, los requisitos y trámites previstos en el Real Decreto 1088/1989 de 8 de septiembre⁴² , donde se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos⁴³ , sin discriminación alguna cualquiera que sea su nacionalidad⁴⁴ ;
- d) Se promoverá la coordinación con los servicios sociales de las Administraciones públicas competentes y demás organismos, entidades u organizaciones para la atención a los problemas sociales o asistenciales no sanitarios que concurran en las situaciones de enfermedad o pérdida de salud de los extranjeros que se encuentren en España, sin especificar la naturaleza de su estancia. Y de manera muy especial cuando se refieran a menores, mujeres embarazadas y personas en situación de especial necesidad.

⁴¹ Conforme a lo previsto en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones sanitarias del sistema nacional de salud. BOE de 10 de febrero.

⁴² Art. 1.

⁴³ BOE de 9 de septiembre de 1989.

⁴⁴ Vid. KAHLE CARRILLO, D., "El principio de igualdad por razón de nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social", en AA.VV., La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005, págs. 255 – 270.

IV. BENEFICIARIOS DE LA ASISTENCIA SANITARIA EN LA LEY DE EXTRANJERÍA

El derecho a la asistencia sanitaria lo contempla la LDE en su artículo 12, del cual devienen los extranjeros beneficiarios del derecho a la asistencia sanitaria:

A) Los extranjeros residentes de forma legal

Los extranjeros que residan en forma legal en España y ejerzan una actividad profesional o laboral⁴⁵ , se beneficiaran de la asistencia sanitaria, atribuida en el artículo 38.1.a) de la Ley General de Seguridad Social. La LDE extiende estos beneficios a todos los extranjeros residentes, independientemente de cualquiera que sea su condición laboral⁴⁶ . La prestación de servicios sanitarios a los extranjeros residentes en régimen de gratitud no dependerá exclusivamente de su inclusión o no en el Régimen General o en el régimen especial de la Seguridad Social que le corresponda según la actividad que éste desempeñe – sea por cuenta propia o por cuenta ajena – sino depende de la cuantía de los recursos económicos disponibles – tanto se considere la existencia de un nivel no contributivo en la prestación de asistencia sanitaria, como si se admitiera que ésta forma parte de las prestaciones sociales básicas– que se reconocen a todos los extranjeros cualquiera que sea su situación administrativa⁴⁷ .

El derecho a la prestación de asistencia sanitaria gratuita que gozan todos los españoles que tengan establecidas su residencia en territorio nacional⁴⁸ y carezcan de recursos económicos suficientes , se

⁴⁵ Vid. CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HUIDOBRO, J., "La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes? (I)", DLL, N° 5063, 29/05/2000, págs. 1- 6.

⁴⁶ BALLESTER PASTOR, M., "Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional", JL, N°2, 2000, pág. 5.

⁴⁷ VAL TENA, A., "El derecho de los extranjeros a la protección de la salud", REDT, N° 109, 2002, pág. 61.

⁴⁸ Artículo 1 del Real Decreto 1088/1989, de 8 de septiembre, por el que se extiende la cobertura de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a las personas sin recursos económicos suficientes: «Se reconoce el derecho a las prestaciones de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a los españoles que tengan establecida su residencia en territorio nacional y carezcan de recursos económicos suficientes. A estos efectos se entienden comprendidas las personas cuyas rentas, de cualquier

extiende a los extranjeros con residencia legal cuyo umbral de rentas sea igual o inferior, en cómputo anual al Salario Mínimo Interprofesional. Culmina así la progresiva extensión de la asistencia sanitaria pública a todos los titulares inicialmente nombrados, es decir, los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en territorio nacional⁴⁹. Desde luego la gratitud no se reconocerá cuando el nivel de renta supere el umbral reglamentario, pudiendo acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados⁵¹. La asistencia sanitaria dispuesta en el artículo 12.1 de la LDE se refiere al derecho de asistencia sanitaria en el nivel asistencial no contributivo, en vista que los extranjeros con su debida autorización de trabajo, al efectuar una actividad laboral, quedan incluidos de forma automática⁵² en la aplicación del sistema de la Seguridad Social⁵³.

naturaleza, sean iguales o inferiores en cómputo anual al salario mínimo interprofesional. Se reconoce, asimismo, este derecho, aunque se supere dicho límite, si el cociente entre las rentas anuales y el número de menores o incapacitados a su cargo fuera igual o menor a la mitad del salario mínimo interprofesional».

⁴⁹ Disposición Transitoria Quinta LGSS: «En los casos en que las Comunidades Autónomas no cuenten con competencias suficientes en materia de sanidad para adaptar plenamente el funcionamiento de sus servicios de salud a lo establecido en la presente Ley, el Estado celebrará con aquellas acuerdos y convenios para la implantación paulatina de lo establecido en la misma y para conseguir un funcionamiento integrado de los servicios sanitarios. La extensión de la asistencia sanitaria pública a la que se refieren los artículos 3.2, y 20 de la presente Ley se efectuará de forma progresiva».

⁵⁰ Artículo 1.2 LGSS: «Son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional».

⁵¹ Artículo 16 LGSS: «Las normas de utilización de los servicios sanitarios serán iguales para todos, independientemente de la condición en que se acceda a los mismos. En consecuencia, los usuarios sin derecho a la asistencia de los servicios de salud, así como los previstos en el artículo 80, podrán acceder a los servicios sanitarios con la consideración de pacientes privados, de acuerdo con los siguientes criterios: 1. Por lo que se refiere a la atención primaria, se les aplicarán las mismas normas sobre asignación de equipos y libre elección que al resto de los usuarios. 2. El ingreso en centros hospitalarios se efectuará a través de la unidad de admisión del hospital, por medio de una lista de espera única, por lo que no existirá un sistema de acceso y hospitalización diferenciado según la condición del paciente. 3. La facturación por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas administraciones de los centros, tomando base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los servicios de salud. En ningún caso estos ingresos podrán revertir directamente en aquellos que intervienen en la atención de estos pacientes».

⁵² De conformidad con los artículos 10 y 14 LDE y el art. 7 LGSS. En relación al artículo 7 de la LGSS, Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J., «Artículo 7. Extensión del campo de aplicación», en AA.VV. (Dir. ALARCÓN

B) Extranjeros en situación irregular

Gracias a la nueva Ley de Extranjería se benefician de la protección de la salud los extranjeros no residentes legalmente. El legislador ha querido protegerles, al otorgarles la protección sanitaria a los siguientes beneficiarios:

1) Extranjeros sin previa autorización para trabajar que prestan servicios por cuenta ajena

Los llamados «sin papeles» son los extranjeros que no estando autorizados para trabajar en España, por carecer de la respectiva autorización⁵³ de trabajo, prestan sus servicios por cuenta ajena⁵⁴. Antiguamente cuando se iniciaba una actividad de trabajo entre un empresario y un extranjero sin autorización para trabajar, era una situación que no generaba una relación válida, trayendo como consecuencia que sea nulo el contrato de trabajo⁵⁵. En la actualidad se ha defendido la validez del contrato de trabajo existente en los casos que reúnan todos los elementos y requisitos esenciales preceptivos, aunque el ordenamiento jurídico español sujete la eficacia del contrato de trabajo a la obtención de la autorización de trabajo, de tal modo que las consecuencias derivadas del mismo sólo son jurídicamente exigibles cuando se disponga de modo expreso como sucede en materia de retribución⁵⁶, según lo señala el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores⁵⁷. El concepto de re-

CARACUEL, M.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003, págs. 72 – 73. TORTUERO PLAZA, J., «Art. 7.º * Extensión del campo de aplicación», en AA.VV. (Drs. MONEREO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo I, Comares Editorial, Granada, 1999, págs. 149 – 151.

⁵³ BALLESTER PASTOR, M., «Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero tras la reforma de la Ley de Extranjería y la aprobación de su Reglamento», JL, N.º 8, 2001, pág. 27.

⁵⁴ Vid. PALOMEQUE LOPEZ, M. y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Ceura Editorial, Madrid, 1999, págs. 652-661 y 718-719. POLO SÁNCHEZ, M., *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los Trabajadores Extranjeros en España*, CES Colección Estudios, Madrid, 1994, pág. 154.

⁵⁵ AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería* (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000), op. cit., pág. 269.

⁵⁶ Art. 9.2 ET: «En caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir, por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido». *Trabajador extranjero sin permiso de trabajo ni de residencia, que sufre un accidente laboral sin estar dado de alta en la Seguridad Social. Se declara la responsabilidad*

muneración a que alude el mencionado precepto no puede quedar limitado a la simple contraprestación dineraria, sino que debe abarcar todo el contenido que la Ley confiere al sinalagma laboral de la prestación de los servicios⁵⁷.

La LDE regula los efectos que produce la falta de autorización administrativa⁵⁸ para trabajar por parte del extranjero en el contrato. Es una importante

prestacional directa de la empresa societaria. STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005. Trabajador marroquí que sin autorización de trabajo y residencia, puede solicitar el abono de la indemnización de daños y perjuicios contra el empresario por la vía del artículo 1.902 del Código Civil, pues al mismo le resulta imputable el daño originado a los actores como consecuencia del contrato suscrito. STSJ de Andalucía de 12 de noviembre de 2004. Trabajo de extranjeros en España. Accidente de trabajo sufrido por trabajador rumano sin permiso de trabajo ni residencia. Procede el reconocimiento de la prestación de Gran Invalidez derivada de accidente de trabajo, siendo responsable la empresa que incumplió el deber de dar de alta y cotizar, responsabilidad que no puede extenderse a la Mutua, que no se cometió ninguna irregularidad, y todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria del INSS. STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2004.

57

STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2005. La propia jurisprudencia contencioso-administrativa, ante la cuestión básica planteada, referida a si los trabajadores extranjeros en España que han prestado trabajo para un empresario sin estar en posesión del permiso de trabajo, causan o no cotización en el Régimen aplicable de la Seguridad Social por razón de la actividad que hayan desempeñado, y si el empresario tiene o no la obligación de cotizar por ellos, entiende que: «La remuneración exigible a un contrato válido prevista en el art. 9.º 2 del ET implica la introducción en el ámbito del Derecho Social de una especificación del principio de prohibición del enriquecimiento injusto, superando el ET la regla segunda del art. 1.306 del CC. Sin duda este principio de cumplimiento de lo debido por el empresario en razón al tiempo trabajado, es aplicable a la cotización a la SS, pues la referencia del art. 7.º 4 LGSS/1974 a lo establecido en los tratados y convenios, lo está en función de las situaciones de normalidad, no en lo referente a los casos de ilegalidad cometida por un empresario que en la relación laboral material (no contrato de trabajo) establecida con el inmigrante ilegal, ocupa a todas luces una posición dominante y conocedora en lo usual de sus obligaciones básicas, mientras que la persona del trabajador inmigrante se halla respecto a él en un plano de inferioridad. Esto determina la aplicación al cumplimiento de las obligaciones legales del empresario con la Seguridad Social en cuanto a cotización, del mismo principio sobre el que descansa la norma del art. 9.º 2 ET, lo que como señala la doctrina más autorizada tiene su reflejo en el art. 70.1 de la LGSS/1974 al establecer con pleno carácter autónomo la obligación de cotizar a la Seguridad Social desvinculando la cotización de otras obligaciones previas formales: la obligación de cotizar nacerá con el mismo comienzo de la prestación de trabajo (es decir, sin referencia a contrato válido y sólo en función de la prestación de la actividad); y aún más, señala la norma que la mera solicitud al antiguo INP hoy Tesorería de la Seguridad Social de la afiliación o alta el trabajador, sin entrar la norma en si es o no ajustada a derecho tal afiliación o alta, surtirá en todo caso idéntico efecto (en cuanto a la cotización); es decir, aun no siendo procedente la afiliación y el alta, se cotiza en función al tiempo trabajado. Consecuencia de todo ello es la obligación de cotizar por el tiempo que prestó servicio el trabajador». STS de 2 de diciembre de 1998.

58

«Toda la regulación del trabajador extranjero por cuenta ajena está construida sobre el principio de sine qua non del contrato de trabajo, cuya celebración sin el permiso está prohibida. Por lo tanto el contrato sin permiso es nulo conforme a CC artículos 6.3 y 1.275. En consecuen-

novedad, por el hecho de que un trabajador extranjero en situación irregular se le reconozca sus derechos como trabajador, como es la Seguridad Social en relación a las prestaciones, y así como las sanitarias. En este sentido el empresario es responsable directo en relación a las prestaciones de Seguridad Social.

2) Extranjeros sin residencia y desocupados

Son los extranjeros que no se encuentran realizando una actividad lucrativa, sea laboral o profesional, que se les atribuye el derecho a la asistencia sanitaria en nivel contributivo, siempre que no residan de forma legal en España⁵⁹, teniendo de igual manera acceso a las coberturas sanitarias. Pudiendo clasificarse en:

a) Extranjeros empadronados y mayores de dieciocho años

Los extranjeros en situación regular o con residencia legal que se encuentren empadronados⁶⁰ tendrán derecho a la asistencia sanitaria⁶⁰ al igual o en las mismas condiciones que los españoles. En el caso de los extranjeros en situación irregular y mayores de dieciocho años, la LDE permite que disfruten el derecho a la asistencia sa-

cia, la confusa regla de LOEx artículo 36.4, según la cual la falta de permiso «por parte del empleador (¿?)... no invalidará el contrato respecto a los derechos del trabajador extranjero» ha de entenderse como un reflejo del artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores, conforme al que «en caso de que el contrato resultase nulo, el trabajador podrá exigir por el trabajo que ya hubiese prestado, la remuneración consiguiente a un contrato válido». Y ambos, LOEx y ET, reflejo del omnis labor optat praemium de la vieja fórmula». ALONSO OLEA, M., Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001, pág. 60.

59

En un artículo del diario EL País, escrito por GONZÁLEZ MIGUEL, señala al respecto «Bastantes extranjeros que entran legalmente acaban en la clandestinidad cuando se les agota el visado de turista y no logran renovarlo. Viven al margen de la ley, evitando siempre a la policía. Trabajando en la capa más profunda de la economía sumergida», en www.elpais.es/especiales/2000/2000e/qdicende/ddebate3.htm [Consulta: 25 de abril de 2006].

60

Empadronamiento según el artículo 16 de la Ley 7/1985, de 2 de abril: «El registro administrativo donde constan los vecinos de un municipio». Y en principio, «sus datos constituyen prueba de la residencia en el municipio y del domicilio habitual en el mismo». Art. 16 de la Ley 7/1985. Sin embargo, la inscripción de los extranjeros en el Padrón municipal, no constituye prueba de su residencia legal en España, como previene el art. 18.2 de la Ley de Bases de Régimen Local. Son dos cuestiones que de momento se encuentran separadas: la exigencia de empadronarse a los nacionales y extranjeros que habitan en un municipio, y la residencia legal que se obtiene por otra vía.

nitaria⁶¹, con el simple hecho de empadronarse, siendo éste el único requisito formal para poder disfrutar de este derecho. Así carezcan de recursos económicos suficientes, tienen beneficio a las prestaciones de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en igualdad que los españoles. El temor a la expulsión en los supuestos en que las Autoridades conozcan el paradero de un extranjero en situación irregular puede producir la no solicitud del empadronamiento en el municipio de residencia por aquél, por la desconfianza que existe en que le retornen a su país de origen por acudir ante una Administración pública⁶².

La Administración municipal deberá conceder de conformidad con la legislación vigente, la inscripción en el padrón municipal a cualquier extranjero, independientemente de su situación administrativa, siempre que cumpla con el único requisito de tener residencia habitual en el municipio. Es de advertir que esta inscripción no constituirá prueba de su residencia legal en España ni les atribuirá ningún derecho que no les confiera la legislación vigente, especialmente en materia de derechos y libertades de los extranjeros en España⁶³. La novedad de la nueva Ley 14/2003, de 20 de noviembre, señala al respecto en su artículo primero, al introducir la Disposición Adicional quinta en la Ley de Extranjería, concerniente al acceso a la información y colaboración entre Administraciones Públicas, en especial al Instituto Nacional de Estadística, que facilitará el acceso directo a los ficheros en lo relativo al Padrón Municipal de Habitantes de las personas que sean consideradas interesados en los procedimientos regulados en la actual LDE. De igual manera en su artículo tercero, modifica los artículos 16 y 17 y se incorpora una nueva disposición adicional en la Ley 7/1985, de 2

de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local.

Los otros requisitos secundarios para poder disfrutar el derecho a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y obtener la respectiva tarjeta sanitaria, previo al empadronamiento, el extranjero deberá dirigirse a la Tesorería General de la Seguridad Social con el documento de empadronamiento y solicitar el número de afiliación. Posteriormente se trasladará al Centro de Salud más cercano a su domicilio y solicitará cita con la trabajadora social para rellenar el formulario de asistencia sanitaria presentando para ello el documento de identificación, empadronamiento y el número de afiliación en la Seguridad Social.

b) Extranjeros menores de edad

El Tribunal Constitucional ha señalado, que todos los menores tienen un estatuto de derechos indisponibles, que les corresponden por el hecho de serlo y que, por tanto, no admite que se introduzcan diferencias relacionadas con la nacionalidad o cualquier otro elemento⁶⁴. Sea por cualquier circunstancia que un menor de edad extranjero permanezca en España, tiene el derecho a la asistencia sanitaria⁶⁵. No necesita el menor ningún requisito formal, como el empadronamiento, para poder disfrutar de este derecho⁶⁶.

⁶⁴ STC 141/2000, de 29 de mayo.

⁶⁵ Vid. AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.), Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000), op. cit., pág. 114. AA.VV., (Dir. ASENSI SABATER, J.), Comentarios a la Ley de Extranjería", op. cit., pág. 89. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería, op. cit., págs. 41 y 462.

⁶⁶ Vid. en este sentido, Asociación Pro Derechos humanos Andalucía, "El marco legal de la protección de menores", en www.extranjeria.info/revista/008/08_08.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006]. ARCE ELENA., "Menores extranjeros", en www.extranjeria.info/revista/004/04_02.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006]. Consellería de Bienestar social. Notas de prensa. "Bienestar social duplica la protección de menores extranjeros", en www.tra.gva.es/esp/utlidades/noticias/menoresinmigrantes_02abr02.htm [Consulta: 08 de mayo de 2006]. MORANT VIDAL, J., "Situaciones de los extranjeros en España. Regulación vigente tras la reforma de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; por L.O. 8/2000, y la aprobación de su Reglamento de ejecución por RD 864/2001)", en www.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/15Derecho%20Administrativ/o/2001115517151010143180.html [Consulta: 22 de mayo de 2006].

⁶¹ Vid. SALINAS MOLINA, F., "El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica", en AA.VV. (Dir. SALINAS MOLINA, F.), Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social, op. cit., págs. 104 – 107.

⁶² ÁLVAREZ CORTÉS, J., "Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería", RL, Tomo I-2001, pág. 387.

⁶³ DE MATEO MENÉNDEZ, F., "Una aproximación a la nueva Ley de Extranjería", JPLD, N° 40, 2001, pág. 10.

La Constitución Española en su artículo 39.4 ratifica que «los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos». El artículo 10 de la Ley 1/1996,⁶⁷ de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor⁶⁸, señala que «tienen derecho a la asistencia sanitaria y a los demás servicios públicos los menores extranjeros que se hallen en situación de riesgo o bajo tutela o guarda de la Administración pública competente, aun cuando no residan legalmente en España». De la simple lectura de éste último precepto, se deduce que el legislador no ha querido reconocer la asistencia sanitaria a los menores extranjeros que no tengan residencia legal, a los que no se les considere su situación de riesgo, y aquéllos menores que no se encuentran bajo la guarda de la Administración pública, careciendo de este derecho básico de la persona. Gracias a la LDE en su artículo 12, extiende la asistencia sanitaria a todos los menores extranjeros sin ninguna otra condición, al establecer que los «extranjeros menores de dieciocho años que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles».

Estas normas hacen referencia a los planteamientos del artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989⁶⁹, que reconoce el derecho al disfrute del más alto nivel de salud y a los servicios para el tratamiento de las enfermedades, así como su rehabilitación, la cual los Estados partes asegurarán que ningún niño pueda ser privado de su derecho a la asistencia sanitaria⁷⁰. El

artículo 26 de la misma Convención recoge el derecho del niño que ha sido internado en un establecimiento por las autoridades competentes para los fines de atención, protección o tratamiento de su salud física o mental a un examen periódico del tratamiento a que se encuentre sometido y del resto de circunstancias relacionadas a su internación.

En definitiva todo niño tiene derecho a ser atendido y cuidado, con independencia de que no sean protegidos en sus países de procedencia. Así pues, las autoridades españolas tienen la obligación negativa de no adoptar ninguna medida que pueda poner en peligro su integridad física o moral y la obligación positiva de adoptar las medidas necesarias para su adecuada protección y promoción⁷⁰.

El menor de edad extranjero⁷¹ tiene el derecho a la expedición de la respectiva tarjeta sanitaria por sí mismo o a través de sus representantes legales. Lo cual cumplimentará el formulario que debe estar disponible en todos los Centros de Salud, Gerencias de Atención Primaria y Direcciones Provinciales y Territoriales del INSALUD y los presentará en los Centros de su residencia para que ejercite su derecho a la elección de facultativo, con el único requisito de acreditar su minoría de edad, con copia del documento donde se comprueba su identidad y hacer una declaración sobre la escasez de recursos económicos. Una vez cumplida su mayoría de edad, continuará disfrutando de la asistencia sanitaria como persona sin recursos, condicionada al empadronamiento.

⁶⁷ BOE de 17 de enero de 1996.

⁶⁸ BOE de 31 de diciembre de 1990.

⁶⁹ Art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño: «1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las ma-

dres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos; f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia. 3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños. 4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo».

⁷⁰ Obligaciones señaladas en los arts. 9 y 20 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de Noviembre de 1989.

⁷¹ Vid. MURILLAS ESCUDERO, J., «Aspectos Jurídicos de Protección al menor inmigrante», DLL, N° 5605, 05/09/2002, págs. 1-9.

c) Extranjeros ingresados en centros de internamiento

En el caso de que un extranjero no se le permita el ingreso a España por la frontera⁷², la legislación señala que deben ser retornados a su país en el plazo más breve posible. Sin embargo, el artículo 60 de la LDE dispone que si el regreso del extranjero a su país se retrasase por más de setenta y dos horas, «la autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción (...) para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno».

Cabe destacar que los lugares de internamiento⁷³ no tienen carácter penitenciario y se encontrarán dotados de «servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios». Los extranjeros en estas circunstancias tienen derecho a la asistencia sanitaria mientras se encuentren internados⁷⁴.

Existen ciertas diferencias entre el término de retorno y el término de expulsión, que se distinguen por la situación que provoca la salida del territorio español. En este caso el retorno se produce cuando el extranjero no puede entrar por la frontera, y por consecuencia se debe devolver a su punto de origen en el plazo mas breve que sea posible. Mientras que la expulsión se efectúa por infringir las faltas tipificadas como muy graves del artículo 54 de la LDE y las señaladas como grave, en los apartados a) hasta la h) del artículo 53 de la LDE, a cambio⁷⁵ que la Administración no las transforme en multas.

El período de internamiento a que se encuentra sujeto el extranjero es por un tiempo imprescindible para fines del expediente, y no puede excederse de los cuarenta días que señala el artículo 64 de la LDE. El sitio donde se realice el internamiento debe estar dotado de una serie de servicios, incluyendo el de la asistencia sanitaria. Con la reforma de la LDE se han extendido las situaciones en las que un extranjero puede ser expulsado de España, endureciendo cada vez más el Gobierno las sanciones establecidas a éste colectivo.

C) Extranjeros en riesgos específicos

1) Derecho a la asistencia sanitaria de urgencia

El apartado 2) del artículo 12 de la LDE, señala que «los extranjeros que se encuentren en España tienen derecho a la asistencia sanitaria pública de urgencia ante la contratación de enfermedades graves o accidentes, cualquiera que sea su causa, y a la continuidad de dicha atención hasta la situación de alta médica» en igualdad que los españoles.

Uno de los inconvenientes que existe para aplicar este precepto es determinar cuando una enfermedad es considerada urgente. La LDE se refiere a la urgencia inmediata, sin que se derive un peligro inminente para la vida del extranjero⁷⁶. Así pues, el derecho a la asistencia sanitaria se ofrecerá para accidentes graves o no independientemente de cualquier causa que los origine. Mientras, que las enfermedades para ser beneficiadas de este derecho, deben ser catalogadas como graves.

La atención sanitaria a los extranjeros sea cual fuese su situación administrativa en el territorio español, es una manifestación más de la protección al derecho a la vida, reconocido a los extranjeros y españoles por igual, bajo el artículo 15⁷⁷ de la Carta Magna. Desde la óptica internacional, este tipo de

⁷² Vid. ALONSO PÉREZ, F., «La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería», DLL, N° 5582, 08/07/2002, págs. 1-10.

⁷³ Vid. ALARCON MOHEDANO, I. y DE MARTIN SANZ, L., «Aula de Migración. Centros de Internamientos», en www.extranjeria.info/revista/004/04_01.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006].

⁷⁴ TOLOSA TRIBIÑO, C., «Las garantías jurídicas y los derechos sociales en la nueva Ley de Extranjería», RL, Tomo I, 2000, pág. 775.

⁷⁵ Vid. AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000)*, op. cit., págs. 372 - 392. AA.VV., (Dir. ASENSI SABATER, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, op. cit., págs. 273 - 288. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, op. cit., págs. 712 - 721. DORADO NOGUERAS, F., «Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador», en AA.VV., (Coord. MOYA ESCUDERO, M.), *Comentarios sistemáticos a la Ley de Extranjería*, Comares Editorial, Granada, 2001, págs. 835 - 908.

⁷⁶ La asistencia sanitaria urgente, es entendida como «aquella situación de riesgo grave que, para la vida del paciente o su salud, puede suponer el retraso en la prestación de la asistencia sanitaria requerida». ROMÁN VACA, E., *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Edersa, Madrid, 1998, pág. 113.

⁷⁷ Vid. ÁLVAREZ CORTÉS, J., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001, págs. 295- 315.

derecho en situación de urgencia se le ha reconocido a los trabajadores migrantes y se ha extendido a los miembros de su familia, por lo tanto los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o empleo⁷⁸.

La LDE es del todo coherente con las normas internacionales en esta materia y, de manera concreta con lo señalado en el artículo 28 del Convenio de Naciones Unidas sobre la Protección de los Trabajadores Migrantes y los Miembros de sus familias, a tenor del cual «los trabajadores migrantes y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo».

2) Derecho a la asistencia sanitaria a mujeres extranjeras embarazadas

La LDE en el apartado 4 del artículo 12 hace referencia a «las extranjeras embarazadas que se encuentren en España tendrán derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y postparto». En este supuesto no interesa la situación administrativa de la extranjera, incluso, no es necesario el empadronamiento, ya que es un derecho absoluto sin limitación, hasta que se recupere del postparto.

El precepto recoge la obligación originada de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 24 señala el deber que pesa sobre los Estados Partes de adoptar las medidas apropiadas para

asegurar la atención sanitaria prenatal y postnatal a las madres.

La asistencia sanitaria ofrecida a las mujeres embarazadas, no incluye la decisión personal de interrumpir voluntariamente el embarazo. Sin entrar en valoraciones éticas o relacionadas con creencias religiosas, lo cierto es que en España no hay una ley de interrupción voluntaria del embarazo y, por consiguiente un derecho positivizado⁷⁹. Lo regulado en España son simplemente supuestos de exención de responsabilidad penal cuando en un aborto voluntario concurren determinadas circunstancias⁸⁰.

Se le debe informar a la mujer embarazada su derecho a la asistencia sanitaria que tiene si se empadrona. Los trámites administrativos necesarios para el disfrute de este derecho es cumplimentar una serie de formularios para la expedición de la tarjeta sanitaria. Si solicita el derecho que señala el artículo 1 del Real Decreto relativo al régimen de gratuidad de la prestación de servicios sanitarios, tendrá que llenar el respectivo impreso que demuestre la insuficiencia de recursos. Requerirá la fotocopia del documento de identidad, la declaración no estar incluido en ningún régimen de la Seguridad Social y la acreditación de insuficiencia de recursos de conformidad a los apartados b), c) y d) de la Instrucción Tercera de la Resolución de la Secretaría General de Asistencia Sanitaria de 29 de diciembre de 1989, y entregar una certificación de su condición de empadronamiento expedido por el Ayuntamiento.

De primera vista, pudiera pensarse que el Derecho positivo otorga un trato más favorable a los extranjeros que acceden a las prestaciones sanitarias en determinadas circunstancias de riesgo específico para la salud por cuanto la población de nacionalidad española que no tuviera reconocido el derecho a la asistencia sanitaria en alguno de los regímenes de la Seguridad Social, están obligadas a rembolsar los

⁷⁸ Art. 28 Convención de Naciones Unidas, de 18 de diciembre de 1990, sobre la Protección de todos los Trabajadores migratorios y de sus familiares.

⁷⁹ Una noción desde la óptica del Derecho Penal, Vid. BORONAT TORMO, M., “Reflexiones sobre una futura regulación penal de la interrupción voluntaria del embarazo”, AA.VV. (Coord. LATORRE, V), *Mujer y derecho penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 167 – 175.

⁸⁰ VAL TENA, A., “El derecho de los extranjeros a la protección de la salud”, *op. cit.*, págs. 74-75.

gastos siempre que sus rentas anuales superen los umbrales⁸¹ mínimos que dan derecho a la asistencia gratuita⁸¹. Sin embargo, tal discriminación positiva, no es tal, puesto que según el criterio general de interpretación consignado en el artículo 3 de la LDE, «los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles».

D) Derecho a la asistencia sanitaria

1) Los apátridas

En este supuesto especial los apátridas que legalmente residan en territorio español gozan de igual trato en relación a los trabajadores nacionales⁸². De conformidad con el artículo 9.10 del código Civil «se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieren indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual», significando de este modo la aplicación a este colectivo en las mismas condiciones que a los nacionales, con relación a las normas del sistema de Seguridad Social.

2) Refugiados

Los extranjeros reconocidos en tal condición⁸³, tienen derecho a residir en el territorio español y desarrollar cualquier actividad laboral, profesional e incluso mercantil. Al desarrollar cualquiera de estas actividades, a la previa obtención de la respectiva autorización de residencia y trabajo, se incluirá en el sistema de Seguridad Social, de conformidad con el artículo 7.1 de la Ley General de Seguridad Social, con relación a las prestaciones contributivas.

Cuando un extranjero entra a España en la condición de asilado o refugiado⁸⁴, tendrá una autoriza-

ción de permanencia provisional que podrá quedarse en el país por un periodo máximo de sesenta días⁸⁵, mientras se sustancia el expediente. En el supuesto que el extranjero en esta condición no traiga ninguna documentación, el Ministerio de Justicia e Interior acordará la residencia obligatoria al interesado hasta la resolución definitiva de su expediente. La mayoría de las veces dicha residencia son los centros de internamiento, y como ya se ha dicho, en estos centros se tendrá derecho a la protección sanitaria.

Es de recalcar, que tanto los apátridas como los refugiados gozan del nivel de protección nacional permitiéndoles el otorgamiento de autorizaciones de residencia y trabajo «por razones de protección internacional», a su vez se benefician, en virtud de ciertas previsiones legales, a una protección superior de nivel europeo. La Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración contempla la concesión de residencia permanente a refugiados y apátridas, lo que les permite, además de no necesitar autorización de trabajo, acceder al estatuto de nacionales de terceros países residentes de larga duración. Por su parte el Reglamento Comunitario 883/2004⁸⁶, al igual que el Reglamento 1408/1971, al que sustituye, contempla expresamente en su artículo 1, referido al ámbito subjetivo de aplicación, a los refugiados y apátridas⁸⁷.

V- Bibliografía

AA.VV., (Coord. CAMPO CABAL, J.), Comentarios a la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000 reformada por Ley 8/2000), Civitas, Madrid, 2001.

⁸¹ Vid. FERNÁNDEZ ORRICO, F., «La protección social de los extranjeros en España», AS, Nº 21, 2001, págs. 45 – 64.

⁸² Vid. La Convención sobre los Estatutos de los Apátridas, adoptada en Nueva York el 28 de septiembre de 1954 por una Conferencia de Plenipotenciarios convocada por el Consejo Económico y Social en su resolución 526 A (XVIII) de 26 de abril de 1954 y ratificada por España mediante Instrumento de fecha 24 de abril de 1997.

⁸³ Vid. LORD PONSONBY, «Condiciones sanitarias de los inmigrantes y refugiados en Europa», en <http://www.imsersomigracion.upco.es/> [Consulta: 03 de abril de 2006].

⁸⁴ Vid. La Convención sobre los Estatutos de los Refugiados, Adoptada en Ginebra el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950, ratificado por España mediante Instrumento de fecha 22 de julio de 1978. Su art. 3 prohíbe cualquier discriminación por motivos de raza, religión o país de origen. ÁLVAREZ CORTÉS, J., «Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería», op. cit., pág. 396.

⁸⁵ Para la tramitación de este procedimiento Vid. AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería», op. cit., pág. 637.

⁸⁶ Vid. SEMPERE NAVARRO, A., «Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004», AS, Nº 9, 2004.

⁸⁷ Acerca de la integración de estos colectivos, Vid. OLIVÁN LÓPEZ, F., Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración, Dykinson, Madrid, 2004, págs. 216 - 220.

- AA.VV., (Dir. ASENSI SABATER, J.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*; Editorial Edijus, Zaragoza, 2000.
- AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2001.
- ALONSO OLEA, M., *Apuntes sobre las leyes de extranjería del año 2000*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2001.
- ALONSO PÉREZ, F., “La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería”, *DLL*, N° 5582, 08/07/2002.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J., “Los beneficiarios del derecho a asistencia sanitaria en la Ley de Extranjería”, *RL*, Tomo I-2001.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J., *La Seguridad Social de los trabajadores migrantes en el ámbito extracomunitario*, Tecnos, Madrid, 2001.
- ÁLVAREZ CORTÉS, J., “Artículo 7. Extensión del campo de aplicación”, en AA.VV. (Dir. ALARCÓN CARACUEL, M.), *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- BALLESTER PASTOR, M., *El trabajo de los extranjeros no comunitarios en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- BALLESTER PASTOR, M., “Aspectos socio-laborales de la nueva Ley de Extranjería. Análisis de una regulación provisional”, *JL*, N°2, 2000.
- BALLESTER PASTOR, M., “Situación jurídico-laboral del trabajador extranjero tras la reforma de la Ley de Extranjería y la aprobación de su Reglamento”, *JL*, N° 8, 2001.
- BLÁSQUEZ RODRÍGUEZ, I., *Los nacionales de terceros países en la Unión Europea*, Serie de publicaciones, Universidad de Córdoba, Córdoba, 2001.
- BORONAT TORMO, M., “Reflexiones sobre una futura regulación penal de la interrupción voluntaria del embarazo”, AA.VV. (Coord. LATORRE, V), *Mujer y derecho penal: presente y futuro de la regulación penal de la mujer*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995.
- BORRAJO DA CRUZ, E., “Artículo 43 Protección de la Salud”, en AA.VV. (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV, Artículos 39 a 55, Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997.
- CACHÓN VILLAR, P., “Los extranjeros: Derechos Constitucionales”, en AA.VV. (Dir. SALINAS MOLINA, F.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo del Poder Judicial Madrid, Madrid, 2001.
- CHARRO BAENA, P., *Las autorizaciones para Trabajo de Extranjeros*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2000.
- CHARRO BAENA, P. y RUIZ DE HUIDOBRO, J., “La mal llamada «Ley de Extranjería»: ¿un paso hacia la integración de los inmigrantes? (I)”, *DLL*, N° 5063, 29/05/2000.
- DE MATEO MENÉNDEZ, F., “Una aproximación a la nueva Ley de Extranjería”, *JPLD*, N° 40, 2001.
- DE VAL TENA, A., “El derecho de los extranjeros a la protección de la salud”, *REDT*, N° 109, 2002.
- DORADO NOGUERAS, F., “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, en AA.VV., (Coord. MOYA ESCUDERO, M.), *Comentarios sistemáticos a la Ley de Extranjería*, Comares Editorial, Granada, 2001.
- FERNÁNDEZ ORRICO, F., “La protección social de los extranjeros en España”, *AS*, N° 21, 2001.
- GÓMEZ BAHÍLLO, C., “Peculiaridades y problemas de integración de los inmigrantes en la década de los noventa”, *AeIS*, N° 4, 1996.
- KAHALE CARRILLO, D., “El principio de igualdad por razón de nacionalidad en el ámbito de la Seguridad Social”, en AA.VV., *La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales*. XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, MTAS, Madrid, 2005.
- MONEREO PÉREZ, J., “Artículo 1”, en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Comares, Granada, 1999.

MONTOYA MELGAR, A., “La protección constitucional de los derechos laborales”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Estudios de Trabajo y Previsión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

MURILLAS ESCUDERO, J., “Aspectos Jurídicos de Protección al menor inmigrante”, *DLL*, N° 5605, 05/09/2002.

OLIVÁN LÓPEZ, F., *Constitución y extranjería. La dialéctica de la integración*, Dykinson, Madrid, 2004.

PALOMEQUE LOPEZ, M. y ALVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Colección Ceura, Madrid, 1999.

PALOMEQUE LÓPEZ, M., “Los Derechos a la Seguridad Social y a la Salud en la Constitución”, en *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Constitución*, Estudios de Trabajo y Previsión, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980.

PALOMEQUE LÓPEZ, M., *Los Derechos Laborales en la Constitución Española*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

PÉREZ TREMPES, P., “Los Derechos Fundamentales”, en AA.VV., *Derecho Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991.

POLO SÁNCHEZ, M., *Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de los Trabajadores Extranjeros en España*, CES Colección Estudios, Madrid, 1994.

PRIETO SANCHIS, L., “Artículo 53 Protección de los Derechos Fundamentales”, en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV, Artículos 39 a 55, Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., “Artículo 15 Derecho a la vida”, en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo II, Artículos 10 a 23. Cortes Generales Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1997.

ROMÁN VACA, E., *Asistencia sanitaria de la Seguridad Social, asistencia externa y reintegro de gastos médicos*, Edersa, Madrid, 1998.

SALINAS MOLINA, F., “El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica”, en AA.VV. (Dir. SALINAS MOLINA, F.), *Derecho Internacional Privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de Seguridad Social*, Consejo del Poder Judicial Madrid, Madrid, 2001.

SEMPERE NAVARRO, A., “Coordenadas de la Seguridad Social Comunitaria: el Reglamento 883/2004”, *AS*, N° 9, 2004.

TOLOSA TRIBIÑO, C., “Las garantías jurídicas y los derechos sociales en la nueva Ley de Extranjería”, *RL*, Tomo I, 2000.

TORTUERO PLAZA, J., “Art. 7.º * Extensión del campo de aplicación”, en AA.VV. (Dir. MONE-REO PÉREZ, J. y MORENO VIDA, M.), *Comentario a la Ley General de la Seguridad Social*, Tomo I, Comares Editorial, Granada, 1999.

UGINA MERCADER, J., “Reformas organizativas y programas públicos en materia de extranjería e inmigración”, *RL*, N° 15-16, 2001.

VAL TENA, A., “El derecho de los extranjeros a la protección de la salud”, *REDT*, N° 109, 2002.

VIDA SORIA, J., “Artículo 41 Seguridad Social”, en AA.VV., (Dir. ALZAGA VILLASMIL, O.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo IV, Artículos 39 a 55. Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho reunidas, Madrid, 1984.

VI- Recursos en Internet

ALARCON MOHEDANO, I. y DE MARTIN SANZ, L., “Aula de Migración. Centros de Internamientos”, en www.extranjeria.info/revista/004/04_01.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006].

ARCE ELENA., “Menores extranjeros”, en www.extranjeria.info/revista/004/04_02.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006].

Asociación Pro Derechos humanos Andalucía, “El marco legal de la protección de menores”, en www.extranjeria.info/revista/008/08_08.pdf [Consulta: 10 de febrero de 2006].

CONSELLERÍA DE BIENESTAR SOCIAL. Notas de prensa. "Bienestar social duplica la protección de menores extranjeros", en www.tra.gva.es/espa/utilidades/noticias/menoresinmigrantes_02abr02.htm [Consulta: 08 de mayo de 2006].

GONZÁLEZ MIGUEL, www.elpais.es/especiales/2000/2000e/qdicende/ddebate3.htm [Consulta: 25 de abril de 2006].

LORD PONSONBY, "Condiciones sanitarias de los inmigrantes y refugiados en Europa", en <http://www.imsersomigracion.upco.es/> [Consulta: 03 de abril de 2006].

MORANT VIDAL, J., "Situaciones de los extranjeros en España. Regulación vigente tras la reforma de la L.O. 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; por L.O. 8/2000, y la aprobación de su Reglamento de ejecución por RD 864/2001)", en http://www.juridicas.com/areas_virtual/Articulos/15-Derecho%20Administrativo/200111-415517151010143180.html [Consulta: 22 de mayo de 2006].

RAMOS QUINTANA, M., "El trabajo de los inmigrantes extracomunitarios: situaciones administrativas y posición jurídica", Ponencia Temática del XII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en www.aedtt.com/congresos.htm [Consulta: 23 de marzo de 2006].

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios
AeIS	Acciones e Investigaciones Sociales
art./arts.	Artículo/Artículos
BOE	Boletín Oficial del Estado
CES	Consejo Económico Social
Coord.	Coordinador
DLL	Diario La Ley
Dir./Dirs.	Director/Directores
Idem	Del mismo autor
JL	Justicia Laboral
JPLD	Jueces para la Democracia
LDE	Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de Reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre
LGSS	Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social
MTAS	Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales
Op. cit.	Obra citada
RL	Relaciones Laborales
REDT	Revista Española de Derecho del Trabajo
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
Vid.	Véase

SOBRE EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA ASISTENCIA SANITARIA NO CONSENTIDA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Gonzalo Arruego
Departamento de Derecho Público
Universidad de Zaragoza

I.-Introducción; II.-Vida y derecho fundamental a la vida en la CE de 1978; A.-El significado constitucional del derecho fundamental a la vida; B.-La vida humana como objeto del derecho fundamental a la vida; C.-Titularidad del derecho fundamental y *status* constitucional del no nacido; D.-El contenido del derecho fundamental; III.-El derecho fundamental a la integridad física y moral; IV.-Otros derechos fundamentales relacionados con el principio de autonomía del paciente; A.-Los derechos a la libertad ideológica y religiosa; B.-El derecho fundamental a la intimidad; V.-La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria coactiva; VI.-Conclusiones.

I.- Introducción.

Durante las últimas décadas, las ciencias biomédicas han experimentado innumerables y vertiginosos adelantos que se han acompañado, además, de un progresivo cambio en la concepción de los parámetros que deben regir las relaciones médico-asistenciales. Ambos hechos han transformado sustancialmente dicho contexto y han obligado a los operadores jurídicos a un constante y profundo esfuerzo de adaptación, reconstrucción e innovación de su marco jurídico.

Desde la ciencia del derecho constitucional, ello es especialmente palpable con relación a la dogmática de los derechos fundamentales. Se asiste, en este sentido y entre otras cuestiones, a las tensiones gene-

radas por la necesidad, por una parte, de dar respuesta desde un entramado jurídico construido tras un lento y complejo proceso evolutivo, a situaciones absolutamente novedosas que requieren de una solución precisa e inmediata, y, por otra, de reconstruir en clave iusfundamental el complejo de derechos y deberes que conforma las relaciones médico-asistenciales. El intérprete de la Constitución se ve, así, enfrentado a los límites de la exégesis de la norma fundamental y compelido, además, por la necesidad de elaborar una dogmática suficientemente flexible para no provocar, si quiera parcialmente, la petrificación del ordenamiento jurídico en un contexto, como el biomédico, especialmente sujeto a la evolución científica. De entre el catálogo de derechos fundamentales proclamado por la Constitución, este cúmulo de tensiones es especialmente patente,

* Este estudio ha sido realizado en el seno del proyecto de investigación Problemas jurídicos fundamentales del ordenamiento español ante los nuevos escenarios de la biomedicina y la genética (SAF 2002-03693), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

por motivos diversos, con relación a los derechos fundamentales a la vida, a la integridad física y moral y a la intimidad.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, proclamados en el artículo 15.1 CE, es expresiva de estas dificultades y de los peligros a ellas anudados. No se trata tan sólo, y este es otro de los problemas que afronta el operador jurídico en el ámbito de la biomedicina, de una doctrina que en ocasiones responde a prejuicios valorativos más o menos larvados y ajenos a la argumentación jurídica, sino, asimismo, de una construcción en cierta medida inadecuada para dar respuesta a los retos y posibilidades del nuevo contexto médico-asistencial, que, además, responde a una concepción problemática del significado de los derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático. Todo ello conduce, en definitiva, a una dogmática que en ocasiones se muestra parcial y fragmentaria frente a los nuevos escenarios de la biomedicina¹.

En este contexto, el presente trabajo tiene por finalidad revisar la jurisprudencia constitucional relativa al marco constitucional de la asistencia sanitaria no consentida, con la finalidad de proporcionar algunas claves para construir un modelo dogmático que permita afrontar de un modo más coherente y constitucionalmente conforme los supuestos de rechazo del paciente a un tratamiento médico y, correlativamente, su eventual imposición forzosa.

II.- Vida y derecho fundamental a la vida en la CE de 1978.

A.- El significado constitucional del derecho fundamental a la vida.

Partiendo de la identificación de su objeto con la vida humana como realidad puramente biológica, el Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido del derecho fundamental a la vida como derecho puramente reaccional; delimitación que ha sido

acompañada de una caracterización del derecho y de su objeto que es expresiva de los excesos, y de las contradicciones, presentes en la jurisprudencia constitucional que ha abordado el significado y alcance de los derechos fundamentales consagrados en el párrafo primero del artículo 15 de la Constitución.

A lo largo de su doctrina, el Tribunal ha reiterado la especial significación que, como expresión del valor superior del ordenamiento jurídico vida humana, posee el derecho fundamental a la vida en el ordenamiento jurídico y su peculiar posición, junto a la dignidad de la persona consagrada en el artículo 10.1 CE, en el catálogo de derechos fundamentales. En opinión del juez de la Constitución, el derecho fundamental a la vida “y el valor jurídico fundamental de la dignidad de la persona” constituirían el “*prius* lógico y ontológico” para la existencia de los restantes derechos fundamentales. Ello sería especialmente evidente con relación al derecho a la vida, concebido como el “derecho fundamental esencial y troncal” en tanto que “supuesto ontológico sin el que los restantes no tendrían existencia posible”². Atendidas su especial posición y significación, se trataría, además, de un derecho dotado de “una singular fuerza expansiva”³ que lo convertiría, incluso, en un derecho fundamental de carácter “absoluto e ilimitable”⁴.

Esta doctrina carece, sin embargo, de todo anclaje en la Constitución. En primer lugar, y así lo pusieron de manifiesto algunas de las voces disonantes surgidas en el seno del propio Tribunal, resulta evidente que, conforme a lo establecido en el artículo 1.1 de la norma fundamental, caracterizar el derecho fundamental a la vida como expresión del “valor superior del ordenamiento jurídico vida hu-

¹ Repárese, por ejemplo, en que los pilares de la doctrina constitucional en torno al significado y contenido del derecho fundamental a la vida permanecen inalterados desde el año 1985.

² STC 53/1985/3.

³ ATC 304/1996/3.

⁴ “La Constitución proclama el derecho a la vida y a la integridad, en su doble dimensión física y moral (art. 15 CE). Soporte existencial de cualesquiera otros derechos y primero, por ello, en el catálogo de los fundamentales, tienen un carácter absoluto y está entre aquellos que no pueden verse limitados por pronunciamiento judicial alguno ni por ninguna pena, excluidas que han sido de nuestro ordenamiento jurídico la de muerte y la tortura, utilizada otrora también como medio de prueba y prohibidos los tratos inhumanos y degradantes, incluso los trabajos forzados”, STC 48/1996/2.

mana” no posee fundamento constitucional alguno⁵. Algo similar sucede, en segundo lugar, con la peligrosa jerarquización que, entre normas constitucionales, se desprende de la argumentación del juez de la Constitución. Finalmente, caracterizar los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral como absolutos e ilimitables es una maniobra impropia que el Tribunal reiteradamente contradice en su jurisprudencia.

Todas estas cuestiones son expresivas de algunas de las más preocupantes y peligrosas tendencias de los pronunciamientos constitucionales que han abordado el significado y contenido de los derechos fundamentales consagrados en el primer inciso del artículo 15.1 CE. Al margen de lo difícilmente inteligibles que en ocasiones resultan los argumentos esgrimidos por el juez de la Constitución, se trata de una doctrina con una clara propensión a una argumentación de carácter objetivo a partir de bienes y valores que está desligada de los derechos fundamentales involucrados y de los que supuestamente dimanarían aquellos. Así, y pese a los reiterados esfuerzos del Tribunal, quien afirma expresamente que su juicio ha de desenvolverse necesariamente dentro de los estrictos límites de la argumentación jurídico-constitucional, en ocasiones surge la impresión de que el sentido de su doctrina está marcado por prejuicios de naturaleza estrictamente valorativa⁶.

B.- La vida humana como objeto del derecho fundamental a la vida.

La característica que mejor identifica la interpretación que del objeto del derecho fundamental a la vida ha realizado el Tribunal Constitucional es su naturaleza exclusivamente biológica. Efectivamente, el juez de la Constitución parte en su exégesis del artículo 15 CE de una concepción estrictamente biológica del término constitucional “vida” que carece de todo componente de carácter valorativo o cualitativo ligado al sujeto titular del derecho funda-

mental. Su objeto lo constituye, así, la vida humana como realidad puramente biológica.

En este sentido, y a los efectos del artículo 15 de la Constitución, el Tribunal ha entendido que la vida es un “devenir”, un “proceso” que comienza con la gestación y que finaliza con la muerte⁷. Quedan así delimitados los momentos inicial y final de la protección que dispensa el primer inciso del párrafo primero del artículo 15 CE⁸; una protección que no está circunscrita a la sola proclamación de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral.

Ahora bien, aunque las diversas fases que integran ese proceso encontrarían todas ellas amparo en el contenido normativo del artículo 15 de la Constitución, ni ostentarían la misma naturaleza, ni gozarían del mismo grado de protección jurídico-constitucional⁹, dado que como se expondrá con más detalle en el epígrafe siguiente, el constituyente recurrió en el enunciado del artículo 15 CE básicamente a dos técnicas jurídicas para dispensar su protección: derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos.

Además, y con relación a aquellas fases del proceso vital previas al nacimiento, el Tribunal ha afirmado que no toda etapa de la vida humana en formación goza de la protección del artículo 15.1 CE, pues sólo es objeto del enunciado constitucional aquella que pueda considerarse *viable* desde un estricto punto de vista biológico. En otras palabras, en los estadios previos al nacimiento sólo la vida humana *viable*, es decir, aquella capaz “de vivir” y “desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano” en el sentido

⁷ STC 53/1985/5.

⁸ Tal y como afirma la STC 166/1999/7, los gametos humanos, “es decir, óvulos (ovocitos) y espermatozoides en sí mismos considerados, y sin que haya habido lugar todavía a la fecundación”, están al margen del ámbito de protección dispensado por el artículo 15 CE. Por ello, “sólo forzando el sentido propio de los términos puede alcanzarse la conclusión de que la investigación o experimentación sobre o con los gametos pueda suponer atentado alguno al derecho a la vida”; también por ello, “(...) la persona ya fallecida, como realidad jurídicamente distinta, ha de ser objeto de una particular protección jurídica. Ahora bien, esa protección nunca podrá tener respaldo constitucional en los derechos fundamentales del art. 15 CE”, ATC 149/1999/2, reiterado por la STC 3/2005/8.

⁹ STC 53/1985/5, ante citada.

⁵ Vid., en este sentido, el voto particular formulado por el magistrado Tomás y Valiente a la STC 53/1985.

⁶ Son especialmente duros los votos particulares formulados a la STC 53/1985 por los magistrados Díez-Picazo y Rubio Llorente.

del artículo 10 de la Constitución, es objeto de protección constitucional ex artículo 15.1 CE¹⁰. Asimismo, de la doctrina del Tribunal podría incluso deducirse que, en el ámbito de las nuevas técnicas desarrolladas en el campo de las ciencias biomédicas, el momento inicial de la protección que a la vida humana dispensa el artículo 15 CE es el de la implantación en el seno materno¹¹.

C.- Titularidad del derecho fundamental y status constitucional del no nacido.

Como se sabe, las normas que proclaman derechos fundamentales pueden no limitar su contenido normativo a dicha proclamación, evidencia que deriva de la distinción lógica entre *derecho fundamental* y *norma de derecho fundamental*¹². Señaladamente, y tal y como ha recordado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, esto es lo que sucede con el párrafo primero del artículo 15 de la Constitución, cuyo primer inciso no se agota en la consagración de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral. El juez de la Constitución ha reiterado que, aunque la titularidad de los derechos fundamentales que proclama el artículo 15.1 CE sólo puede predicarse de la persona nacida y viva, la vida humana como tal y, más concretamente, la vida humana viable en formación, constituiría un bien jurí-

dico constitucionalmente protegido con carácter autónomo al amparo de dicho precepto constitucional.

Con relación a la primera de ambas cuestiones y quizá como consecuencia de su aparente obviedad, la conclusión de que sólo la persona viva puede ser titular del derecho fundamental a la vida¹³, aunque lógicamente derivada del propio concepto de derecho subjetivo, de ahí las ficciones a las que recurre el artículo 29 del Código Civil, e, incluso, de la misma dicción del artículo 15 de la Constitución¹⁴, no ha sido sustentada en argumentación jurídica alguna.

Con relación al *status* constitucional de la vida humana en formación, pronto afirmó el Tribunal que, aunque a la luz del artículo 15 de la Constitución no podía atribuírsele la titularidad del derecho fundamental a la vida, ello no significaba que no gozara de protección constitucional. En su opinión, los *nascituri* formarían parte del contenido normativo del artículo 15 CE como bienes jurídicos constitucionalmente protegidos. Formulada inicialmente como puro dato de hecho¹⁵, posteriormente esta doctrina se asentó, básicamente, sobre la caracterización del derecho fundamental a la vida como expresión del “valor superior del ordenamiento jurídico vida humana”: en tanto encarnación de dicho valor como

¹⁰ STC 212/1996/5; ello en ningún caso significa que aquellas realidades biológicas “no viables” carezcan de toda protección constitucional, si bien esta habrá de buscarse en otros preceptos de la Constitución, señaladamente el artículo 10.1 CE. El concepto de viabilidad, introducido por el Tribunal Constitucional a la luz de lo dispuesto en la antigua normativa sobre técnicas de reproducción asistida, ha desaparecido en la actual Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de reproducción asistida humana.

¹¹ Es cierto, sin embargo, que la exclusión del ámbito de protección del artículo 15 de la Constitución de los preembriones in vitro no está exenta de problemas atendido el contexto normativo en que se produjo la doctrina del Tribunal Constitucional. Aunque el Tribunal afirme expresamente que los preembriones in vitro no gozan de la misma protección constitucional que los ya implantados en el seno de la mujer, STC 166/1999/12, los problemas derivan, entre otros, de que el concepto de viabilidad que utiliza en su jurisprudencia parece referirse, única y exclusivamente, a las potencialidades de desarrollo del producto de la fecundación en sí mismo considerado.

¹² Sobre estas cuestiones vid., en la doctrina española, JIMÉNEZ CAMPO, J., Derechos fundamentales. Concepto y garantías, Trotta, Madrid, 1999, DIEZ-PICAZO, L. M., Sistema de derechos fundamentales, Civitas, Madrid, 2003 y BASTIDA FREIJEDO, F. J. et alii, Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978, Tecnos, Madrid, 2004.

¹³ SSTC 53/1985/6, 212/1996/3, 166/1999/4, 3/2005/8 y ATC 149/1999/2.

¹⁴ “En el artículo 15 de la CE ‘todos’ es un significante incompleto que reclama un sustantivo susceptible de tener derecho a la integridad moral y de no poder ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes, puesto que ‘todos’ actúa como sujeto de los distintos predicados enunciados en el inciso primero de tal artículo. Una interpretación sistemática del mismo precepto constitucional que lo ponga en relación con los artículos 27.1 y 28.1, así como la comparación entre los incisos iniciales de los párrafos 1 y 2 del artículo 24 de la CE evidencian que ‘todos’ equivale a ‘todas las personas’, y que la persona humana es el verdadero titular de los derechos fundamentales contenidos en el artículo 15 de la CE. El feto y, antes, el embrión no son persona humana, sino mera ‘spes hominis’. El embrión y el feto no son titulares de derechos fundamentales, por (sic) el artículo 15 CE no les atribuye personalidad, rigiendo a tal efecto el artículo 29 del Código Civil para el que ‘el nacimiento determina la personalidad’. Quien no es persona no puede ser, no es, titular de derechos; ni de derechos fundamentales, ex artículo 15 CE, ni de derechos civiles. La ‘fictio iuris’ en favor del ‘nasciturus’ contenida en el segundo inciso del artículo 29 del Código Civil es necesaria precisamente porque el feto no es persona”, voto particular formulado por el Magistrado Tomás y Valiente a la STC 75/1984.

¹⁵ “(...) según este precepto [artículo 15 CE], la vida humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección”, STC 75/1984/6.

etapa del proceso vital, los *nascituri* constituirían un bien jurídico que la Constitución protege con carácter autónomo en su artículo 15.1¹⁶.

En opinión del Tribunal, la protección constitucional de la vida humana en formación impondría al Estado dos órdenes de obligaciones. La primera de ellas, de naturaleza negativa, consistiría en la prohibición de interrumpir u obstaculizar el proceso natural de gestación. La segunda, de carácter positivo, significaría para el Estado el deber de establecer un sistema legal para la defensa de la vida que supusiera su protección efectiva y que, necesariamente en opinión del Tribunal, habría de culminar con la inclusión de normas penales¹⁷.

Es preciso llamar la atención sobre el hecho de que esta construcción jurisprudencial presenta ciertos matices, e incluso contradicciones, que en ocasiones sugieren, cuando no afirman expresamente, una concepción distinta de la naturaleza jurídica de la vida humana en formación. En este sentido, y pese a reiterar que a la luz de la Constitución los *nascituri* no son titulares del derecho fundamental a la vida, lo cierto es que el Tribunal Constitucional elabora su doctrina partiendo de las categorías propias de la dogmática de los derechos fundamentales, operación

que culmina con sus afirmaciones acerca de los deberes que la Constitución impone a los poderes públicos con relación a aquellos. Por ejemplo, y al margen de que sus conclusiones ponen de manifiesto una de las principales características de su doctrina en torno a los derechos consagrados en el artículo 15.1 CE, su concepción estrecha y puramente negativa y defensiva, nótese que los deberes que en opinión del Tribunal dimanar de la protección constitucional de la vida humana en formación, son una traslación directa de la doble vinculación que, como consecuencia de la doble dimensión que poseen, imponen los derechos fundamentales a los poderes públicos¹⁸. Eventualmente, surge incluso la impresión de que, en el fondo, el Tribunal trata en la medida de lo posible de asimilar su protección constitucional al régimen jurídico de aquellos. Incluso en determinados supuestos, dicha imagen aparece expresamente en su argumentación¹⁹.

¹⁸ En este sentido, los fundamentos jurídicos 5 y 7 de la STC 53/1985, que afirman respectivamente la naturaleza de bien jurídico constitucionalmente protegido del *nasciturus* y las obligaciones que de ello se derivan para el Estado, se construyen, expresamente, sobre las consideraciones realizadas por el Tribunal en torno al “ámbito, significado y función de los derechos fundamentales en el constitucionalismo de nuestro tiempo” en el fundamento jurídico 4; este hecho vuelve a ser manifiesto en la STC 212/1996/12, donde el Tribunal enjuicia la norma recurrida a la luz de la reserva de ley contenida en el artículo 53.1 CE.

¹⁹ Así, el ATC 304/1996/3 afirma que “el reconocimiento de la personalidad desde el origen biológico del ser humano, objeto normativo del proyecto, significa patentemente la atribución directa del derecho a la vida reconocido en el art. 15 CE, como tal derecho subjetivo y con plenitud de efectos a partir de aquel momento, lo cual constituye, claramente, un desarrollo del contenido sustancial (sic) de dicho derecho cuya titularidad ya no iría a depender del nacimiento sino del momento mismo de la concepción”; por su parte, el Magistrado Gabaldón López sostuvo, en su voto particular a la STC 212/1996 y supuestamente con apoyo en la doctrina elaborada en la STC 53/1985, que los *nascituri* son “no ya vida humana en abstracto, sino concretos seres humanos no nacidos” cuya relación con el derecho fundamental a la vida, y de modo paralelo a lo que sucede en el ámbito civil, es “una situación asimilable a la que la doctrina ha denominado derechos sin sujeto y, en todo caso, la efectiva atribución a un tercero de su representación y defensa en orden a aquel derecho”.

Algo similar sucede con la argumentación contenida en la STC 53/1985 con relación a las exigencias penales derivadas de la protección constitucional del *nasciturus* y la despenalización del aborto con arreglo al sistema de indicaciones. Una lectura detenida de determinados pasajes de la sentencia sugiere que, en la mente del Tribunal, la punición del aborto no es un mero datum derivado de la situación normativa vigente, sino una exigencia directamente dimanante de la norma constitucional. En este sentido, el juez de la Constitución parece excluir a radice la constitucionalidad de una eventual despenalización del aborto, que no significaría sino “la desaparición, en todo caso, de un bien no sólo constitucionalmente protegido, sino que encarna un valor central del ordenamiento constitucional”, pues ni la vida del *nasciturus* puede prevalecer incondicionalmente sobre los derechos fundamentales de la

¹⁶ STC 53/1985/. Aunque esta caracterización ya comporta que el *nasciturus* encuentra cobijo constitucional con carácter independiente y, por lo tanto, al margen de la protección que derivaría de los derechos fundamentales de la mujer embarazada, el Tribunal ya había adelantado esta conclusión recurriendo a un argumento de carácter estrictamente biológico al afirmar que “la gestación genera un tertium existencialmente distinto al de la madre aunque alojado en su seno”, STC 53/1985/3.

¹⁷ STC 53/1985/7, reiterada por las SSTC 212/1996/3 y 166/1999/5. Con relación a las exigencias de naturaleza penal dimanantes del artículo 15 de la Constitución, el Tribunal ha declarado que la protección penal de los derechos fundamentales y bienes constitucionales constitucionalmente exigida no puede revestir un carácter absoluto. En este sentido, el competente para determinar su grado de protección guiado por el principio de intervención mínima es el legislador, correspondiendo eventualmente al Tribunal la tarea de contrastar la protección constitucionalmente demandada con la efectivamente dispensada. Ahora bien, aunque en ocasiones la ausencia plena de garantía penal puede ser un elemento suficiente para justificar tal examen de constitucionalidad, lo cierto es que “una cosa es que una práctica ausencia de ‘normas penales’ puede ser, en su caso, contrastada con exigencias derivadas del art. 15 C.E. y otra muy distinta es la pretensión de que cada una de las interdicciones contenidas en una ley (...) vaya indefectiblemente acompañada de la correspondiente sanción penal”, pues no existe “una obligación constitucionalmente impuesta al legislador de establecer la correspondiente sanción penal para todas y cada una de las interdicciones previstas en la Ley”, SSTC 212/1996/10 y 166/1999/16, respectivamente.

D.- El contenido del derecho fundamental.

La principal característica que identifica la exégesis del contenido del derecho fundamental a la vida realizada por el Tribunal Constitucional es su naturaleza exclusivamente reaccional. Efectivamente, a lo largo de su jurisprudencia y de forma coherente con la estricta y literal delimitación de su objeto, el juez de la Constitución ha construido una interpretación del primer inciso del artículo 15.1 CE puramente negativa y defensiva: identificado el objeto del derecho fundamental con la vida humana como realidad puramente biológica, su contenido estaría encaminado, única y exclusivamente, a protegerla frente a aquellas conductas que supusieran una agresión o una amenaza, también interpretadas en sentido estricto. En este sentido, el Tribunal parece querer excluir de su doctrina cualquier elemento que posibilite una concepción positiva del derecho fundamental a la vida que lo aproxime, o convierta, en un derecho de libertad, aunque también aquí, sin embargo, es posible detectar ciertas vacilaciones y matices en su argumentación.

En opinión del juez de la Constitución, desde un punto de vista subjetivo el derecho fundamental a la vida confiere a sus titulares la facultad de recabar amparo frente a toda actuación de los poderes públicos que suponga un ataque o una amenaza contra su vida, interpretada en el sentido anteriormente descrito. Por otra parte, y de acuerdo a su dimensión objetiva, es decir, “como fundamento objetivo del ordenamiento”, el derecho fundamental impondría al Estado, especialmente al legislador, el deber de adoptar todas aquellas medidas que fueran necesarias

para proteger el bien jurídico que el derecho encarna, la vida humana, frente a los ataques de terceros. En otras palabras, en opinión del Tribunal la dimensión objetiva del derecho fundamental a la vida significaría para el Estado el deber de trasladar a las relaciones entre particulares su dimensión subjetiva, sin necesidad de contar para ello con la voluntad del titular del derecho e, incluso, cuando ni siquiera “quepa hablar, en rigor”, de dicho titular²⁰. Además, y coherentemente con el objeto y el contenido del derecho así delimitados, también aquellas conductas que pudieran considerarse agresiones contra el derecho fundamental a la vida habrían de interpretarse en sentido estricto²¹.

En definitiva, el derecho no podría ser caracterizado como un derecho de libertad que amparara la libre disponibilidad de la propia vida. Como expresamente afirma el Tribunal en una problemática argumentación, el derecho fundamental a la vida poseería “un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte”. Ahora bien, el juez de la Constitución se ha visto obligado a afrontar el hecho de que las personas disponen en ocasiones de su vida, situación que el alto Tribunal

mujer, “ni los derechos de la mujer pueden tener primacía absoluta sobre la vida del nasciturus”, STC 53/1985/9. Quizá por ello, el examen de la constitucionalidad de las indicaciones terapéutica, ética y eugenésica recurre, casi exclusivamente y salvo en el supuesto de conflicto entre la vida humana en formación y la vida de la mujer embarazada, al expediente penal de la no exigibilidad de otra conducta, algo que, evidentemente, es muy distinto de un juicio ponderativo entre bienes y derechos constitucionales. Este modo de proceder culmina en el polémico fundamento jurídico 12 de la sentencia, donde el Tribunal analiza si la norma recurrida “garantiza suficientemente el resultado de la ponderación de los bienes y derechos en conflicto realizada por el legislador, de forma tal que la desprotección del nasciturus no se produzca fuera de las situaciones previstas”. El tribunal opera, así, “una irónica inversión del principio de legalidad penal, que de ser garantía de la libertad del ciudadano se transforma en mecanismo dirigido a asegurar la efectividad del castigo”, voto particular formulado por el magistrado Rubio Llorente a la STC 53/1985.

²⁰ STC 120/1990/7; tal y como se describió supra, ya la STC 53/1985/7 había introducido esta doctrina, si bien con relación a los deberes que dimanaban de la Constitución como consecuencia de la consagración de la vida humana en formación como bien jurídico constitucionalmente protegido. La distinción entre aquellas conductas que directamente agreden y aquellas que suponen una amenaza o que generan una situación de riesgo, será analizada con más detalle infra a propósito del derecho fundamental a la integridad física y moral. En torno a la problemática cuestión de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares vid., BILBAO UBILLOS, J. M., La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, CEPC-BOE, Madrid, 1997.

²¹ “(...) es manifiesto que el otorgamiento o la denegación de una pensión de viudedad no guarda relación con el derecho a la vida a que se refiere el art. 15, pues en él el concepto vida debe entenderse en su significado estricto, lo mismo que los ataques a ella”, ATC 241/1985/2; precisamente por ello, y con relación al “sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidente de circulación”, el Tribunal ha distinguido cuidadosamente entre la “reparación del estricto daño personal”, cuyo régimen jurídico sí quedaría sujeto a las exigencias dimanantes del artículo 15 CE, y “la restauración del equilibrio patrimonial perdido como consecuencia de la muerte o de las lesiones personales padecidas”, que sería ajeno a su ámbito de protección, STC 181/2000/8; el ATC 24/1994/Único posibilitaría, sin embargo, una interpretación no tan estricta, pues, sensu contrario, permite deducir que una resolución judicial que ante una manifiesta situación de desamparo de unos menores no adoptase las medidas pertinentes lesionaría los derechos fundamentales consagrados en el artículo 15.1 CE.

justifica apelando a que, dado que “la vida [es] un bien de la persona que se integra en su círculo de libertad”, es posible disponer fácticamente sobre la “propia muerte”. Dicho acto dispositivo quedaría así configurado como una mera manifestación de *agere licere* en cuanto que acto no prohibido por el ordenamiento jurídico, no constituyendo, en ningún caso, un derecho subjetivo²².

Al margen de que en ocasiones resulta difícilmente inteligible, la doctrina descrita no está exenta de matices e, incluso, de saltos lógicos y manifiestas contradicciones. Tal y como se expresó al principio de estas líneas, en la concepción puramente negativa y defensiva que el Tribunal posee del derecho fundamental a la vida, este queda convertido, desde un punto de vista subjetivo, en un derecho reaccional; es decir, un derecho que no ofrece a sus titulares más que la facultad de recabar amparo frente a todas aquellas actuaciones de los poderes públicos que supongan una agresión o que signifiquen una amenaza para el bien jurídico que el derecho protege. Su dimensión objetiva quedaría reducida a la traslación de dicha vertiente subjetiva a las relaciones entre particulares. No es casualidad que sea al analizar la vertiente objetiva del derecho cuando el Tribunal desliga su significado constitucional de su titular, operación jurídica de especial trascendencia como tendrá ocasión de analizarse *infra*. En efecto, el juez de la Constitución afirma que el deber que dimana del derecho como “fundamento objetivo del ordenamiento” para el Estado, es independiente de la voluntad de aquél. Este hecho explicaría, desde el punto de vista constitucional, la existencia en el ordenamiento jurídico español de los tipos penales asociados a la conducta del suicida, pues el consentimiento libre del titular del derecho no excluye la agresión del bien jurídico protegido.

Ahora bien, atendidos los tipos delictivos actualmente vigentes en el ordenamiento jurídico penal y los motivos que conducen a la decisión de política criminal de no punición de la conducta del suicida en sí mismo considerada, la definición del acto de libre disposición de la propia vida como una simple mani-

festación de *agere licere* es, cuando menos, harto problemática. Además, dicha caracterización pone de manifiesto algunas de las incongruencias y contradicciones presentes en la argumentación del juez de la Constitución. Efectivamente, al margen de lo contingente de dicha afirmación, nótese que el Tribunal afirma, literalmente, que el reconocimiento de la facultad de disponer de la propia vida como derecho subjetivo sería contrario al contenido esencial del derecho fundamental proclamado en el artículo 15.1 de la Constitución. Por ello, a la luz del ordenamiento jurídico vigente y de sus propias consideraciones, afirmar que “arrostrar la propia muerte es una manifestación de libertad genérica”²³ es, no sólo difícilmente sostenible, sino manifiestamente contradictorio.

Sin embargo, de acuerdo a una interpretación sistemática de la Constitución, la jurisprudencia constitucional presenta en ocasiones perfiles más positivos que posibilitarían aproximar el derecho fundamental a la vida a un derecho de libertad. Así, por ejemplo, cuando el juez de la Constitución afirma que, comprendida en conexión con derechos fundamentales como los consagrados en los artículos 15, 16 y 18 CE, la dignidad es un valor inherente a la persona y “singularmente manifestada en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás”²⁴.

III.- El derecho fundamental a la integridad física y moral.

La determinación del objeto y la delimitación del contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral realizada por el Tribunal Constitucional, es paralela a su doctrina en torno al derecho fundamental a la vida. De hecho, son numerosas las

²² STC 120/1990/7, ante citada.

²³ Ibidem. Aquella afirmación compromete seriamente, además, la constitucionalidad de algunos de los contenidos de la nueva legislación sanitaria en materia de derechos del paciente y, especialmente, de voluntades anticipadas.

²⁴ STC 53/1985/8; también cuando asevera que la decisión de someterse a una grave operación cuya eficacia, pese a su finalidad curativa, es discutible, “es personalísima y libérrima formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida”, STC 48/1996/3.

ocasiones en las que el Tribunal se refiere de forma simultánea e indiferenciada a ambos. Ahora bien, siendo ello cierto, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que, al margen de la obviedad de que se trata de dos derechos fundamentales distintos, el derecho fundamental a la integridad física y moral presenta perfiles y matices propios que, en la doctrina del Tribunal, lo dotan de una dimensión adicional con relación al contenido del derecho fundamental a la vida de especial trascendencia en el ámbito sanitario.

También en el caso del derecho fundamental a la integridad física y moral, el Tribunal Constitucional ha interpretado su objeto de modo estricto. En este sentido, estaría constituido por el cuerpo humano como realidad biológica en su doble dimensión física, integridad física, y psicológica, integridad moral²⁵. Así identificado, y de forma similar a lo que sucedía con el derecho fundamental a la vida, la subsiguiente interpretación del contenido del derecho que realiza el juez de la Constitución es puramente defensiva y reaccional, si bien con un importante matiz diferenciador.

El contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral poseería, en la doctrina del Tribunal, una doble dimensión. Por una parte, y de modo similar al derecho fundamental a la vida, protegería a su titular frente a ataques dirigidos contra su cuerpo en su doble vertiente física y psíquica. Por otra, el derecho fundamental proscribe toda intervención en aquél que careciese del consentimiento de su titular. En ambos casos se trata de una concepción negativa del contenido del derecho.

Comenzando por la primera de ambas dimensiones, el derecho fundamental a la integridad física y moral tendría un contenido estrictamente reaccional que posibilitaría a su titular recabar amparo frente a todas aquellas acciones encaminadas a lesionar o menoscabar bien su integridad física, bien su integridad psicológica; en otras palabras, reaccionar frente a todos aquellos actos que le infligen un daño

físico o psicológico²⁶. Al igual que sucedía en el caso del derecho fundamental a la vida, el Tribunal ha interpretado el término agresión en un doble sentido que abarca no sólo aquellas acciones que suponen un ataque directo al objeto del derecho fundamental sino, asimismo, aquellas conductas que generan una situación de riesgo o amenaza de menoscabo²⁷. Es cierto, sin embargo, que la doctrina del Tribunal presenta ciertos vaivenes con relación a la intensidad que debe revestir el riesgo o amenaza para que pueda estimarse lesiva del derecho fundamental. En cualquier caso, parece evidente que no toda situación de riesgo o amenaza constituiría, sin más, una vulneración del derecho²⁸.

Con arreglo a la doctrina del juez de la Constitución, el derecho fundamental a la integridad física y moral posee, además, una segunda vertiente dotada de gran trascendencia en el ámbito sanitario. Desde esta segunda perspectiva, el derecho fundamental

²⁶ STC 120/1990/8.

²⁷ “En relación con el derecho fundamental a la integridad física y moral, este Tribunal ha tenido ocasión de señalar que su ámbito constitucionalmente garantizado protege ‘la inviolabilidad de la persona, no sólo contra ataques dirigidos a lesionar su cuerpo o espíritu, sino también contra toda clase de intervención en esos bienes que carezca del consentimiento de su titular’ (...) estos derechos han adquirido también una dimensión positiva en relación con el libre desarrollo de la personalidad, orientada a la plena efectividad de estos derechos fundamentales. En efecto, habida cuenta de que nuestro texto constitucional no consagra derechos meramente teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6), se hace imprescindible asegurar su protección no sólo frente a las injerencias ya mencionadas, sino también frente a los riesgos que puedan surgir en una sociedad tecnológicamente avanzada”, STC 119/2001/5; “(...) para poder apreciar la aducida vulneración del art. 15 CE no es preciso que la lesión de la integridad se haya consumado, sino que a efectos de que el derecho invocado se estime lesionado basta con que exista un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse”, SSTC 221/2002/4 y 220/2005/4, entre otras. En torno a estas cuestiones vid. DOMÉNECH PASCUAL, G., *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, 2006.

²⁸ Efectivamente, si las SSTC 35/1996/3 y 221/2002/4 hablan, respectivamente, de la existencia de “riesgo para la salud” o de un “riesgo relevante”, existe otro grupo de sentencias que exigen que se trate de “grave riesgo”, “peligro grave e inmediato”, “peligro grave y cierto” o “riesgo palmario y manifiesto”, SSTC 7/1994/2, 119/2001/6, 5/2002/4 y 220/2005/4, respectivamente; en este último caso, el Tribunal afirma expresamente que “tal actuación sólo podría reputarse que afecta al ámbito protegido por el art. 15 CE cuando existiera un riesgo relevante de que la lesión pueda llegar a producirse, es decir, cuando se generara un peligro grave y cierto para la salud del afectado. En ese caso, la declaración de lesión de la integridad que se infiera de ese riesgo relevante sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmario y manifiesto, pues la relevancia del peligro debe apreciarse con inmediatez”.

²⁵ Esta comprensión estricta del derecho fundamental a la integridad moral es la que se desprende, entre otras, de las SSTC 53/1985 y 221/2002.

proscribe cualquier intervención no consentida en el cuerpo en su doble dimensión física y psíquica. Con relación al ámbito biomédico, es precisamente aquí donde encuentra anclaje iusfundamental la exigencia del consentimiento informado del paciente, que constituye, así, una manifestación del ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el párrafo primero del artículo 15 de la Constitución²⁹. Por ello, cualquier intervención sanitaria realizada sin contar con o en contra de la voluntad del paciente constituye, *prima facie*, su vulneración. Además, la negativa a recibir o someterse a un determinado tratamiento médico constituye ejercicio del derecho a la integridad física y moral sin necesidad de estar cualificada como manifestación de otro derecho fundamental, señaladamente, alguno de los consagrados en el artículo 16 de la Constitución e independientemente de que pueda también en su caso estar amparada por alguno de ellos. Por el contrario, la pura y simple negativa del individuo libremente manifestada tiene su anclaje,

como tal, en el contenido normativo del artículo 15 CE, sean cuales sean sus motivos³⁰.

Sin que ello signifique reconocer contenido positivo alguno al derecho fundamental a la integridad física y moral que lo aproxime a un derecho de libertad, ha de llamarse la atención sobre el hecho de que esta segunda vertiente implica, *de facto*, cierto poder de disposición del individuo sobre su propio cuerpo. Ahora bien, se trata de un poder de disposición que es consecuencia mediata o derivada de una prohibición, la de llevar a cabo cualquier intervención en los bienes que constituyen el objeto del derecho sin contar con la libre voluntad de su titular, y no, por lo tanto, de una facultad que forme parte de su contenido. En otras palabras, no existe como tal un poder de libre disposición sobre el propio cuerpo sino una consecuencia que deriva del contenido puramente negativo y reaccional del derecho fundamental. Por ello, el principio de autonomía del paciente no es resultado del reconocimiento de una capacidad de autodeterminación vital; es decir, no constituye como tal ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral, puesto que lo que el derecho reconoce a sus titulares no es tanto una facultad positiva de autodeterminación, cuanto la capacidad para no consentir una intervención en su cuerpo.

En definitiva, el denominado principio de autonomía del paciente es consecuencia de una potestad puramente defensiva que proscribe toda intervención no consentida en su integridad física o moral y que, por lo tanto, requiere de su previo consentimiento libre. De un modo indirecto o mediato, *de facto*, ello significa reconocer cierto poder de disposición sobre el propio cuerpo, pero siempre sin perder de vista que, como tal, ni se trata de un poder de autodeter-

²⁹ Es cierto, sin embargo, que en alguno de sus pronunciamientos el Tribunal introduce un matiz restrictivo en su interpretación del contenido del derecho que dificulta, con relación a determinadas intervenciones en el ámbito sanitario, el anclaje iusfundamental del principio del consentimiento informado: “(...) [en] las denominadas inspecciones y registros corporales, esto es, en aquellas que consisten en cualquier género de reconocimiento del cuerpo humano (...) en principio no resulta afectado el derecho a la integridad física, al no producirse, por lo general, lesión o menoscabo del cuerpo, pero sí puede verse afectado el derecho fundamental a la intimidad corporal (art. 18.1 CE) si recaen sobre partes íntimas del cuerpo (...) o inciden en la privacidad (...) [las] intervenciones corporales, esto es, las consistentes en la extracción del cuerpo de determinados elementos externos o internos para ser sometidos a informe pericial (análisis de sangre, orina, pelos, uñas, biopsias, etc.) o en su exposición a radiaciones (rayos X, TAC, resonancias magnéticas, etc.) (...) el derecho que se verá por regla general afectado es el derecho a la integridad física (art. 15 CE), en tanto implican una lesión o menoscabo del cuerpo, siquiera sea de su apariencia externa”, STC 207/1996/3.

Dado que el Tribunal parece interpretar la segunda dimensión del contenido del derecho fundamental en conexión con la primera, el problema que inmediatamente se plantea es que, en la medida en que no toda intervención sanitaria comporta “lesión o menoscabo del cuerpo”, ni tampoco afcción de la intimidad corporal y de la privacidad tal y como son concebidas por el juez de la Constitución, el principio de consentimiento informado del paciente carecería de anclaje iusfundamental en determinados supuestos. Ello, además, al margen de los problemas que se derivarían de la fragmentariedad de su protección constitucional en todos aquellos casos en que sí encontrara dicha cobertura, atendida la diversa naturaleza de los derechos fundamentales que le prestarían amparo. Parece razonable, en este sentido, mantener una interpretación amplia de la segunda vertiente del contenido del derecho, tal y como por otra parte se desprende de la mayoría de los pronunciamientos del Tribunal.

³⁰ “Por ello, este derecho constitucional resultará afectado cuando se imponga a una persona asistencia médica en contra de su voluntad, que puede venir determinada por los más variados móviles y no sólo por el de morir y, por consiguiente, esa asistencia médica coactiva constituirá limitación vulneradora del derecho fundamental, a no ser que tenga justificación constitucional”, STC 120/1990/8, ante citada; “El derecho a la integridad física y moral no consiente que se imponga a alguien una asistencia médica en contra de su voluntad, cualesquiera que fueren los motivos de esa negativa (STC 120/1990), que, por otra parte, es razonable en este caso si se toman en cuenta las discrepancias entre los especialistas sobre la conveniencia de la operación, cuya eficacia ponen en duda varios de ellos”, STC 48/1996/2.

minación, ni dicha facultad forma parte del contenido de los derechos fundamentales del artículo 15 de la Constitución, sino que es resultado de la necesidad del previo consentimiento libre del titular del derecho para poder intervenir en los bienes que constituyen su objeto³¹. Además, y tal y como ha reiterado el Tribunal Constitucional, se trata de un derecho fundamental eventualmente sujeto a límites derivados de la preservación de otros bienes y derechos constitucionales³². En este sentido, recuérdese que, si con arreglo a la doctrina del juez de la Constitución la facultad de disponer libremente de la propia vida es contraria al contenido esencial del derecho fundamental a la vida, lo mismo podría predicarse del reconocimiento, en términos absolutos, del derecho a rechazar cualquier asistencia o tratamiento sanitario, y no necesariamente en una situación de peligro inminente de muerte.

IV.- Otros derechos fundamentales relacionados con el principio de autonomía del paciente.

A.-Los derechos a la libertad ideológica y religiosa.

Ambos derechos fundamentales, proclamados en el artículo 16.1 CE, tienen por objeto, tal y como ha

reiterado el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, la libertad de creencias, sean estas de índole religiosa, libertad religiosa, o secular, libertad ideológica. Es decir, la libre adopción de determinadas convicciones por parte del individuo y, consiguientemente, la posibilidad, siempre dentro de la Constitución, de exteriorizarlas y de adecuar su conducta a las mismas sin sufrir por ello ninguna coerción o compulsión.

En este sentido, el ámbito de protección dispensado por ambos derechos fundamentales poseería, tal y como por otra parte se infiere de la dicción del precepto constitucional, una doble dimensión: interna y externa. El contenido de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa no puede agotarse en la facultad reconocida al individuo de adoptar, en su fuero interno, unas personales y determinadas convicciones, sino que, necesariamente además, ha de extenderse a la posibilidad de actuar “con arreglo a las propias ideas sin sufrir por ello sanción o demérito ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos”. Por lo tanto, como correlato lógico de la dimensión interna del derecho, la libre adopción de personales creencias, existiría una dimensión o manifestación externa consistente en la posibilidad de conducirse de forma coherente con ellas y de exteriorizarlas³³. Nótese, además, que si bien la dimensión interna del derecho fundamental no estaría sujeta a límites, pues el ordenamiento jurídico no puede prohibir que el individuo adopte y profese en su fuero interno determinadas opiniones, sus manifestaciones externas sí serían eventualmente limitables de acuerdo con la Constitución. Así se desprende, por otra parte, de la literalidad del artículo 16.1 CE, que garantiza ambos derechos “sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”³⁴.

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha venido imponiendo dos condiciones para considerar que un acto de los poderes públicos supone una afec-

³¹ Que ello es así, es decir, que no existe un derecho constitucional de autodeterminación con relación al propio cuerpo, es patente en la STC 215/1994/2: “el consentimiento de ésta libre y expresamente emitido, exime de responsabilidad penal la práctica de la esterilización. Admitida la autodeterminación de la persona en orden a su integridad física en ese supuesto y en los demás que contempla el art. 428 del CP”. Ello explica, de modo similar a como sucedía con relación al derecho fundamental a la vida, la existencia en nuestro ordenamiento jurídico de algunos tipos delictivos. Así, el artículo 155.1 CP dispone que en “los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados”; por su parte, el artículo 156.1 establece que no “obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el consentimiento válida, libre, consciente y expresamente emitido exime de responsabilidad penal en los supuestos de trasplante de órganos efectuado con arreglo a lo dispuesto en la Ley, esterilizaciones y cirugía transexual realizadas por facultativo, salvo que el consentimiento se haya obtenido viciadamente, o mediante precio o recompensa, o el otorgante sea menor de edad o incapaz; en cuyo caso no será válido el prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

³² “Ciertamente, la Constitución, en sus arts. 15 y 18.1, no prevé expresamente la posibilidad de un sacrificio legítimo de los derechos a la integridad física y a la intimidad (a diferencia, por ejemplo, de lo que ocurre con los derechos a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones (art. 18.2 y 3 CE), mas ello no significa que sean derechos absolutos”, STC 207/1996/4.

³³ STC 19/1985/2; específicamente en el contexto de la asistencia sanitaria, STC 120/1990/10.

³⁴ Cursivas G. A.

ción en los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa. Por una parte, dicha actuación ha de significar una perturbación o impedimento al mantenimiento en libertad de una determinada creencia. Por otra, es precisa la existencia de un nexo causal entre el acto perturbador o impeditivo del poder público y el mantenimiento por parte del individuo de dicha ideología o pensamiento³⁵.

En el ámbito médico asistencial, el ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa plantea, fundamentalmente, dos órdenes de cuestiones. Por una parte, la posibilidad de rechazar determinados tratamientos sanitarios con fundamento en su ejercicio. Por otra, la posibilidad de exigir que la prestación de la asistencia sanitaria se realice de forma respetuosa con las personales creencias y convicciones. Ambas han sido analizadas por el Tribunal Constitucional a lo largo de su jurisprudencia y, en algunos casos, han encontrado su correspondiente reflejo en la vigente legislación sanitaria.

Comenzando por la primera, atendido el contenido de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa, el rechazo a un tratamiento médico fundamentado en la profesión de determinadas creencias o convicciones no sólo constituirá ejercicio del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino, asimismo, una eventual manifestación de los derechos consagrados en el párrafo primero del artículo 16 de la Constitución; en otras palabras, todo rechazo a un tratamiento médico al amparo de determinadas convicciones constituirá una expresión de la dimensión externa del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa, dimensión que prestaría también cobertura constitucional al principio de autodeterminación del paciente en todos aquellos supuestos cuyo ejercicio no fuese sino una exteriorización de las convicciones y creencias del individuo.

Con relación a la segunda cuestión, la adecuación de la asistencia médica a los valores, convicciones y creencias del enfermo ha encontrado progresivamente cierto reflejo en la vigente legislación sani-

taria³⁶. Como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, en un modelo asistencial como el derivado de la Constitución española, los problemas surgen a la hora de acomodar las exigencias eventualmente dimanantes del artículo 16.1 CE con “el carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema”, características que determinan su configuración “como un régimen legal, en el que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico”; es decir, un sistema que, siempre dentro del marco constitucionalmente definido, es “de configuración legal”³⁷. En este sentido, en el único supuesto que ha conocido hasta la fecha, el Tribunal ha mostrado cierta preocupante tendencia a construir su razonamiento casi exclusivamente sobre la base de la denominada *lex artis*, un modo de proceder que, llevado al extremo, priva incluso de significado al principio del consentimiento informado³⁸. Sin embargo, y tal y como puso de manifiesto alguna voz disonante en el seno del Tribunal, parece razonable distinguir entre aquellas exigencias cuya naturaleza supusiera, efectivamente y máxime atendido el hecho de que se trata de la gestión de recursos escasos, violentar la naturaleza del sistema y aquellas que, más sencillamente, exigen que la asistencia sanitaria se preste en determinadas condiciones per-

³⁵ STC 120/1990/10.

³⁶ Por ejemplo, el artículo 10. 2 c) de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente de la Comunidad Autónoma de Extremadura reconoce, bien que con importantes precisiones y matices, el derecho de los pacientes a “que le sean respetados sus valores morales y culturales, así como sus convicciones religiosas y filosóficas, con los límites previstos en la presente norma y en el resto del ordenamiento jurídico. La práctica que se derive del ejercicio de este derecho ha de ser compatible con el correcto ejercicio de la práctica médica y respetuoso con las normas de funcionamiento del centro”.

³⁷ STC 65/1987/17.

³⁸ “(...) el recurrente (...) pide, en razón y por exigencia de sus creencias religiosas, que tales prestaciones se le dispensen (...) prescindiendo de un remedio cuya utilización, por pertenecer a la *lex artis* del ejercicio de la profesión médica, sólo puede decidirse por quienes la ejercen y de acuerdo con las exigencias técnicas que en cada caso se presenten y se consideren necesarias para solventarlo. Las causas ajenas a la medicina, por respetables que sean -como lo son en este caso-, no pueden interferir o condicionar las exigencias técnicas de la actuación médica”, STC 166/1996/3.

fectamente posibles³⁹. Baste considerar, a mero título de ejemplo, que solicitar que la realización de un tratamiento se adecue a las creencias del paciente, es probablemente muy distinto que exigir una determinada prestación sanitaria como consecuencia de la profesión de determinadas convicciones.

B.-El derecho fundamental a la intimidad.

En el ámbito sanitario el derecho fundamental a la intimidad posee una proyección múltiple. En este sentido, han sido las exigencias dimanantes de dicho derecho fundamental en su vertiente de *privacidad*, las que fundamentalmente han sido objeto de desarrollo y concreción normativa a través del complejo entramado de derechos, deberes y garantías relativos, básicamente aunque no sólo, a la obtención y utilización de los datos relativos a la salud del paciente.

Ahora bien, como se desprende de la jurisprudencia constitucional, el derecho fundamental a la intimidad posee una segunda vertiente, la *intimidad corporal*, que sirve también, en determinados supuestos, como fundamento al eventual rechazo de un tratamiento o intervención médica. Ha de tenerse presente, sin embargo, que esta es una doctrina elaborada no específicamente en el ámbito médico-

asistencial, sino con relación a la práctica de determinadas intervenciones en el cuerpo del individuo sin contar con su voluntad y con finalidades diversas a la curativa⁴⁰.

En este contexto, y en opinión del Tribunal, la intimidad corporal formaría parte del objeto del derecho fundamental a la intimidad como parte del concepto más amplio de intimidad personal; es decir, de aquel ámbito de la existencia “propio y reservado al conocimiento de los demás” y que es requisito imprescindible “según las pautas de nuestra cultura para mantener una mínima calidad de vida”⁴¹. La delimitación que del objeto de la intimidad corporal realiza el Tribunal Constitucional no es co-extensa, sin embargo, con la totalidad del cuerpo físico del individuo. Por el contrario, su caracterización es puramente cultural, habiendo por lo tanto el intérprete de recurrir al concepto socialmente arraigado de “recato corporal” para proceder a su determinación⁴².

Obviando los problemas que plantea una concepción exclusivamente social o cultural de su objeto, el derecho fundamental a la intimidad corporal otorgaría al individuo la facultad puramente negativa y reaccional de oponerse a aquellas indagaciones o pesquisas que quisieran efectuarse en su cuerpo sin contar con su consentimiento y que, por las partes de aquel sobre las que recayesen o por los medios utilizados para su realización, pudieran reputarse contrarias al “sentimiento de pudor”, definido conforme a “estimaciones y criterios arraigados en la cultura de la comunidad”⁴³.

Nótese, por lo tanto, que de modo análogo a lo que sucedía con relación al derecho fundamental a la integridad física y moral, no se deriva del derecho fundamental a la intimidad un poder de disposición del individuo sobre su propio cuerpo, cuanto, nue-

³⁹ “De otro lado, el derecho al mantenimiento de las propias creencias se ejerce en el presente caso en relación con el régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que el art. 41 CE garantiza (...) la indivisibilidad de los derechos fundamentales no permite que la actividad prestacional en esta materia -que corresponde garantizar a los poderes públicos y, por tanto, no puede ser deferida, sin más, a la decisión de los profesionales médicos que forman parte de los Centros de la Seguridad Social-, aun teniendo como base la uniformidad de las prestaciones para garantizar la igualdad de todos los ciudadanos (STC 124/1989), permanezca al margen de los derechos fundamentales que la Constitución garantiza. Por lo que no cabe excluir o desconocer las exigencias que se derivan de la libertad religiosa sin desconocer o excluir, al mismo tiempo, el mayor valor de esta libertad en nuestro ordenamiento. Y ello supondría, asimismo, un injustificado olvido del mandato constitucional a los poderes públicos de promover las condiciones para hacer real y efectiva la libertad del individuo y de los grupos en que se integra (art. 9.2 CE), junto con los que se derivan de la cláusula del Estado social (art. 1.1 CE). Máxime, como aquí ocurre, si el recurrente no ha solicitado una prestación de asistencia médica a la que no tenga derecho, sino sólo que se le preste en condiciones que no vulneren sus creencias religiosas; y sin que exista, además, imposibilidad de que tal asistencia pueda prestarse en esas condiciones -excluyendo la transfusión de sangre- en los Centros de la Seguridad Social, dados los medios técnicos disponibles. Ni tampoco resulta que ello sea contrario en todo caso a la *lex artis*, pues se ha practicado en esas condiciones en Centros médicos privados, como antes se ha dicho”, voto particular formulado por el Magistrado González Campos a la STC 166/1996.

⁴⁰ Se trata, por ejemplo, de intervenciones corporales realizadas en el transcurso de un proceso civil o penal o como medidas de seguridad en el ámbito penitenciario.

⁴¹ STC 57/1994/5, entre otras.

⁴² Es cierto, sin embargo, que en ocasiones el Tribunal combina dicha concepción con una dimensión estrictamente subjetiva del concepto, STC 37/1989/7.

⁴³ *Ibidem*.

vamente, la posibilidad de reaccionar frente a ciertas intervenciones que sobre el mismo quieran realizarse y siempre que dicha oposición esté fundamentada en una concepción socialmente conforme del “pudor” o “recato corporal”. La disposición que sobre el propio cuerpo ello conlleva será, por lo tanto, una consecuencia derivada del ejercicio del derecho pero, en ningún caso, una facultad amparada por su contenido.

Esta doctrina constitucional cobra especial relevancia en relación con aquellos pronunciamientos del Tribunal que, al menos aparentemente, parten de una concepción restringida del tipo de intervenciones corporales que son subsumibles en el ámbito de protección del derecho fundamental a la integridad física y moral. El derecho fundamental a la intimidad corporal vendría a cubrir, si bien sólo parcialmente, la laguna derivada de que algunas actuaciones en el ámbito médico asistencial no encontrarían acomodo, dada su naturaleza, en los derechos fundamentales proclamados en el artículo 15.1 CE.

Hay que llamar la atención, además, sobre el hecho de que en el ámbito de la asistencia sanitaria, el juez de la Constitución muestra una clara tendencia a limitar a la intimidad corporal las consecuencias que derivan del derecho proclamado en el artículo 18.1 CE. Nótese, sin embargo, que también la intimidad en su sentido más amplio de privacidad está constantemente afectada, pues toda actuación médica está encaminada a obtener información acerca de la salud y del cuerpo del paciente. Este hecho, sin embargo, es en ocasiones obviado por el juez de la Constitución en su razonamiento⁴⁴. Parece preciso recordar, en este sentido, que la protección constitucional-

mente debida a la información relativa a la salud del paciente no se limita a su uso una vez recabada, sino, en un imprescindible estadio lógico previo, a su propia obtención.

En cualquier caso, y como sucede con todo derecho fundamental, no toda actuación de los poderes públicos que afectara a la intimidad en el sentido antedicho podría considerarse vulneradora del derecho, siempre y cuando constituyera una restricción constitucionalmente legítima. A ello no es óbice, tal y como reiteradamente ha puesto de manifiesto el Tribunal, que a diferencia de lo que sucede con relación a sus apartados segundo y tercero, el constituyente no previera en el párrafo primero del artículo 18 CE la posibilidad de limitar mediante resolución judicial el derecho fundamental a la intimidad⁴⁵.

V.- La naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria coactiva.

A la luz de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional, la asistencia sanitaria coactiva constituye una restricción o limitación de ciertos derechos fundamentales, especialmente del derecho fundamental a la integridad física y moral, y, por lo tanto, ha de quedar sujeta a las exigencias propias de dicha operación jurídica.

Atendida la delimitación puramente biológica, negativa y reaccional del contenido del derecho fundamental a la vida, el rechazo de una asistencia sanitaria y, correlativamente, su prestación coactiva, se ubican más allá de sus contornos constitucionales. Ello no significa, sin embargo, afirmar que aquella no guarda relación alguna con el primero de los derechos fundamentales proclamados en el artículo 15.1 CE, pues existe en la jurisprudencia constitucional un inmediato y trascendental vínculo entre ambos. Este vínculo deriva del hecho de que, si bien la asistencia sanitaria obligatoria es ajena a la dimensión subjetiva del derecho, es su dimensión objetiva la que le proporciona la necesaria cobertura constitu-

⁴⁴ Ello es manifiesto, por ejemplo, en la STC 120/1990/12, donde el Tribunal parece olvidar no ya el hecho de que toda intervención médica viene precedida de una inexcusable obtención de información acerca de la condición del paciente, sino que una de las medidas que en el supuesto de hecho concreto había decretado el Auto judicial impugnado por los recurrentes era la realización de “pruebas analíticas”: “(...) en modo alguno ha padecido el derecho a la intimidad corporal de los recurrentes, pues, aparte de que la intervención médica autorizada por la resolución impugnada no puede incluirse cabalmente entre las indagaciones o pesquisas a las que, de acuerdo con la doctrina constitucional citada, puede oponerse el derecho a la intimidad, no produce la actuación impugnada ni por las partes del cuerpo sobre las que actúa ni por los medios a emplear, ni por su finalidad ajena a la adquisición de conocimientos sobre el cuerpo de los reclusos, menoscabo de ningún género de su intimidad personal”.

⁴⁵ Un examen pormenorizado de las condiciones que debe reunir toda limitación del derecho fundamental a la intimidad corporal para poder ser considerada legítima en el curso de un procedimiento penal en las SSTC 37/1989 y 207/1996.

cional; en definitiva, la que, junto a otras exigencias, la convierte en una restricción constitucionalmente legítima del contenido de algunos derechos fundamentales, principalmente, aunque no sólo, del derecho fundamental a la integridad física y moral⁴⁶.

Por el contrario, con arreglo a la construcción jurisprudencial expuesta, la asistencia sanitaria no consentida supone, en todo caso, una afeción del contenido del derecho fundamental a la integridad física y moral y, eventualmente, de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa en la medida en que el rechazo a la intervención médica esté fundamentada en las convicciones del paciente y del derecho fundamental a la intimidad corporal siempre que resulte afectado el “sentimiento de pudor” o “recato personal” conforme a criterios socialmente arraigados. No puede olvidarse, asimismo, que dado que toda intervención sanitaria no consentida puede significar frecuentemente la inmediata retención forzosa del individuo, también se verá afectado su derecho fundamental a la libertad personal proclamado en el artículo 17.1 CE⁴⁷.

Ahora bien, como se sabe, afeción no significa necesariamente y de forma inmediata lesión del derecho fundamental eventualmente implicado, pues dicha intromisión en su contenido será legítima siempre que esté constitucionalmente amparada. En dichos supuestos no existirá por lo tanto vulneración del derecho fundamental, cuanto establecimiento de un límite al mismo, quedando la cuestión reconducida a la determinación de las exigencias o requerimientos que la Constitución impone a dicha operación jurídica para considerarla constitucionalmente fundada.

Quedan así delimitados, por lo tanto, la naturaleza constitucional de la asistencia sanitaria coactiva

y, consiguientemente, el contexto dogmático-jurídico en el que se desenvuelve.

Con arreglo a doctrina reiterada del Tribunal, más o menos explícita dependiendo del pronunciamiento objeto de análisis, todo límite al contenido de un derecho fundamental es constitucionalmente legítimo si satisface una serie de exigencias de naturaleza tanto formal como sustantiva. Desde un punto de vista formal, el Tribunal suele exigir que las restricciones que se impongan a los derechos fundamentales lo sean al amparo de resolución judicial motivada que cuente con la suficiente cobertura legal⁴⁸. Desde un punto de vista material, el Tribunal ha venido exigiendo que el límite posea fundamento constitucional, que respete las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad y que, cualquiera que sea la situación que se derive de su imposición, en ningún caso conlleve “menosprecio para la estima que en cuanto ser humano merece la persona”⁴⁹. Aunque los requerimientos impuestos por el principio de proporcionalidad, especialmente el principio de proporcionalidad en sentido estricto, están especialmente sujetos a las cambiantes circunstancias del juicio de caso, la necesidad de que la restricción a todo derecho fundamental cuente con una justificación directamente incardinada en la norma constitucional, sí permite extraer conclusiones de carácter general.

El Tribunal Constitucional ha hallado a lo largo de su jurisprudencia un doble fundamento para sostener la legitimidad constitucional de la asistencia sanitaria coactiva; uno de carácter contingente, pues únicamente concurre en determinados supuestos dado el *status* jurídico del individuo que soporta la restricción de sus derechos, y otro de alcance universal.

⁴⁶ “Por consiguiente, todo lo que dejamos expuesto nos conduce a la conclusión de que, desde la perspectiva del derecho a la vida, la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial recurrida no vulnera dicho derecho fundamental, porque en éste no se incluye el derecho a prescindir de la propia vida, ni es constitucionalmente exigible a la Administración penitenciaria que se abstenga de prestar una asistencia médica que, precisamente, va dirigida a salvaguardar el bien de la vida que el artículo 15 de la Constitución protege”, STC 120/1990/7.

⁴⁷ STC 120/1990/11.

⁴⁸ Es cierto, sin embargo, que excepcionalmente y precisamente en atención a las circunstancias concurrentes en determinados supuestos de hecho, el Tribunal ha reconocido la legitimidad constitucional de ciertas restricciones impuestas a los derechos fundamentales pese a no ser realizadas al amparo de una resolución judicial, vid., en tal sentido, STC 37/1989/7.

⁴⁹ STC 120/1990/4. Una recapitulación de las exigencias constitucionales para considerar legítimo un límite, en el supuesto de hecho a los derechos fundamentales a la integridad física y a la intimidad, en la STC 207/1996/4.

La contingencia del primero de ambos fundamentos se explica atendida la peculiaridad de que, hasta la fecha, el único supuesto en que el juez de la Constitución ha examinado la constitucionalidad de la asistencia sanitaria coactiva en sentido estricto, ha sido con ocasión del progresivo agravamiento del estado de salud de una serie de reclusos que habían decidido iniciar una huelga de hambre reivindicativa contra la política penitenciaria del Gobierno⁵⁰. En este sentido, dichos pronunciamientos se desenvuelven en el contexto de la relación especial de sujeción que media entre los presos y la administración penitenciaria a la luz de lo dispuesto en el artículo 25.2 CE; un precepto cuya exégesis por parte del juez de la Constitución es en algún punto discutible.

En opinión del Tribunal, y tal y como se desprende de la norma constitucional mencionada, la reclusión en un centro carcelario determina que los presos se encuentren en una relación especial de sujeción respecto de la Administración penitenciaria que, entre otras consecuencias, determina el nacimiento de un complejo entramado de derechos y deberes entre ambos y que legitima el sometimiento de los derechos fundamentales de aquellos a limitaciones que no son aplicables a los ciudadanos libres. Dichas restricciones, sin embargo, habrán de ser siempre interpretadas en un sentido restrictivo que sea compatible “con el valor preferente de los derechos fundamentales”⁵¹. Los problemas surgen a la hora de determinar cuáles son esas eventuales restricciones y a qué derechos fundamentales son susceptibles de afectar.

En este contexto, y tal y como ha puesto de manifiesto alguno de los votos particulares emitidos a lo largo de esta serie jurisprudencial, el Tribunal ha realizado una interpretación del artículo 25.2 CE que, con relación a la asistencia sanitaria y más allá de las consecuencias materiales lógicamente derivadas de la reclusión, posibilitaría que el *status* iusfundamental de una persona enferma fuera diverso en

función de su situación de internamiento o libertad. Así, el juez de la Constitución ha interpretado el artículo 3.4 de la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP), que obliga a la Administración penitenciaria a velar por la vida, la salud y la integridad de los presos, como un genérico derecho-deber que, en conexión con el artículo 25.2 de la Constitución, presta cobertura constitucional a la asistencia sanitaria prestada sin contar con el consentimiento del interno enfermo, en todos aquellos supuestos en los que su vida corra peligro⁵².

La doctrina que se acaba de exponer presenta, sin embargo, ciertas fisuras relativas al significado constitucional y al contenido de la LOGP. Así, y pese a las constantes precauciones acerca de que la relación especial de sujeción ha de ser interpretada en términos compatibles con los derechos fundamentales, lo cierto es que algunos pasajes de la doctrina constitucional sugieren una imagen de aquella como cheque en blanco en manos del legislador orgánico para restringir los derechos de los internos. Por el contrario, y tal y como sugieren otros pronunciamientos del Tribunal, parece razonable interpretar las potencialidades limitativas de derechos fundamentales de la remisión contenida en el artículo 25.2 CE, sin desvincularla del contexto en que se inserta; es decir, el ámbito penitenciario y las especialidades derivadas de la situación de reclusión⁵³. Ello permitiría, a su vez, una comprensión más coherente del deber que a la Administración impone el artículo 3.4 LOGP, cuyo significado, probablemente, no vaya más allá de las obligaciones que lógicamente derivan

⁵⁰ Se trata de la serie jurisprudencial integrada por las SSTC 120 y 137/1990 y 11 y 67/1991.

⁵¹ STC 120/1990/6; en torno a estas cuestiones vid. ABA CATOIRA, A., La limitación de los derechos fundamentales por razón del sujeto: los parlamentarios, los funcionarios y los reclusos, *Tecnos, Madrid, 2001*.

⁵² STC 120/1990/6 y 8.

⁵³ “(...) la Ley Orgánica General Penitenciaria, que es la Ley a la que se remite el art. 25.2 CE como la habilitada para establecer limitaciones a los derechos fundamentales de los reclusos. Mas no es menos cierto que, pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Penitenciaria y los internos en uno de sus establecimientos, éstos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por las normas de nuestro ordenamiento, con excepción, obvio es, de aquellos que son incompatibles con el objeto de la detención o el cumplimiento de la condena; y también que las actuaciones penitenciarias deberán llevarse a cabo ‘respetando, en todo caso, la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos no afectados por la condena’ (art. 3 LOGP)”, STC 57/1994/6; así, por ejemplo, y precisamente con relación a la asistencia sanitaria, el derecho fundamental a la vida sería uno de los derechos fundamentales de los que el recluso disfruta en las mismas condiciones que el ciudadano libre, STC 48/1996/1.

del hecho de quedar los presos bajo la guarda y custodia de los poderes públicos. Nótese además que, considerada aisladamente y llevada a sus últimas consecuencias, la argumentación del Tribunal conduciría al curioso resultado de imponer al Estado un deber de protección de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral de los reclusos, de mayor intensidad que el dispensado al resto de ciudadanos.

En definitiva, conforme a una interpretación constitucionalmente adecuada del artículo 25.2 CE, la conclusión debiera ser que la situación jurídica de la persona enferma con relación a la asistencia sanitaria, es independiente de su condición de recluso o de ciudadano libre⁵⁴.

Pese a que en ocasiones la serie jurisprudencial objeto de este análisis parece sugerir lo contrario, el argumento central y de alcance universal utilizado por el juez de la Constitución para dotar de cobertura constitucional a la asistencia sanitaria coactiva, es la preservación de la vida humana como valor superior del ordenamiento jurídico-constitucional consagrado en el artículo 15.1 CE⁵⁵. En otras palabras, la restricción que la prestación no consentida de la asistencia médica significa respecto de los derechos funda-

mentales anteriormente mencionados, es constitucionalmente legítima por estar encaminada a la preservación de otro bien jurídico constitucionalmente protegido, en este caso, además, un bien de especial trascendencia constitucional, la vida humana. En definitiva, la legitimidad constitucional de la asistencia sanitaria no consentida ha de ubicarse en el contexto de las consideraciones realizadas *supra* en torno al significado y naturaleza del derecho fundamental a la vida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁵⁶.

En este sentido, el juez de la Constitución se sirve de su caracterización como expresión de un valor superior del ordenamiento jurídico, la vida humana, para, una vez delimitado su contenido en términos exclusivamente negativos y reaccionales, proscribiendo así su consideración como derecho de libertad, apelar a su dimensión objetiva y justificar la asistencia sanitaria coactiva en términos de la preservación de aquellos bienes o valores que el derecho encarna. Se trata de un discurso marcadamente objetivo que prescinde en todo momento de la dimensión subjetiva del derecho. Nótese que el Tribunal ya había afirmado que el reconocimiento de la facultad de disponer de la propia vida suponía vulnerar el contenido esencial de un derecho fundamental dotado de una especial trascendencia en el ordenamiento constitucional como expresión de un valor superior del ordenamiento jurídico y supuesto lógico y ontológico del catálogo de derechos consagrado en la Constitución. A la luz de todo ello, afirmar la legitimidad constitucional de la asistencia sanitaria coactiva en todos aquellos supuestos en los que la vida del paciente esté en peligro resulta del todo cohe-

⁵⁴ Vid., en este sentido, los votos particulares formulados por los Magistrados Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer y Leguina Villa a la STC 120/1990.

⁵⁵ Pese a que el Tribunal trata en todo momento de contextualizar sus afirmaciones, lo cierto es que la doctrina que resulta finalmente de su argumentación posee una naturaleza marcadamente general. Por ello, en las conclusiones de la STC 120/1990 desaparece toda mención a dos argumentos aparentemente centrales: la relación especial de sujeción y la alegada ilicitud de la huelga iniciada por los reclusos; “En síntesis de todo lo expuesto, debemos finalizar con la conclusión de que la asistencia médica obligatoria autorizada por la resolución judicial objeto del recurso de amparo no vulnera ninguno de los derechos fundamentales invocados por los demandantes, ni en sí misma, ni en la forma y alcance con que ha sido autorizada, constituyendo tan sólo una limitación del derecho a la integridad física y moral garantizada por el art. 15 de la Constitución, y unida ineludiblemente a ella una restricción a la libertad física, que vienen justificadas en la necesidad de preservar el bien de la vida humana, constitucionalmente protegido, y que se realiza mediante un ponderado juicio de proporcionalidad, en cuanto entraña el mínimo sacrificio del derecho que exige la situación en que se hallan aquéllos respecto de los cuales se autoriza”, STC 120/1990/12. Nótese, a mayor abundamiento, que el Tribunal no reduce el anclaje constitucional del derecho-deber que a la Administración penitenciaria impone el artículo 3.4 LOGP a la relación especial de sujeción ex artículo 25.2 CE; yendo más allá, no oculta que dicho deber “tiene por finalidad (...) proteger bienes constitucionalmente consagrados, como son la vida y la salud de las personas”, STC 120/1990/8.

⁵⁶ “Siendo indudable que el ayuno voluntario llevado hasta sus últimas consecuencias genera necesariamente, en un momento determinado, peligro de muerte, la asistencia médica obligatoria para evitar ese peligro se manifiesta como un medio imprescindiblemente necesario para evitar la pérdida del bien de la vida de los internos, que el Estado tiene obligación legal de proteger (...) Con el cumplimiento de ese deber del Estado no se degrada el derecho a la integridad física y moral de los reclusos, pues la restricción que al mismo constituye la asistencia médica obligatoria se conecta casualmente con la preservación de bienes tutelados por la Constitución y, entre ellos, el de la vida que, en su dimensión objetiva, es ‘un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional’ y ‘supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible’ (STC 53/1985)”, STC 120/1990/8.

rente⁵⁷. Ahora bien, precisamente como consecuencia de los requerimientos dimanantes del principio de proporcionalidad, y más allá de sus concretas exigencias dependiendo de las circunstancias concurrentes en cada caso, la doctrina del Tribunal Constitucional sugiere supuestos en los que, pese a encontrarse la vida del individuo en evidente peligro, la imposición coactiva de una intervención médica no sería, sin embargo, constitucionalmente legítima atendida su gravedad⁵⁸.

VI.- Conclusiones.

Tal y como se ha sugerido a lo largo de las páginas anteriores, la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la asistencia sanitaria coactiva como límite constitucionalmente legítimo a ciertos derechos fundamentales, presenta importantes problemas e, incluso, manifiestas contradicciones⁵⁹. En este sentido, la norma constitucional ofrece argumentos que permiten construir una imagen distinta de la asistencia médica no consentida que excluya su legitimidad constitucional, al menos en aquellos supuestos en los que el rechazo a la intervención no conlleve riesgo o amenaza a bienes o derechos constitucionales ajenos. Para ello, además, ni siquiera es preciso explorar la posible existencia de una facultad de naturaleza iusfundamental que permita al individuo disponer libremente de su propia esfera vital.

Efectivamente, elaborar una interpretación alternativa de los derechos fundamentales involucrados en la asistencia sanitaria no consentida, puede hacer-

se desde un doble punto de vista no necesariamente acumulativo. Por una parte, defendiendo que la Constitución consagra un derecho fundamental a disponer de la propia vida y, por otra, argumentando independientemente de lo anterior que, a la luz de la norma fundamental, una intervención médica realizada contra la voluntad expresa del paciente, y sin que dicha negativa suponga afección alguna en bienes o derechos constitucionales ajenos a su esfera jurídica, es constitucionalmente injustificable.

Comenzando por el primero de ambos puntos de vista, desde una concepción dinámica de los derechos fundamentales y a la luz de algunos de los datos que ofrece la norma constitucional, es posible defender que, actualmente, quizá una concepción puramente negativa y reaccional de los derechos consagrados en el artículo 15.1 CE como la mantenida por el Tribunal Constitucional es insuficiente. En este sentido, no puede ocultarse que los avances experimentados por la ciencia médica a lo largo de las últimas décadas, unido a un progresivo cambio en la naturaleza de las relaciones médico-paciente, ha determinado que la configuración actual del contexto médico asistencial esté presidida por el principio de autonomía del primero y por un complejo entramado de derechos y obligaciones que une a ambos. No se trata tan sólo, por lo tanto, de que el ordenamiento jurídico haya modelado paulatinamente la asistencia sanitaria, entre otras, en términos de derechos y de obligaciones de los sujetos implicados, sino que, asimismo y con carácter previo, la ciencia médica ha dotado de contenido, desde un estricto punto de vista material, a dichas facultades y deberes. En otras palabras, no se trata tan sólo de que el derecho haya reconocido al paciente la facultad jurídica para decidir por sí mismo, sino que el progreso de la ciencia médica le proporciona, y continuamente incrementa, dichas posibilidades materiales de decisión.

En este contexto, parece cuando menos razonable propugnar una comprensión de los derechos fundamentales implicados que trascienda la delimitación de algunos de ellos como derechos puramente reaccionales; una concepción que, si plausible en otro tiempo, actualmente parece excesivamente estrecha y desbordada por la realidad del vigente marco sanitario.

⁵⁷ Pese a que el Tribunal ha afirmado que la salud de las personas forma parte del objeto del derecho fundamental a la integridad física y moral e, incluso, del derecho fundamental a la vida, la misma no ha sido utilizada en su doctrina como fundamento constitucional de la asistencia médica no consentida. Esta no es, sin embargo, la línea seguida por el legislador sanitario, pues las normas que autorizan la intervención en la salud del enfermo sin necesidad de contar con su anuencia en los denominados supuestos de “urgencia vital”, apelan, básicamente, a la existencia de un “riesgo grave para la integridad física o psíquica” o a la posibilidad de que el enfermo fallezca o padezca “lesiones irreversibles”.

⁵⁸ STC 48/1996/2.

⁵⁹ No puede ocultarse, además, que la concepción del Tribunal conduce en el extremo a consecuencias difícilmente justificables a la luz del texto constitucional. Así lo pusieron de manifiesto, por ejemplo, algunos de los votos particulares a la serie jurisprudencial relativa a la huelga de hambre reivindicativa iniciada por un grupo de presos.

En esta línea de razonamiento, Constitución y jurisprudencia constitucional ofrecen algunos datos que permiten postular la consagración constitucional de una facultad de naturaleza iusfundamental para disponer de la propia esfera vital sin menoscabo de derechos o de bienes jurídicos ajenos constitucionalmente protegidos. Para ello, además, existiría una doble línea argumental. Por una parte, construir los derechos fundamentales proclamados en el párrafo primero del artículo 15 CE como derechos de libertad. Por otra, considerar dicha potestad como manifestación del ejercicio de la libertad ideológica y religiosa consagrada en el artículo 16.1 CE. Con relación a esta segunda vía ha de llamarse la atención, sin embargo, sobre el hecho de que plantearía problemas con relación a supuestos de puro voluntarismo, si bien difícilmente imaginables, y, además, que constituye un importante factor en aras de una interpretación positiva del contenido de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral.

Efectivamente, desde una comprensión sistemática del texto constitucional, existen importantes elementos para una delimitación positiva de los derechos fundamentales proclamados en el primer inciso del artículo 15.1 CE. Fundamentalmente, el “valor superior del ordenamiento jurídico” libertad (artículo 1.1 CE), el libre desarrollo de la personalidad como “fundamento del orden político y de la paz social” (artículo 10.1 CE) o los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa como garantes de la capacidad del individuo para enjuiciar la realidad con arreglo a sus personales convicciones y de actuar consecuentemente con ellas dentro del marco constitucional (artículo 16.1 CE). Proyectados sobre los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, estos factores contribuirían a delimitar en sede constitucional un espacio de libertad individual caracterizado, principalmente, “por la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” y la consiguiente “pretensión de respeto por parte de los demás”⁶⁰. Por ello, por ejemplo, la decisión de someterse a una grave operación quirúrgica

de eficacia discutida, “aunque con finalidad curativa, es personalísima y libérrima formando parte inescindible de la protección de la salud como expresión del derecho a la vida”⁶¹; o la esfera de *agere licere* con arreglo a las propias convicciones que deriva de los derechos fundamentales a la libertad ideológica y religiosa, no conoce otras limitaciones que las que dimanen del respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente⁶².

Es esta última precisión la que entronca con la segunda perspectiva anteriormente aludida y en la que radica, más allá de una u otra concepción de los derechos fundamentales involucrados en la asistencia sanitaria no consentida, la auténtica clave para una interpretación constitucionalmente adecuada de su naturaleza. La cuestión no sería tanto si la Constitución proclama un derecho fundamental a disponer de la propia vida, cuanto si el sistema de derechos fundamentales consagrado por la norma fundamental tolera que se imponga a un individuo una asistencia sanitaria en contra de su voluntad cuando no están en juego derechos o bienes constitucionales ajenos. La respuesta ha de ser necesariamente negativa.

El rasgo fundamental, y sin duda el más preocupante, de la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional acerca del contenido y significado de los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, es su excesivo apego a un discurso de marcado carácter objetivo proclive a razonar a partir de bienes y valores. Si bien ello pudiera parecer adecuado cuando se trata de enjuiciar la constitucionalidad abstracta de una norma, no parece razonable cuando de lo que se trata es de determinar si ha existido una vulneración de un derecho fundamental en un recurso de amparo. Los riesgos de dicha metodología, que es la que conduce al Tribunal a afirmar, por ejemplo, que la vida es un valor superior del ordenamiento jurídico, ya fueron advertidos en su día por algunos de los magistrados que formularon votos particulares a la STC 53/1985. Es precisa-

⁶⁰ STC 53/1985/8, ante citada.

⁶¹ STC 48/1996/2.

⁶² En esta específica materia, SSTC 120/1990/10, 166/1996/2, 141/2000/4 y 154/2002/7.

mente este modo de proceder el que explica la forma en la que el juez de la Constitución ha resuelto, hasta la fecha, los supuestos de asistencia sanitaria coactiva sobre los que se ha pronunciado: concibiéndola como un límite constitucionalmente legítimo a ciertos derechos fundamentales del ciudadano, con independencia de la afección de bienes o derechos constitucionales ajenos a su esfera jurídica. Es decir, limitando los derechos fundamentales del individuo en virtud de un juicio de proporcionalidad construido sobre derechos y bienes cuyo titular es el propio ciudadano afectado por la restricción⁶³.

Todo ello genera la sensación de que, pese a determinadas afirmaciones, el Tribunal concibe la protección constitucional de la vida de un modo *cua-siabsoluto* que, entre otras consecuencias, conduce a su peligrosa conversión en una suerte de deber nada menos que de naturaleza constitucional. Así, por ejemplo, y en aras de la preservación del “bien” o “valor” “vida humana” dimanante del derecho fundamental a la vida del recurrente en amparo, el Tribunal no ha mostrado reparos en limitar sus derechos a la integridad física y moral o a la libertad ideológica o, más abiertamente, en realizar juicios de ponderación para resolver hipotéticos conflictos entre el derecho fundamental a la vida del demandante y sus derechos fundamentales a la integridad física y moral y a la libertad ideológica. Todo ello cuando resulta evidente que, por construcción, no pueden existir conflictos entre derechos fundamentales, o entre derechos y bienes, de los que es titular una misma persona. Por ello, por ejemplo, el artículo 10.1 de la Constitución alude al respeto “a los derechos *de los demás*” como fundamento del orden político y de la paz social.

Probablemente, estas cuestiones tienen su origen en una errónea concepción del significado y naturaleza de la dimensión objetiva que poseen los derechos fundamentales en el constitucionalismo democrático. Como se sabe, la doctrina de la doble dimen-

sión de los derechos fundamentales, con origen en la doctrina científica y jurisprudencial germanas, propugna que a su tradicional consideración como derechos subjetivos, es decir, como haz de facultades o posibilidades legítimas de actuación, se añade o superpone otra con arreglo a la cual los derechos fundamentales son, al mismo tiempo, normas de principio de carácter jurídico objetivo. Ello significa que tanto el sistema de derechos fundamentales en su conjunto, como cada uno de los derechos individualmente considerados, integran un orden objetivo de valores que orienta e impulsa la acción de los poderes públicos como “fundamento del orden político y de la paz social”. La norma fundamental habría incorporado esta dimensión jurídico-objetiva de los derechos fundamentales, artículos 1.1 y 10.1 CE, y algunas de las consecuencias de ello derivadas, artículos 1.1 y 9.2 CE.

En suma, la doble dimensión de los derechos fundamentales alteraría, como ha declarado el Tribunal Constitucional, la tradicional posición de los poderes públicos con relación a ellos, pues sus obligaciones no se reducirían a la prohibición de no lesionar el ámbito de libertad que garantizan al individuo, vinculación negativa, sino que le impondrían además el deber de adoptar todas aquellas medidas que, dentro de las posibilidades fácticas y *jurídicas*, se orienten a lograr su efectiva vigencia, vinculación positiva. Por ello, los derechos fundamentales no son sólo límites al poder, sino líneas directrices que orientan su actuación.

Sin embargo, esta doctrina parece haber posibilitado algún entendimiento de los derechos fundamentales que compromete seriamente su indemnidad. Básicamente, al hilo de su vertiente objetiva se transforma la naturaleza de los derechos fundamentales que, de ser primariamente derechos subjetivos, quedan convertidos en institutos, bienes o valores a los que se atribuye un determinado contenido o fines y a cuyo cumplimiento se subordinan vertiente subjetiva y acción de los poderes públicos⁶⁴. Es decir, no

⁶³ Ello es especialmente llamativo en las SSTC 11 y 67/1991, donde se asiste a la interposición de sendos recursos de amparo por parte del Ministerio Fiscal en aras de la preservación de los derechos fundamentales a la vida de unos ciudadanos que se personan en el proceso en defensa del acto de los poderes públicos pretendidamente lesivo de sus derechos.

⁶⁴ En torno a estas cuestiones es clásica la cita de BÖCKENFÖRDE, E. W., Escritos sobre derechos fundamentales, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1993, traducción de REQUEJO PAGÉS, J. L. y VILLAS VERDE MENÉNDEZ, I., pp.

sólo se posterga lo que los derechos fundamentales primariamente son, derechos subjetivos, sino que se los somete además a peligrosas funcionalizaciones tanto más inquietantes cuanto se basan en entendimientos interesados, y de dudosa constitucionalidad, de los bienes, valores o institutos que pretendidamente encarnan y que, derivados inicialmente de su vertiente subjetiva, llegan a oponerse a ella para limitarla o instrumentalizarla. Se va incluso más allá, y se pretende hacer derivar de dichos bienes o valores obligaciones de los poderes del Estado constitucionalmente implícitas.

Sin embargo, los derechos fundamentales son, ante todo, derechos subjetivos, sin que tal naturaleza quede empañada por el hecho de reconocer que constituyen una apuesta de valor y un especial compromiso del constitucionalismo democrático, como claramente se infiere, entre otros, de los artículos 1.1, 9.2, 10.1 y 53.1 CE. Afirmar, como hace nuestro texto constitucional, que la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, junto al libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social, pone de manifiesto que la sociedad, como comunidad políticamente organizada, se construye, entre otros, sobre el respeto a los derechos fundamentales, de los que son titulares las personas no de modo aislado sino en el marco de las relaciones sociales. El compromiso que el constitucionalismo democrático adquiere con los

derechos fundamentales no trueca su naturaleza, que esencialmente permanece inalterada y es sobre la que se proyecta la denominada dimensión objetiva, que no busca sino garantizar su efectiva vigencia en el seno de la comunidad como lo que son, derechos subjetivos.

En suma, dimensiones objetiva y subjetiva no hacen referencia a dos tipos de contenidos de los derechos fundamentales, sencillamente describen su significado en el Estado democrático constitucional delimitando la posición de los poderes públicos con relación a ellos: la sociedad se construye sobre el respeto a los derechos fundamentales de los que son titulares sus miembros, garantizando los poderes públicos su efectiva y real vigencia a través de obligaciones de naturaleza negativa y positiva.

A la luz de todo ello, y tal y como se desprende del artículo 10.1 CE, la Constitución no tolera la imposición de restricciones a los derechos fundamentales del individuo al amparo de la pretendida preservación de sus propios bienes o derechos; es decir, cuando su conducta no supone ninguna amenaza a bienes y derechos ajenos constitucionalmente protegidos. Desde este punto de vista, imponer un determinado tratamiento médico en contra de la voluntad expresa del paciente en las condiciones referidas, no constituye un límite constitucionalmente legítimo a sus derechos fundamentales sino, más sencillamente, su manifiesta vulneración.

EL SERVICIO PÚBLICO SANITARIO EN ESPAÑA ANTE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Jesús Punzón Moraleda
Francisco Sánchez Rodríguez
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CULTURA, SALUD Y SOCIEDAD. III. LA INFLUENCIA DEL HECHO RELIGIOSO EN LOS CENTROS DE SALUD PÚBLICOS: LA CONGREGACIÓN CRISTIANA DE LOS TESTIGOS DE JEHOVÁ. IV. CONCLUSIONES. V. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen

En este artículo se analiza uno de los puntos conflictivos existentes entre las relaciones del Estado y las confesiones religiosas, en concreto, la divergencia entre los dictados religiosos y lo normado por la legislación estatal. Desde ámbitos tan diversos como la sociología y el derecho hemos estudiado como el valor de la libertad religiosa en España ha sido fuente de problemas en el ámbito sanitario respecto los Testigos de Jehová y sus creencias relativas a la prohibición de ser objeto de transfusiones de sangre. De una perspectiva negativa inicial se ha ido logrando una actitud más permisiva que sobrealza la autonomía del paciente a tratamientos médicos que consideren que atentan a su visión de persona como sucede 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.

I. INTRODUCCIÓN

En este artículo analizamos las relaciones existentes entre el hecho religioso y la invertebración de la sociedad. Al igual que sucede con el Derecho administrativo que camina a la par de la vida de una persona, desde que nace hasta que muere, lo mismo sucede con el hecho religioso en la vida humana pues si bien, en ocasiones, no se percibe su influencia de forma directa, indirectamente si, tal y como sucede con el calendario occidental y la cronología histórica que toman como punto de partida en occidente el nacimiento de Jesucristo.

Del conjunto de todas las interacciones existentes entre el hecho religioso y la vida societaria en este artículo vamos a analizar el problema que suscita en los hospitales que haya personas que debido a sus creencias religiosas no admitan tratamientos médicos que son considerados por algunos de los responsables públicos sanitarios como aquellos que deben ser aplicados y a los que los pacientes deben *sujetarse*. Debido a la falta de espacio material determinada por la editorial de la revista no podemos analizar toda la casuística jurisprudencial y práctica

existente respecto todas las confesiones religiosas presentes en España pues su estudio daría como resultado necesario la conformación de una enciclopedia¹. Por ello nos centramos en la problemática suscitada por la Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová —en adelante CCTJ— y su no admisión de tratamientos médicos en los que se prevea la transfusión de sangre. Su estudio nos servirá para poner de relieve los límites de la autonomía del ciudadano frente al Estado y quién predomina, sobre todo cuando están apareciendo estudios médicos que muestran como el uso de tratamientos alternativos a la transfusión de sangre favorece más a la preservación salud y, en algunos hospitales públicos, no se dispone de medios técnicos y humanos que permitan evitar el uso de sangre y transfusiones debido a múltiples factores. En este supuesto concreto se podría exponer que la característica *roullaniana* del servicio público de su actualidad no es tal pues aún conociendo las ventajas que se obtienen no se utilizan estos medios.

¹ Al menos podemos recordar lo que sucede respecto la confesión religiosa de la Iglesia de Jesucristo del Séptimo Día en cuyo manual básico para poseedores del sacerdocio, Parte B (páginas 215-216), se determina que ante una enfermedad se deben utilizar los medios sanitarios disponibles de la etnomedicina siendo también posible aplicar como remedio de cura la bendición sacerdotal. Tal y como viene descrito en este manual: "en general, si ocurre una enfermedad seria, la mejor ayuda médica disponible la proporciona un médico o un hospital. No sólo debemos acudir a los médicos o a las clínicas de salud cuando estemos enfermos, sino que también debemos pedirles que nos capaciten con respecto a los buenos hábitos de higiene (...) Desafortunadamente, algunas personas creen que el hecho de acudir a un médico demuestra falta de fe en el Señor. Es cierto que el Señor espera que pongamos en práctica nuestra fe y el poder del sacerdocio cuando estamos enfermos, pero también espera que aprovechemos los servicios y el conocimiento médico que disponemos. En la actualidad existen muy buenos y variados recursos para mantener la buena salud; en consecuencia, la mayor parte de las enfermedades y dolencias pueden curarse o prevenirse. El Señor espera que aprovechemos estos recursos para prevenir y curar enfermedades y también espera que hagamos todo lo que podamos por los enfermos, lo que requiere que hagamos uso de las prácticas modernas de la medicina y que ejerzamos la fe, la oración y el poder del sacerdocio. Si hacemos esto y es la voluntad del Señor, el enfermo puede sanarse".

El ejemplo concreto de la CCTJ en correlación con la existencia de medios alternativos a las transfusiones de sangre y el valor constitucional de libertad religiosa nos muestra un ejemplo concreto de los problemas existentes en una sociedad multicultural que cuenta con diversas definiciones de lo que debe entenderse por salud, y de ciertas mal interpretaciones que se suceden a la hora de la interacción entre las creencias religiosas y algunos servicios sociales especializados garantizados por el Estado.

Nuestro estudio analiza cuál ha sido la respuesta del derecho y nos pone de relieve las relaciones estrechas existentes entre el hombre, la enfermedad, la cultura y el Derecho. En el ejemplo preciso de las transfusiones de sangre y la CCTJ podemos percibir cómo son las relaciones del hombre y el Estado, si cada persona es libre en su vida, si los poderes públicos no deben inmiscuirse en las creencias religiosas siempre que no se altere el orden público, y si frente a mandatos normativos por parte del Estado debe o puede prevalecer la escala de valores personales. La cuestión no es nada baladí, sobre todo en estos momentos en los que el gran ideal que se nos muestra por los medios de comunicación consiste en tener garantizados suficientes medios económicos para lograr una vida lo más cómoda posible², pues si la pervivencia a una comunidad no se encuentra asociada a ideales nadie hará nada que no sea recompensado. Sin el auxilio de una recompensa no se actuará en una determinada dirección pues no se considera que sea rentable una determinada acción. Un ejemplo de ello es quién estaría predispuesto a perder su vida por el ideal de la patria en la actualidad. Si la bandera se la considera únicamente como un conjunto de telas y colores no se logrará movilizar al ejército pues nadie pierde su vida por algo que no considera como importante y que no se paga de ninguna forma. El elemento simbólico goza de gran importancia pues si un individuo es capaz de perder su vida por un ideal, el Estado nada, o muy poco, podrá hacer por cambiar estas ideas de sus nacionales cuando se encuentren basadas en la defensa de sus convicciones religiosas que garantizan la vida

² Vid, al respecto, la interpretación sociológica de la sociedad de las cuatro esquinas.

después de la muerte y el logro de un futuro mejor que la vida actual. Y, frente a cualquier acción motivada por este ideal, y que el Estado lo considere una intromisión en el orden público establecido, el Estado únicamente puede utilizar elementos coactivos que a la larga se muestran insuficientes como sucede, por ejemplo, con los hermanos musulmanes en Egipto que cada día cuentan con más aceptación en la ciudadanía.

II. CULTURA, SALUD Y SOCIEDAD

Debemos señalar, a la hora de comenzar este epígrafe, que existe una amplia interrelación entre la cultura y los sistemas de salud presentes en una sociedad pues la cultura impregna el ser humano y su realidad. La cultura y las creencias religiosas influyen de forma importante sobre las personas, sobre sus formas de vida, sobre sus discursos de la salud y la enfermedad, así como, en definitiva, para entender qué es el ser humano y la sociedad que conforma al individuo. Por ello no debe extrañarnos que en un mismo Estado subsistan formas diferentes de percibir la enfermedad, así como interpretaciones sobre la licitud o no de ciertas praxis médicas (vid, al respecto, N. Matteucci, *Il liberalismo in un mondo in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 1998). Únicamente en un estado natural como el prefigurado por Rousseau la sociedad y las creencias religiosas no configurarían tal influencia. El problema radica en que la configuración estatal se encuentra diversificada entre las ideas hobbessianas que retoman a Plauto y su *homo homini lupus*, y las ideas más democráticas de Locke. Ambas visiones hay que ponerlas en relación con la medicina occidental y su lucha para mantener su preponderancia utilizando al derecho e impidiendo, en muchas ocasiones, otros tratamientos alternativos cuando el médico haciendo uso del argumento de autoridad frente cuando ante cualquier petición de información o de tratamiento alternativo por parte de los pacientes afirma que "yo soy el especialista" y *con eso basta*. No nos encontramos con el fiel ejecutor hipocrático que busca salvaguardar la integridad física de los pacientes sino ante quien determina lo que es bueno y lo que perjudica, así como el tratamiento diagnóstico y terapéutico que se

debe seguir convirtiéndose el médico en el *pater sacrum salutatis*.

Ya nos encontremos en una sociedad donde prevalezca una visión estatal hobbessiana o una visión estatal lockesiana, en cualquiera de estas sociedades se percibe la gran importancia que tienen las creencias en estas sociedades pues las creencias ofrecen criterios precisos sobre lo que está permitido y lo que no está permitido, lo que se tiene que hacer y no hacer, y cuál es la finalidad de la vida y lo que deben realizar los hombres para alcanzar la sabiduría y la felicidad. Estas creencias religiosas configuran lo que es el cuerpo, qué es el ser humano, el sentido de la enfermedad (así, por ejemplo, no es de extrañar como subsisten como tales enfermedades como el mal de ojo, maldiciones y los embrujos ejemplo de lo cual encontramos en los numerosos anuncios de las televisiones y los periódicos que ofrecen medios para estas curaciones), y qué tratamientos médicos deben ser utilizados por su licitud. Igualmente, las creencias religiosas determinan qué alimentos pueden ser consumidos y aquellos cuyo consumo conlleva tabúes, castigos o penalidades. Por ejemplo, un creyente de la iglesia de Jesucristo del Séptimo Día que beba bebidas prohibidas como, por ejemplo, un café, no puede entrar en el templo pues es considerado impuro³. Y un musulmán tiene establecido ciertos

³ En la ley de Sabiduría dada por Dios a José Smith (Ohio 27 de febrero de 1833), se proscribe el uso del vino, de las bebidas fuertes, del tabaco y de las bebidas calientes, se decretan las hierbas, las frutas, la carne y el grano para el uso del hombre y de los animales y, entre otras más cosas, se establece que la obediencia a las leyes del evangelio, incluso a la Palabra de Sabiduría, trae bendiciones temporales y espirituales. En concreto, la ley de sabiduría determina que:

" 1 UNA Palabra de Sabiduría para el beneficio del consejo de sumos sacerdotes reunido en Kirtland, y la iglesia, y también los santos de Sión

2 —para ser enviada por vía de salutación; no por mandamiento ni restricción, sino por revelación y la palabra de sabiduría, demostrando el orden y la voluntad de Dios en la salvación temporal de todos los santos en los últimos días—

3 dada como un principio con promesa, adaptada a la capacidad del débil y del más débil de todos los santos, que son o que pueden ser llamados santos.

4 He aquí, de cierto, así os dice el Señor: Por motivo de las maldades y designios que existen y que existirán en el corazón de hombres conspiradores en los últimos días, os he amonestado y os prevengo, dándoos esta palabra de sabiduría por revelación:

5 Que si entre vosotros hay quien beba vino o bebidas fuertes, he aquí, no es bueno ni propio a los ojos de vuestro Padre, sino cuando os reunís para ofrecerle vuestros sacramentos (nota: se consideran bebidas fuertes las bebidas alcohólicas como el licor, el vino y la cerveza. El alcohol

alimentos *haram* y otros *hamal*, una diferenciación presente siempre a lo largo de su vida como criterio de actuación personal y social.

Como señalaba hace años George D. Spindler en su artículo sobre la transmisión de la cultura, las creencias no se suceden en un apartamento estanco pues *sufren impactos masivos procedentes del exterior*, y los grupos culturales se aferran a sus peculiaridades no tanto para mantener su diferenciación

no se debe usar como bebida, sino más bien para limpiar el cuerpo y como desinfectante).

6 *Y he aquí, éste debe ser vino, sí, vino puro de la uva de la vid, de vuestra propia hechura.*

7 *Y además, las bebidas fuertes no son para el vientre, sino para el lavamiento de vuestros cuerpos.*

8 *Y además, el tabaco no es para el cuerpo ni para el vientre, y no es bueno para el hombre, sino que es una hierba para magulladuras y para todo ganado enfermo, que se ha de usar con juicio y destreza.*

9 *Y además, las bebidas calientes no son para el cuerpo ni para el vientre (nota: las bebidas calientes son el café y el té).*

10 *Y además, de cierto os digo que Dios ha dispuesto toda hierba saludable para la constitución, naturaleza y uso del hombre:*

11 *Cada hierba en su sazón y cada fruta en su sazón; todas éstas para usarse con prudencia y acción de gracias (nota: la fruta en su sazón es la fruta del tiempo).*

12 *Sí, también la carne de las bestias y de las aves del cielo, yo, el Señor, he dispuesto para el uso del hombre, con acción de gracias; sin embargo, han de usarse limitadamente;*

13 *y a mí me complace que no se usen, sino en temporadas de invierno, o de frío, o hambre.*

14 *Se ha dispuesto todo grano para el uso del hombre y de las bestias, como sostén de vida; no solamente para el hombre, sino para las bestias del campo, las aves del cielo y todo animal silvestre que corre o se arrastra sobre la tierra;*

15 *y a éstos Dios los ha hecho para el uso del hombre, sólo en tiempo de carestía y hambre extremada.*

16 *Todo grano es bueno para alimentar al hombre, así como también el fruto de la vid; lo que produce fruto, ya sea dentro de la tierra, ya sea arriba de la tierra;*

17 *sin embargo, el trigo para el hombre, el maíz para el buey, la avena para el caballo, el centeno para las aves, los puercos y toda bestia del campo, y la cebada para todo animal útil y para bebidas moderadas, así como también otros granos.*

18 *Y todos los santos que se acuerden de guardar y hacer estas cosas, rindiendo obediencia a los mandamientos, recibirán salud en el ombligo y médula en los huesos;*

19 *y hallarán sabiduría y grandes tesoros de conocimiento, sí, tesoros escondidos (nota: la sabiduría es el sabio uso del conocimiento. Todo lo que se aprenda en la vida permanece con posterioridad a la resurrección como un grado más. La importancia de conocer cuanto más de las revelaciones es que cuanto más conocen y practican más se parecen al Padre Celestial, y son mejores hijos, padres y esposos, y tienen más capacidad para dar mejores consejos y bendiciones, y sabrán ejercitar mejor los cargos en la Iglesia encomendados).*

20 *y correrán sin fatigarse, y andarán sin desmayar.*

21 *Y yo, el Señor, les prometo que el ángel destructor pasará de ellos, como de los hijos de Israel, y no los matará. Amén".*

respecto los otros sino para no perder lo que son que desean seguir siéndolo. Un ejemplo de ello lo encontramos en la República del Perú con la bebida del Inkacola y el mate en la República de Argentina, pues algunos de sus ciudadanos encuentran en estas bebidas un signo de identidad y de pervivencia a una identidad, e incluso también un sentimiento de lucha, frente al *yanqui*, al extraño que pretende colonizar hasta las bebidas que toman.

Dado que centramos nuestro estudio sobre las relaciones entre el hecho religioso y los servicios públicos sanitarios, en concreto sobre las transfusiones de sangre, debemos tener presente que la sangre constituye un elemento muy importante en las concepciones de vida en muchas culturas, sobre todo cuando las concepciones religiosas determinan lo que es la vida y la muerte sin que el individuo pueda efectuar una mínima elección al respecto. Para muchas de las culturas de nuestro tiempo la sangre es una variable muy importante en la vida diaria pues se entiende que la sangre es la que da la vida e impregna al ser humano como *ens*.

Ciertamente la sangre goza de mucha importancia para muchas civilizaciones pero, no obstante, no debemos olvidar el hecho de que la sangre, así como los modelos existentes de salud y enfermedad, es percibida de forma diferente en muchas culturas pues no existe un único modelo de biomedicina occidental, al igual que no todos los países pertenecientes a una misma esfera de influencia económica gozan de una uniformidad de sus sistemas sanitarios. Cada modelo cultural de salud y enfermedad determina de forma explícita los límites de la anatomía del ser humano, quiénes son profesionales de la salud (vid, por ejemplo, la inserción o no en un sistema público de salud de un naturopata, o de la aceptación o no de la medicina tradicional china), las técnicas curativas y lo que puede salir o entrar en el cuerpo (vid, en este sentido la nanotecnología y las diferencias de tratamiento en el ordenamiento español y en el Derecho italiano -el chip insertado en el hospital Spalanzani en Roma, prohibido por la agencia della privacy al atentar contra el derecho de intimidad del enfermo-), de tal forma que las intervenciones quirúrgicas son observadas de forma diferenciada y son permitidas o no conforme a lo dispuesto a los modelos cul-

turales de salud y enfermedad. Por ejemplo, en muchas culturas como la aymara en el altiplano boliviano las operaciones quirúrgicas se encuentran asociadas a la biomedicina y no son aceptadas por la población y sus modelos culturales. Y, aún más, hay enfermedades que la biomedicina no puede curar, e incluso explicar, pero que permanecen e influyen en la psique de la persona enferma como sucede ante supuestos de maldiciones y males de ojo frente los cuales perviven plegarias, ensalmos, conjuros y curanderas que junto con emplastes, curaciones de torceduras vuelven a lo normal lo que ha surgido de una maldición.

La pervivencia de diferentes *miradas* respecto la medicina también lo percibimos en nuestra sociedad occidental pues no existe una imagen idealizada de la biomedicina que sea aceptada de forma totalizante por todo el mundo pues como hemos ya puesto de relieve esta imagen depende de las condiciones sociales, culturales, económicas y religiosas existentes. En esta imagen tiene gran importancia la mirada desde la religión pues la medicina no siempre alcanza el bienestar absoluto del paciente y cuando se acaba la esperanza que aporta un tratamiento médico, basado en muchas ocasiones en el aprovechamiento científico de moléculas por medio de la química, y ante la muerte solamente cabe esperar en el Absoluto, la fortuna o el azar. No solamente importa la muerte pues también nos espera el juicio sobre el *amor cívico* al que todos estamos llamados en nuestra conciencia pues como señalaba Hans Jonas todo hombre es responsable de edificar el mundo y de interesarse por el bien común.

El hombre frente a la muerte percibe que no puede disponer de todo y que no domina por entero la naturaleza. Lo Absoluto predispone lo que se debe hacer y muchas personas ante la contraposición entre la lucha entre lo Absoluto y la biomedicina toman sus decisiones de conformidad con las disposiciones de lo Absoluto: la otra vida, lo que nunca se acabará, lo que no tiene final a diferencia de la muerte. Con lo cual frente a las prácticas tradicionales de la biomedicina, ciertas personas, y modelos culturales diver-

sos como el quechua, anteponen sus preceptos religiosos a la biomedicina⁴.

La visión de la religión configura qué debe entenderse por enfermedad, por salud y la vida. La conciencia está más allá de las leyes y para los seres humanos elegir su forma de vida es más importante sobre todo cuando sobre la vida actual pende una espada de Damocles que cae sin misericordia y que transforma el cuerpo inmortal en un cuerpo fugaz que es incapaz de volar y escapar. Y como señala Lèvi Strauss la vida humana se *plenifica* en la comunidad y por ello no es que solamente la religión determine la salud pues hace que se compartan los ideales en comunidades extensas y sobretudo en la familia pues ningún padre no da a su hijo lo que no quiere para él pues si para los padres goza de gran importancia la otra vida – la religión- eso también tiene importancia para sus hijos y la comunidad de creyentes donde hacen visible su socialidad.

De todo lo expuesto hasta el momento, se percibe como la enfermedad constituye un fenómeno cultural complejo, y para determinar lo que se considera como estar enfermo tiene gran importancia el hecho cultural y la sociedad. Como señala el antropólogo W.H.R. Rivers en su ya artículo clásico *Cultura y Medicina entre los cheyenes, los dobus y los tonga*, la medicina no constituye más que un modelo cultural pues “si la medicina no fuera más que una reacción casi biológica de la sociedad hacia el hecho de la enfermedad en general, sin la interferencia de amplias tendencias culturales, difícilmente podríamos entender tanto el impresionante olvido de lo evidente y la penosa y costosa adhesión a lo que es ineficaz o nocivo en ciertas sociedades, como los milagrosos logros y progresos en otras”.

III. LA INFLUENCIA DEL HECHO RELIGIOSO EN LOS CENTROS DE SALUD PÚBLICOS: LA CCTJ

En el título del artículo alertábamos sobre la previsible relación entre los movimientos religiosos

⁴ Por ejemplo, la CCTJ, tomando la Biblia afirma que: “...el mundo va pasando, y también su deseo, pero el que hace la voluntad de Dios permanece para siempre” (1Jn 2, 17).

y el sistema sanitario público. Unas veces estas relaciones serán perfectas pero estas relaciones, en ocasiones, pueden ser difíciles y fuente de problemas. Ciertamente la libertad religiosa puede ocasionar en ocasiones problemas y uno de ellos se presenta respecto la CCTJ y su no admisión de transfusiones de sangre (en concreto, sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas y plasma sanguíneo) debido a sus firmes convicciones religiosas. En relación con su no admisión de transfusiones de sangre hemos de señalar que esta prohibición por igual sucede respecto la autotransfusión preoperatorio – PAD- (recogida de sangre preoperatoria y el *almacenamiento de la sangre* para su posterior reinfusión) que se acepta siempre que la bomba de la máquina cardiopulmonar se cebe con fluidos hemáticos.

El problema ha tenido connotaciones graves hasta fecha reciente cuando ya se permite de una forma más precisa la objeción de conciencia y la validez jurídica de una expresión de libre voluntad frente la obligatoriedad de un tratamiento médico que era impuesto de forma imperativa por parte de los equipos médicos (recordemos que hasta no hace

muchos años no siempre frente a un diagnóstico médico era posible solicitar un segundo diagnóstico por otro especialista).

Debemos comenzar señalando que la no admisión de las transfusiones de sangre constituye un problema puntual pues no se debe olvidar que si bien los testigos de Jehová no admiten las transfusiones de sangre ésto no significa que estén en contra de la medicina y los planteamientos *etnomédicos* pues, por ejemplo, acuden a los hospitales y a las consultas médicas de los centros sanitarios para preservar su salud cuando perciben que se encuentran enfermos. E incluso, no obstante, a diferencia en ciertas ocasiones por parte de algunos musulmanes, los testigos de Jehová permiten que se realicen trasplantes de órganos ya que la Biblia no prohíbe la introducción en el cuerpo de tejido o hueso de otro humano.

Un cuadro explicativo de lo permitido y no permitido es el siguiente:

PRAXIS MÉDICA Y COMPONENTES DE LA SANGRE PROHIBIDOS	PRAXIS MÉDICA Y COMPONENTES DE LA SANGRE PERMITIDOS
Sangre completa Plasma Glóbulos blancos (leucocitos) Glóbulos rojos Plaquetas Almacenar la sangre propia del paciente para facilitar futuras transfusiones	Para estimular la producción de glóbulos rojos se puede hacer uso de la eritropoyetina; respecto la producción de plaquetas el uso de la interleuquina 11, y respecto los glóbulos blancos el uso de GM-CSF y G-CSF. Para mantener el volumen sanguíneo y evitar choque hipovolémico se pueden utilizar soluciones salinas, lactato de Ringer, u otros fluidos espansores del plasma. Para detener hemorragias y cubrir tejidos sangrantes se pueden utilizar apósitos de colágeno y celulosa y selladores de fibrina. Frente a quemaduras y hemorragias grandes se puede utilizar albúmina. Para inmunoglobulinas (globulinas gama) se pueden utilizar inyecciones cólera. Los hemofílicos pueden hacer uso de factores VIII y IX. Es lícita la desviación de la sangre del paciente a través de una máquina de diálisis u otro tipo de desviación donde la "circulación extracorpórea no se

interrumpa" (en este sentido encontramos la bomba cardio-pulmonar, y la máquina de hemodiálisis que es utilizada como riñón artificial).

La creencia religiosa respecto la negatividad de las transfusiones de sangre se encuentra establecida en la Biblia que para un creyente de la CCTJ constituye algo más que una constitución para un ciudadano⁵. Parafraseando a Otto Mayer, y tomando en correlación con la Biblia su visión del Derecho administrativo relativa a que el Derecho constitucional muta mientras que el Derecho administrativo permanece. Esto es parangonable respecto aquellas personas que han dado, o están predispuestas, a dar su vida por sus ideales de la patria y del Estado que son considerados por la sociedad como héroes. Frente a estos ideales el mundo occidental día a día por motivos de la globalización, la pérdida del ideal de comunidad, y el consumismo desenfrenado fomentado

por la ideología capitalista, se nos muestra como si fuera guiado por una tenue y melancólica luz. Recordando a Popper nuestra sociedad abierta ya no es tal pues no desconocemos nuestro destino al no dejarnos guiar en nuestro ser por los ideales democráticos de respeto y aceptación sino mediante la imposición de unas ideologías a otras mediante el uso de la fuerza.

La Biblia, considerada para los miembros de la CCTJ como Palabra emanada de Dios, mandato divino y plasmación de su ideal de vida, prohíbe el uso de la sangre, la interpretación dada por los Testigos de Jehová radica en prohibir las transfusiones dado que Dios no las permite. Del tal forma, como la Biblia "no se puede cambiar" –es una obra humana con inspiración divina–, el impedimento permanece con toda su fuerza y no se debe permitir la transfusión para no minusvalorar y violentar el mandato divino, y sobre todo para no perder de vista la vida eterna. Para evitar ser objeto de una transfusión y el sentimiento de pecado *interno*, como diría Freud, que sufriría un testigo de Jehová por ello, se deben utilizar todos los medios legales que sean posibles.

Un primer medio utilizado radica en acompañarse siempre de una tarjeta de alerta médica en la que en la que se exprese la voluntad de no recibir transfusiones de sangre y la exención de responsabilidad al médico ante las consecuencias que pueden suceder por no recibir un tratamiento médico en el que se considere por parte del equipo médico la necesidad de una transfusión sanguínea. Ciertamente un equipo médico ante una situación de urgencia puede estimar como necesario que se efectúe una transfusión pero no todo es tan sencillo pues si el paciente fallece el equipo médico puede alegar el desconocimiento de la voluntad para evitar la responsabilidad penal, aunque pudiera haber una demanda civil respecto del tratamiento médico sobre todo cuando "la trasfusione di sangue, di emocomponenti e di emoderivati costituisce una pratica terapeutica non esente da risqui" (la transfusión de sangre, de emocomponentes

⁵ Los textos bíblicos en los que la CCTJ fundamenta la prohibición de la transfusión de sangre son los siguientes: 1) "Dios procedió a bendecir a Noé y a sus hijos y a decirles: "Sean fructíferos y háganse muchos y llenen la tierra. Y un temor a ustedes y un terror a ustedes continuarán sobre toda criatura viviente de la tierra y sobre toda criatura volátil de los cielos, sobre todo lo que se va moviendo sobre el suelo, y sobre todos los peces del mar. En mano de ustedes ahora se han dado. Todo animal moviente que está vivo puede servirle a ustedes de alimento. Como en el caso de la vegetación verde, de veras se lo doy todo a ustedes. Solo carne con su alma, su sangre, no deben comer. Y, además de eso, la sangre de sus almas, la de ustedes, la reclamaré. De la mano de toda criatura viviente la reclamaré, y de la mano del hombre, de la mano de cada uno que es su hermano, reclamaré el alma del hombre. Cualquiera que derrame la sangre del hombre, por el hombre será derramada su propia sangre, porque a la imagen de Dios hizo él al hombre. Y en cuanto a ustedes sean fructíferos y háganse muchos, hagan que la tierra enjambre de ustedes y háganse muchos en ella. (Génesis 9:1,7); 2) "Y Jehová pasó a hablar a Moisés, y dijo: Habla a Aarón y sus hijos y todos los hijos de Israel, y tienes que decirles: Esta es la cosa que Jehová ha mandado, al decir: (...) En cuanto a cualquier hombre de la casa de Israel o algún residente forastero que esté residiendo como forastero en medio de ustedes que coma cualquier clase de sangre, ciertamente fijaré mi rostro contra el alma que esté comiendo la sangre, y verdaderamente la cortaré de entre su pueblo. Porque el alma de la carne está en la sangre, y yo mismo la he puesto sobre el altar para ustedes para hacer expiación en virtud del alma en ella. Por eso he dicho a los hijos de Israel: Ninguna alma de ustedes debe comer sangre, y ningún residente forastero que esté residiendo como forastero en medio de ustedes debe comer sangre" (Levítico 17:1, 2, 10-12); 3) "Pero de ninguna manera deben comer la sangre, porque la sangre es la vida; así que no deben comer la vida junto con la carne. Lo que deben hacer es derramarla en la tierra como agua. No la coman, y les irá bien a ustedes y a sus hijos por hacer lo recto a los ojos del Señor" (Deuteronomio 12:23, 24); 4) "Al espíritu y a nosotros mismos nos ha parecido bien no añadirles ninguna otra carga, salvo estas cosas necesarias: que sigan absteniéndose de cosas sacrificadas a ídolos, y de sangre, y de cosas estranguladas, y de fornicación." (Hechos 15:28, 29); 5) "Que se guarden de lo sacrificado a los ídolos así como también de la sangre y de lo estrangulado y de la fornicación" (Hechos 21:25).

tes y de hemoderivados constituye una práctica terapéutica no exenta de riesgos) como determina el D.M. de 15 de enero de 1991 de la República Italiana. El hecho de transfusión sí - transfusión no, es algo importante pues si un testigo de Jehová acepta una transfusión de manera voluntaria, conociendo que es un hecho ilícito, actúa en contra de uno de los principios morales de su fe que voluntariamente había decidido cumplir, por lo que se *autoexcluye* de la confesión, y ya no se le consideraría mas miembro de esta confesión. Ésto es así pues para esta persona su grupo de referencia ya no constituye su comunidad pues no posee las mismas normas de vida y actuación. En cierta forma los Testigos de Jehová ponen de relieve el pensamiento aristotélico del hombre como animal político pues el hombre es hombre por que vive en comunidad con los restantes hombres sin anteceder su individualidad a la comunidad. De esta forma debe entenderse la negación del suicidio por parte de Aristóteles al constituir el suicidio un acto de injusticia frente la comunidad pues el suicida antecede su individualidad a la comunidad. Del mismo modo, una transfusión para un Testigo de Jehová se convierte en una negación de la vida plena comunitaria con los restantes creyentes Testigos de Jehová.

Otro medio plenamente legal consiste en poner en el margen de los impresos de admisión a un centro sanitario que no se admiten transfusiones de sangre, con lo cual los responsables y facultativos médicos de ese centro sanitario tienen la obligación de respetar esta opinión. No debemos olvidar que 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, determina que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente^{6[6]}, después de recibir la informa-

ción adecuada, entre las opciones clínicas disponibles, así como negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley (art. 2. 4).

Más adelante en el artículo 9.2 de esta ley se determina que: "los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones 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 la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas; b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él".

Esta actitud médica se establece en el Código Internacional de Ética Médica, en cuyo artículo 31 se determina que: "El médico en ningún caso dejará de prestar su atención al paciente que la necesitara por intento de suicidio, huelga de hambre o rechazo de tratamiento. Respetará la libertad de los pacientes y tratará de persuadirlos a que depongan su conducta, aplicando, en las situaciones límite, previo requerimiento de la autorización judicial, la imprescindible asistencia médica"

xuales a partir de los doce años, considerándose estas relaciones antes de esta edad como una violación pues se estima por parte del legislador que la niña no ha emitido un consentimiento válido (artículo 181 del vigente Código Civil). Este hecho ha conllevado que la propuesta de entrega de píldoras antiabortivas del día después por parte del alcalde de Madrid el año pasado fuera abandonada pues algún padre podría demandar al Ayuntamiento de Madrid al considerar que la labor del farmacéutico no sería dar una píldora sino informar al juzgado de guardia ante la presencia de un delito de violación si se encontrara ante una menor de doce años. ¿Cómo van a entregar estas píldoras cuando no pueden tener relaciones antes de esa edad? Aún cuando no corresponda desarrollar este tema habría que preguntarnos si esta política de entregar pastilla late la idea de "todo está bajo control", y no la de "prevenir" que es lo más correcto.

⁶ En el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (Nueva York, 1989), se determina que "los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño", algo que tiene en cuenta la legislación positiva española pues, por ejemplo, una niña puede consentir tener relaciones se-

Respecto el establecimiento de la voluntad y el valor minusvalorado ocasiones que se ha dado a las tarjetas de alerta sanitaria, incluso desconociendo su existencia por numerosos facultativos, en el Real Decreto por el que se crea el Registro Nacional de Instrucciones Previas o ultimas voluntades se establece un registro a nivel nacional sobre estas voluntades donde se puede expresar que no se desean transfusiones de sangre. Con este nuevo registro ningún equipo médico podrá alegar falta de conocimiento de la voluntad firme de no desear recibir una transfusión sanguínea y ante cualquier transfusión sus seguros de responsabilidad civil tendrá conocimiento de una demanda y previsiblemente una que-rella, pudiendo incluso ir a la cárcel cuando al paciente haya sido objeto de una transfusión y no se haya encontrado en ese momento en una situación de urgencia vital. En el registro de últimas voluntades – *testamento vital* en otras realidades nacionales- de forma genérica una persona puede expresar su opinión firme que si no puede tomar parte activa en las decisiones relativas a su futuro, y si no existen expectativas de curación de la invalidez física o mental, solicita que no se utilicen medios *extraordinarios* (Asociación de los Hospitales Católicos de EE.UU, ya en 1974), o medios *artificiales o heroicos* (Testamento de la Vida de la Sociedad Americana de la Eutanasia) para prolongar su vida. El problema se presenta cuando estas certificaciones de voluntad -testamentos vitales -, en países como Italia, Alemania y Austria, no vinculan a los equipos médicos si el paciente ha perdido la consciencia (Al igual que el Tribunal Constitucional determinó en su sentencia de la huelga de hambre de los miembros de los Grapo, la Corte de Appello de Milano, en su sentencia de 26 de noviembre de 1999, ha determinado que la alimentación e hidratación artificial *non sono cure in senso stretto* –curas médicas en sentido estricto-) pues se sobreentiende que es totalmente posible que la declaración de voluntad haya podido ser revocada con posterioridad a la firma del *testamento vital*, o que desde la fecha de la firma haya habido avances en las técnicas médicas quirúrgicas o de diagnóstico que el paciente no tuvo en cuenta a la hora de firmar el testamento vital, o que el paciente haya modificado su negativa frente algunos tratamientos. Frente a

esta posibilidad debemos preguntarnos ¿Dónde queda la autonomía del paciente? ¿Dónde queda la dignidad personal frente a técnicas e intervenciones invasivas, y en ocasiones penosas, que son consideradas por el sujeto como una violación a su ser? ¿Si la familia es partícipe de la opinión del paciente por que se antecede ante esta opinión la declaración médica hipocrática del equipo médico que pretende mantener la vida sea como sea? ¿Por qué un equipo médico se antepone ante la familia y el paciente? ¿Qué sucede si tras la intervención médica muere el paciente, o su situación empeora sin posibilidad de regeneración? ¿Quién paga unos honorarios por una intervención no solicitada? Estas preguntas quedan abiertas al lector y en el fondo traslucen esas luchas por un Estado hobbesiano o lockiano que se perciben en los estudios realizados en autores como el reciente desaparecido Robert Nozick.

Otro medio que puede ser utilizado frente a la obligatoriedad de una transfusión radica en proponer al equipo médico la existencia de tratamientos alternativos que se consideran más adecuados, así como presentar alegaciones frente la solicitud de la orden judicial de inhabilitación de la autoridad paterna en el supuesto que se decida hacer una transfusión a un menor⁷. El equipo médico tiene que probar, y por ello no valen meras elucubraciones, de que el paciente "necesita" sangre al existir un "riesgo sustancial e inminente"⁸ de que se ocasione daño o perjuicio a su salud física si no se le realiza la transfusión sanguínea". No obstante, y en ocasiones se olvida por la obcecación de algunos equipos médicos, si el tratamiento médico alternativo a la sangre es "adecuado" para evitar "daño o perjuicio al paciente", entonces el uso a la transfusión de sangre no sería "necesaria". Hay que tener en cuenta que no existe una norma jurídica que determine de forma puntual en qué supuestos, y ante que patologías, es necesario proceder

⁷ Vid, en relación con la toma en consideración del menor el apartado segundo del artículo sexto de la Convención Europea para la protección de los Derechos del Hombre y la Dignidad del Ser Humano en relación con la aplicación de la Biología y la Medicina (Oviedo, 4 de abril de 1997).

⁸ Vid, en este sentido el artículo octavo de la Convención Europea para la protección de los Derechos del Hombre y la Dignidad del Ser Humano en relación con la aplicación de la Biología y la Medicina (Oviedo, 4 de abril de 1997).

a una transfusión y qué contenidos de sangre debe inyectarse. Con lo cual existe un gran halo de incertidumbre y en cada supuesto de ingerencia del equipo médico que obligue a una transfusión de sangre, ésta debe estar justificada en aras *ad vitam* del paciente⁹.

En España, en la actualidad, no se puede transfundir sangre a un paciente que siendo capaz rechaza consciente y seriamente la realización de una transfusión en su persona (es decir, donde no se haya presente la urgencia y necesidad de una transfusión de sangre, prima la voluntad del paciente que debe ser informado de los riesgos que puede sufrir si no es transfundido). Para clarificar esta situación actual ha

⁹ En el derecho comparado podemos recordar el supuesto austriaco (vid, MINTENGUIA ARREGUI, I., "Problemas en el ejercicio de la libertad religiosa de los Testigos de Jehová en Austria", en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, nº. 4, 2004) y, sobre todo, la sentencia de la Pretura de Roma de 3 de abril de 1997, en la que se determinaba que "si intende dire che sussistono delle situazioni - che sono in particolare quelle in cui si delinea in modo netto l'opzione vita-morte, ossia quelle in cui l'intervento medico si presenti come certamente utile e vantaggioso per la salvezza della vita del paziente - in cui il rifiuto delle cure indispensabili quo ad vitam da parte del malato, comportando in effetti un vero e proprio atto dispositivo della vita medesima, non possa essere vincolante per il medico, e ciò perché l'ordinamento non riconosce al soggetto il diritto di disporre della propria vita. Vale in tal senso ricordare che il sistema protegge in modo assoluto ed in sé il bene della vita, anche oltre la volontà del soggetto che ne è titolare, se è vero che viene punito l'omicidio del consenziente (art. 579 c.p.), come pure la condotta di chi agevoli in qualsiasi modo l'esecuzione di un suicidio (art. 580 c.p.), e sono persino vietati gli atti di disposizione del proprio corpo che comportino una diminuzione permanente della integrità fisica (art. 5 c.c.). Né tali conclusioni appaiono contraddette, come autorevolmente pur si ritiene, dalle norme della Costituzione, le quali in verità non hanno mai inteso porre in discussione il principio dell'indisponibilità della vita. Del resto, tale principio rappresentava una regola indiscussa all'epoca dell'entrata in vigore della Costituzione, e l'eventuale volontà di discostarsene avrebbe richiesto una presa di posizione esplicita, di cui invece manca qualsiasi indizio. Va anzi affermato, da un lato, che il diritto alla vita con la sua connotazione di intangibilità assoluta si colloca primariamente tra i diritti inviolabili dell'uomo riconosciuti e garantiti dall'art. 2 Cost. (esso è diritto tra tutti gli altri di rango superiore, proprio perché presupposto logico della titolarità e dell'esercizio di ogni altro diritto), dall'altro che l'art. 32 comma 2 Cost. («Nessuno può essere obbligato ad un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti del rispetto della persona umana») non fornisce in realtà, contrariamente a quanto pure si sostiene, indicazioni che interferiscano in qualche modo con esso e con il principio della sua indisponibilità (...) La proposizione finale da porre (fatta sempre salva ogni riserva per la delicatezza della materia e la carenza di parametri normativi, puntuali ed espliciti, di disciplina) è allora nel senso che, quando viene in gioco il bene della vita, il rifiuto delle cure necessarie da parte del paziente non possa e non debba vincolare le scelte del medico, e ciò per un duplice ordine di ragioni: a) perché il paziente eserciterebbe in tal caso una opzione tra la vita e la morte di cui l'ordinamento non gli conferisce la titolarità, ed inoltre, b) perché il medico è da parte sua portatore di una posizione di garanzia rispetto al bene della salute del paziente affidato alle sue cure".

gozado de gran importancia la sentencia del Tribunal Constitucional número 154/2002, de 18 de julio de 2002, en la cual el Tribunal Constitucional ha establecido ciertos límites a la obligatoriedad de las transfusiones de sangre frente la libertad religiosa absolviendo a los padres testigos de Jehová por la muerte de su hijo también testigo de Jehová.

De los fundamentos jurídicos de esta sentencia extraemos los siguientes considerandos por la importancia que poseen a la hora de desentrañar lo que se considera como libertad religiosa y el límite de ingerencia de la Administración en las creencias religiosas.

Como ya dijimos, en la STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4, "el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente".

En este sentido, y sirviendo de desarrollo al mencionado precepto constitucional, prescribe el art. 3.1 LOLR que "el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática".

Es esta limitación la que, además, resulta de los textos correspondientes a tratados y acuerdos internacionales que, según lo dispuesto en el art. 10.2 CE, este Tribunal debe considerar cuando se trata de precisar el sentido y alcance de los derechos fundamentales. Así, el art. 92 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH), de 4 de noviembre de 1950, prescribe que "la libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los

demás". Por su parte, el art. 18.3 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos (PIDCP), de 19 de diciembre de 1966, dispone que "la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás" - FJ 7-.

"Partiendo de las consideraciones expuestas cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron.

En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo va más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias.

Así pues, debemos concluir que la actuación de los ahora recurrentes se halla amparada por el derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE). Por ello ha de entenderse vulnerado tal derecho por las Sentencias recurridas en amparo.

Por ello procede otorgar el amparo solicitado por vulneración del derecho fundamental a la libertad religiosa (art. 16.1 CE), con la consiguiente anulación de las resoluciones judiciales impugnadas". - FJ 5-

Un testigo de Jehová que es sometido a una transfusión sanguínea en contra de su voluntad, este hecho constituye una *la violación más íntima de su ser* pues su esquema vital, psicológico, afectivo y relacional ya no sería tal pues se ha roto y siempre permanecerá en él un sentimiento de culpa. Por ello no nos debemos inmutar ante la *heroicidad* de los Testigos de Jehová a la hora de poner su vida en favor del ideal que consideran más importante que radica en cumplir la voluntad de Jehová y en ser personas que conscientes de sus límites caminan hacia aquello que les da el sentido de su vida terrena como pasaje necesario para el futuro prometido por su fe. En casi todas las ciudades hay monumentos a muchos héroes en cuya base se añade que han dado su vida por la patria. Los testigos de Jehová ante la transfusión sanguínea actúan por igual pues la traducción de la simbología patria es, en su esquema vital, cumplir con la voluntad divina.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos puesto de relieve a lo largo de estas páginas la CCTJ frente a los problemas que les ha ocasionado el mantenimiento de sus creencias se ha mantenido siempre firme en su creencia de la prohibición de las transfusiones de sangre por no permitirles la Biblia (recordemos la importancia de 1Cor 7, 31 al respecto de *creatura sine creatore evanescit*). Al mismo tiempo, a lo largo del tiempo las transfusiones de sangre se han mostrado que no son inocuas y que en ocasiones van asociadas a efectos secundarios pues la sangre transfundida, en ocasiones, ha ocasionado problemas graves de salud como ha sucedido en hospitales públicos con infecciones del sida y numerosos contagios de hepatitis al transfundirse bolsas de sangre contaminada (el mismo Papa Juan Pablo II sufrió una infección de citomegalovirus por la sangre que recibió al ser transfundido tras el atentado que sufrió en la plaza de san Pedro). Sumada a esta situación, en estos últimos años hemos sido espectadores de la aparición de tratamientos médicos alternativos que favorecen las operaciones sin sangre y, sobre todo, a la aparición de declaraciones de voluntad -testamentos legales- que impiden que un equipo médico determine un tratamiento

médico sin tener en cuenta al paciente (vid, en el derecho comparado la sentencia americana de 1957 *Salgo versus Leland Stanford Jr, University, Board of Trustees*).

Junto con el elemento material de las transfusiones de sangre en nuestro texto hemos mostrado la problemática existente entre principios y valores. Mientras que es posible establecer una jerarquía de los valores cuando nos encontremos al mismo tiempo con varios valores y exista una colisión entre ellos (por ejemplo, la libertad de pensamiento, la libertad personal, la inviolabilidad de la persona y la libertad religiosa), por otro lado, los principios constituyen la guía de la jerarquía que se otorgue a los valores (entre estos principios se encuentra la dignidad del ser humano). Dado este esquema conceptual siempre el principio de la dignidad de la vida y su preservación se alzarán frente los restantes valores con lo cual se permitirá la transfusión sanguínea contra la opinión del sujeto que no desee esta transfusión. Esta situación poco a poco ha ido cambiando pues los ordenamientos jurídicos han ido estableciendo cauces precisos para que la libertad del individuo no se minusvalore salvo cuando no se considere como necesaria y justa una intervención invasiva. No obstante, dada la situación actual, por un lado, de un Estado de mínimos inserto en movimientos globales que lo determinan y, por otro lado, por la puesta en valor de la existencia de principios diversos no homogeneizables como nos muestra la declaración de Bangkok sobre derechos humanos de marzo 1993, los preceptos normativos del Islam y determinaciones de autores como Harris (todo es objeto de la libertad contractual incluso la venta de la propia sangre), Veronessi (la eutanasia es un suicidio legal), Zagrebelski (el derecho constitucional determina las condiciones de una vida en común pero no la obligación de realizar un proyecto de vida común) y Huntigton (choque cultural entre el occidente y el Islam), auguramos un cierto cambio en el tiempo que haga posible que el individuo y su libertad de actuación frente a las determinaciones estatales se perciba como el principio vertebrador de la sociedad y no se obligue al individuo a un tratamiento médico que atenta contra lo que señalaba Franklin, en relación con la democracia americana como lo más importante del

hombre, que la esencia de la democracia es el reconocimiento de la libertad de los ciudadanos. Recordemos que la Organización Mundial de la Salud ha definido como salud, ya en el año de 1946, un estado completo de bienestar físico, mental y social, no consistiendo la salud, por lo tanto, únicamente en la ausencia de afecciones o enfermedades, añadiendo que la posesión de la salud, en su grado máximo, constituye uno de los derechos fundamentales de cada ser humano. Así pues hay que tener en cuenta como dentro del concepto de salud goza de importancia la concepción propia de salud que tiene cada persona, y como puede influir en su minusvaloración el ser obligado a una transfusión sanguínea.

Para terminar y no alargar demasiado nuestro discurso quisiéramos concluir con la validez de las palabras hace años escuchadas en las memorables aulas de la universidad de Coimbra relativas a que los derechos que cuentan las minorías en nuestros regímenes políticos muestran el nivel de democracia existente en la práctica y no en la letra muerta de unos papeles que envejecen y se apolillan. De esta forma se percibe que *opus iustitiae est pax socialis*.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALVAREZ PRIETO, L., Breves acotaciones a la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de julio de 2002, relativa a la negativa a las hemotransfusiones por parte de los Testigos de Jehová, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº. 1, 2003.

MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, J.M., El consentimiento informado en la jurisprudencia de la Sala Penal del Tribunal Supremo (II), en *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm. 123, 2006.

MATTEUCCI, N., *Il liberalismo in un mondo in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 1998.

MINTENGUIA ARREGUI, I., "Problemas en el ejercicio de la libertad religiosa de los Testigos de Jehová en Austria", en *Laicidad y libertades: escritos jurídicos*, nº. 4, 2004. RICCA, M., *Diritto e religione. Per una sistemica giuridica*, Cedam, Padova, 2002. Usted puede vivir para siempre en el paraíso

en la tierra, Wachtower Bible and Tract Society incorporated of New York, Brooklyn, 1982.

YEBRA PORTILLO, R., Aproximación al comportamiento sociocultural de los Testigos de Jehová, en Religión y cultura, vol. 1, 1999.

ZAGREBELSKI, G., Il diritto mite, Einaudi, Torino, 1993.

DONACIÓN Y USO PRIVATIVO DE LA SANGRE DEL CORDÓN UMBILICAL: ASPECTOS JURÍDICOS.*

David Larios Risco

Coordinador de Bioética y Derecho Sanitario del SESCAM

I.-Planteamiento. II.-Aplicaciones terapéuticas de la sangre de cordón umbilical: **a) Trasplante alogénico de sangre de cordón umbilical; b) Trasplantes autólogos de sangre de cordón umbilical.** III.- Evolución normativa en materia de donación y uso terapéutico de células y tejidos humanos. IV.- El derecho de la persona sobre las células y tejidos de su cuerpo. V.- Régimen jurídico de la obtención de la sangre del cordón umbilical: **a) Extracción de la SCU para donación a bancos públicos; b) Extracción de la SCU con destino a bancos privados para uso autólogo eventual; c) Extracción de la SCU en centros sanitarios públicos con destino a bancos privados.** VI.- Bancos públicos y bancos privados de sangre de cordón umbilical: **a) Consideraciones previas; b) Régimen jurídico de los bancos públicos y privados de SCU.** VII.- Depósito de la sangre de cordón umbilical en bancos privados extranjeros. VIII.- Promoción y publicidad de la donación u obtención de sangre de cordón umbilical. IX.-Conclusión: una breve reflexión ética.

I. Planteamiento

Desde que en 1988 un equipo del Hospital Saint Louis dirigido por la Dra. Elian Gluckman realizara con éxito el primer trasplante de sangre de cordón umbilical a un niño de 5 años aquejado de anemia de Fanconi, hasta el momento presente, el desarrollo biotecnológico en este campo de la medicina ha planteado al Derecho no pocos desafíos en torno a las actividades de extracción, conservación y aplicación de esta preciada fuente de células madre.

Hasta hace poco tiempo, el cordón umbilical, y la sangre que éste contiene, eran considerados productos de desecho¹ y como tal terminaban en el cubo

de basura de las unidades de obstetricia. Sin embargo, las aplicaciones actuales de las células madre procedentes de la sangre de cordón umbilical (SCU) y, sobre todo, las enormes expectativas surgidas en torno su eventual capacidad terapéutica y regeneradora, han convertido a este material biológico en un recurso sanitario de primer orden, al tiempo que en un potencial objeto de negocios altamente lucrativos.

Además del interés científico o patrimonial, circunstancias recientes y sobradamente conocidas con un alto impacto mediático en nuestro país, han contribuido a reavivar el interés social en torno a la preservación en bancos privados de la SCU².

* Trabajo ganador del III Premio Derecho y Salud.

¹ No sería hasta el año 1996 cuando la Disposición Final Única del Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, estableciera que "el cordón umbilical

y los progenitores hematopoyéticos obtenidos a su través, no se consideran, a estos efectos, productos de desecho".

² Los Príncipes congelaron células madre de la Infanta Leonor para afrontar posibles enfermedades: Un banco de sangre de Tucson (Arizona, EEUU) guarda congeladas células madre procedentes del cordón umbilical.

Y así, numerosas cuestiones que hasta hace bien poco casi nadie se planteaba, comenzaron a suscitar posturas antagónicas, alimentadas por posicionamientos dogmáticos, que reclamaban una regulación adecuada; una regulación que, además de otorgar seguridad jurídica a la actividad de los profesionales y servicios sanitarios en este campo, equilibrase los intereses sociales y económicos en conflicto.

La revalorización de esta moderna fuente de células madre ha hecho que la sociedad exija al ordenamiento jurídico una respuesta a cuestiones tales como si puede hablarse de un derecho de propiedad sobre el cordón umbilical y quién lo ostenta, si la normativa debe permitir, junto a la posibilidad de donación altruista a un banco público, el depósito de SCU en bancos privados para uso exclusivo de sus titulares dentro o fuera de nuestras fronteras, o si las prestaciones de extracción, conservación y aplicación terapéutica de células madre de cordón umbilical deben formar parte de la cartera de servicios de los sistemas sanitarios públicos.

En el presente trabajo analizaremos estas y otras cuestiones a la luz de la reciente legislación española -contenida, fundamentalmente, en el Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre- con el fin de contribuir a clarificar, en términos estrictamente jurídicos, el complejo panorama de derechos e intereses surgidos en los últimos años en torno a esta codiciada fuente de células progenitoras de la sangre.

Antes de adentrarnos en los entresijos de la regulación española, sin embargo, es conveniente que realicemos una aproximación a la realidad con la que tiene que enfrentarse la norma, es decir, al uso terapéutico actual de la sangre de cordón umbilical y también a las expectativas generadas en torno a sus potenciales aplicaciones.

II. Aplicaciones terapéuticas de la sangre de cordón umbilical.

El estado actual de la ciencia nos dice que la SCU es una valiosa fuente de células madre sanguíneas (o progenitores hematopoyéticos) con determinadas aplicaciones terapéuticas consolidadas y un importante, aunque impredecible, potencial futuro³.

Las células madre de la SCU permiten la renovación de las células sanguíneas responsables de constituir el sistema inmunológico y los diferentes componentes de la sangre. El trasplante de estas células mediante la infusión por vía intravenosa de la sangre del cordón, con el objeto de sustituir a las células enfermas del paciente, está arrojando prometedores resultados en el tratamiento de enfermedades congénitas o adquiridas de la médula ósea tales como leucemias agudas o crónicas, inmunodeficiencias o enfermedades metabólicas.

Tradicionalmente, el abordaje de estas patologías se ha venido realizando, por lo común, mediante el trasplante de progenitores hematopoyéticos procedentes de la médula ósea. La terapéutica se inicia con la administración de un tratamiento citotóxico con dosis altas de quimio y/o radioterapia con el que se intenta la erradicación del tumor y que tiene como efecto secundario la destrucción de la médula ósea normal. La recuperación de la actividad hematopoyética se consigue mediante el trasplante de células madre sanguíneas.

Hasta que se empezaron a emplear las células de la SCU, los progenitores hematopoyéticos se obtenían de la médula sana de un donante compatible (trasplante alogénico) y, más raramente, del propio paciente (trasplante autólogo). Pero los trasplantes de médula procedentes de un donante compatible están siendo sustituidos por la posibilidad de obtención de células hematopoyéticas de la sangre periférica extraída del paciente, o de un tercero, tras el empleo de factores de crecimiento que favorecen su proliferación y estimulan su paso, de la médula, al sistema

cal de la Infanta Leonor, hija de los Príncipes de Asturias, confirmó el portavoz de la Casa del Real (*Diario El Mundo*, 26/02/2006).

³ Manuel N. Fernández. Bancos de cordón umbilical: una absurda polémica desde posiciones maximalistas. *El Mundo Salud*, 19 de enero 2007.

sanguíneo del donante para su posterior extracción⁴. Más recientemente se han comenzado a empelar progenitores hematopoyéticos de la sangre del cordón umbilical.

a) Trasplante alogénico de sangre de cordón umbilical.

Según datos de la Organización Nacional de Trasplantes⁵ cada año se realizan en España unos 2.000 trasplantes de progenitores hematopoyéticos. En el caso más habitual, el de los trasplantes de médula alogénicos, la búsqueda del donante se inicia entre los familiares más directos, pero la perfecta compatibilidad HLA requerida en este tipo de trasplante sólo está asegurada en alrededor del 30% de los casos⁶. A partir de ahí, hay que iniciar la compleja búsqueda de un donante de médula ósea no emparentado, con una tasa de éxito que se sitúa entre el 40-50 % de los casos, llegándose a efectuar finalmente el trasplante en menos de la mitad.

Para ello, el Registro Español de Donantes de Médula Ósea (REDMO)⁷, tras agotar la búsqueda entre los donantes españoles inscritos, se pone en contacto con todos los Registros de Donantes Voluntarios de Médula Ósea existentes en el mundo a través del BMDW (Bone Marrow Donors Worldwide), un banco de datos internacional con más de diez millones de registros que agrupa 54 registros de donantes de progenitores hematopoyéticos procedentes de 39 países. Una vez localizado el donante compatible, se ha de acudir al país donde se encuentre para extraerle las células madre de su médula sana y trasladar este material biológico a España para su infusión en el paciente.

Como es lógico, el éxito final de este tipo de trasplantes está condicionado por múltiples factores no estrictamente médicos relacionados con la dificultad y excesiva demora del procedimiento para la localización internacional de un donante compatible.

Desde que se evidenció la utilidad de la SCU para el tratamiento de estos pacientes, la búsqueda de progenitores hematopoyéticos para el trasplante se realiza, en la mayoría de los casos, tanto entre donantes de médula, como de unidades de SCU depositadas en los 38 bancos de cordón de los 21 países adscritos al BMDW, que albergan unas 202.000 unidades de SCU. Esta práctica, lógicamente, ha incrementado la posibilidad de encontrar un donante compatible para la realización de un trasplante no emparentado.

A parte de otras virtudes más o menos discutidas de las terapias con SCU, los expertos coinciden en que el empleo de las células madre del cordón umbilical presenta notables ventajas frente a los tradicionales trasplantes de progenitores hematopoyéticos de la médula ósea, por lo que sus indicaciones son cada vez mayores⁸. Sin embargo, es importante destacar que, en la actualidad, la única indicación de la SCU con eficacia clínica demostrada es el **trasplante**⁹, y que los intentos por utilizar las células madre de cordón en medicina regenerativa están aún en fase de investigación básica.

Entre las ventajas del trasplante de SCU frente al de médula ósea destaca la necesidad, en estos últimos, de una compatibilidad total HLA entre donante y receptor. Frente a ello, el trasplante de progenitores hematopoyéticos de la SCU provoca una menor incidencia de la denominada “enfermedad injerto contra huésped”, que es la principal causa de fracaso de los trasplantes de médula ósea y de sangre periférica.

⁴ José A. Perez Simón, Dolores Caballero y Jesús F. San Miguel.- Trasplante de progenitores hematopoyéticos. Trasplante de órganos y células. Dimensiones éticas regulatorias. Fundación BBVA. Bilbao, 2006.

⁵ Borrador del Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical (versión para la Subcomisión de Progenitores Hematopoyéticos, diciembre 2006)

⁶ Fuente: Organización Nacional de Trasplantes (www.ont.es)

⁷ El Registro Español de Donantes de Médula Ósea (REDMO) fue creado por la Fundación Carreras en 1991 y dispone de un acuerdo con la Organización Nacional de Trasplantes y el Ministerio de Sanidad y Consumo desde 1994 y contribuye a la red internacional con cerca de 40.000 donantes.

⁸ Según datos de la ONT, en nuestro país se habían realizado hasta diciembre de 2006 más de 400 trasplantes de SCU, y este número irá previsiblemente aumentado en los próximos tiempos (Borrador del Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical, pg. 10)

⁹ Los datos preliminares de registros de unidades de trasplante de progenitores hematopoyéticos sugieren que el trasplante de SCU de un donante no emparentado tiene una eficacia al menos similar al trasplante de progenitores hematopoyéticos de un donante no emparentado adulto.

La facilidad de obtención de la SCU frente a las células hematopoyéticas de la médula es otro factor a tener en cuenta. La SCU se recoge tras el nacimiento del niño, después de la sección del cordón umbilical. Para ello se realiza una simple punción del cordón cuando la placenta está todavía en el útero. La recogida de un promedio de 80 ml de SCU en cada nacimiento no comporta ningún peligro para la madre ni para el niño.

Otra de las grandes virtudes del empleo de la SCU como fuente de progenitores hematopoyéticos es que puede ser criopreservada para su almacenamiento en bancos. Esta disponibilidad permite acortar los tiempos en la búsqueda de un donante compatible, en la obtención del material y en su traslado al centro en el que se vaya a realizar el trasplante sin que ni el paciente, ni el donante, ni el equipo médico, tengan que desplazarse. De este modo, se acortan los tiempos y se mejora el pronóstico, evitando que un porcentaje nada desdeñable de pacientes mueran o empeoren en espera del trasplante.

En proyectos de investigación, el empleo de células madre pluripotentes de SCU presenta ciertas ventajas frente al uso de células madre totipotenciales procedentes de otras fuentes. En particular, frente a las células madre embrionarias, y partiendo de que nos encontramos ante líneas de investigación no excluyentes, es de destacar que la obtención de células madre de SCU está exenta de la controversia moral que, para un importante sector de opinión, supone la destrucción de embriones criopreservados para la extracción de las células madre. Por otro lado, a su gran plasticidad (capacidad para transformarse en diferentes tipos de células y tejidos) y adecuada capacidad de proliferación, se une un menor riesgo de teratogenicidad (reproducción incontrolada que provoca masas tumorales). Estas cualidades las haría susceptibles de ser empleadas en el tratamiento futuro de enfermedades de naturaleza no hematológica. Por el momento, con las células procedentes de cordón umbilical se ha conseguido la diferenciación en células del cardiovasculares y del sistema nervioso¹⁰. Sin embargo, la posible utilización de las célu-

las madre de SCU en medicina regenerativa está aún por demostrar y requerirá, previsiblemente, de varias décadas de investigación básica y clínica.

Pero al margen de los potenciales usos que pudieran tener en el futuro las células madre de cordón en medicina regenerativa, lo cierto es que el trasplante de SCU para el tratamiento de enfermedades congénitas o adquiridas de la médula ósea es una realidad terapéutica ampliamente extendida en la actualidad. Según datos de la Organización Nacional de Trasplantes, desde el año 1989 se han realizado en el mundo más de 8.000 trasplantes de células hematopoyéticas procedentes de SCU depositada en diferentes bancos de la red mundial distribuidos fundamentalmente por Europa, Estados Unidos, Japón y Australia y conectados por medio de una red internacional de bancos de SCU denominada Net Cord, a la que nuestro país contribuye a través del REDMO. Un dato que sirve como ejemplo del funcionamiento coordinado de esta red internacional de bancos de SCU es que de los 423 trasplantes de SCU realizados en España¹¹, en 261 casos (62%) los cordones procedían de bancos extranjeros y en 162 (38%) de bancos nacionales. A su vez, 270 cordones de bancos españoles han servido para trasplantar a pacientes de otros países.

Hasta la fecha, los trasplantes de SCU han sido empleados fundamentalmente en el tratamiento de varios tipos de leucemias agudas y crónicas¹², enfermedades congénitas del sistema inmunológico¹³, aplasias medulares y defectos metabólicos congénitos. Estos cinco grupos de enfermedades congregan el 80% de los trasplantes realizados con SCU¹⁴.

¹¹ Datos a fecha 31 de diciembre de 2006.

¹² Leucemia linfoblástica aguda, leucemia mielógena aguda, leucemia bifenotípica aguda, leucemia aguda no diferenciada, leucemia mielógena crónica, leucemia linfocítica crónica, leucemia mielógena crónica juvenil, leucemia mielomonocítica juvenil.

¹³ Ataxia telangiectasia, síndrome de Kostman, deficiencia de la adhesividad leucocitaria, síndrome de DiGeorge, síndrome de Omenn, inmunodeficiencia combinada severa, ausencia de células B y T, inmunodeficiencia común variable, síndrome de Wiskott-Aldrich y enfermedad linfoproliferativa ligada al cromosoma X.

¹⁴ Para qué vale realmente su cordón umbilical. Patricia Matey. *El Mundo Salud*, 20 de enero de 2007.

¹⁰ Jaime Pérez Oteyza. Las células madre de cordón umbilical son una fuente idónea para la regeneración. *Diario Médico*, 29 de mayo de 2007.

El uso de las células madre de cordón umbilical se ha consolidado, pues, como una alternativa al trasplante de progenitores hematopoyéticos procedentes de la médula ósea o de la sangre periférica, si bien los expertos aconsejan mantener un cierto grado de prudencia a la hora de valorar los resultados de estos novedosos tratamientos¹⁵, ya que las terapias con células de cordón presentan el problema del escaso número de progenitores hematopoyéticos que contiene cada unidad de SCU en relación con el peso del receptor, lo que condiciona un mayor riesgo de fracaso del injerto, especialmente en adultos¹⁶, pudiendo concluirse que **el trasplante con SCU es una alternativa válida para el tratamiento de enfermedades de la médula en pacientes fundamentalmente pediátricos en los que esté indicado un trasplante no emparentado**¹⁷.

b) Trasplantes autólogos de sangre de cordón umbilical.

La aproximación realizada hasta el momento no plantearía al mundo del Derecho mayores retos que el de un adecuado desarrollo y actualización de las normas sobre calidad y seguridad para la donación, la obtención, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos

humanos¹⁸ que incorporase al ordenamiento español las Directivas comunitarias recientemente aprobadas sobre la materia¹⁹.

Sin embargo, existe un factor, al que todavía no nos hemos referido, que impide que el panorama jurídico en torno al uso de la SCU sea tan apacible como se ha apuntado: se trata de la posibilidad de que la sangre del cordón se almacene en bancos privados con la finalidad exclusiva de ser usada en un futuro por el propio donante (en lo que se denomina “uso autólogo eventual”) o por familiares directos de éste, de forma que se excluya su posible aplicación a otros pacientes compatibles necesitados de un trasplante.

En un sistema como el español, en el que la utilización de células y tejidos humanos está inspirada por los principios éticos de solidaridad, donación altruista y acceso equitativo al material biológico, la posibilidad de almacenamiento y utilización privativa de la SCU plantea al Derecho numerosos y complejos desafíos.

Sin embargo, antes de adentrarnos en el análisis jurídico de esta cuestión, objeto central del presente trabajo, es preciso que nos refiramos, siquiera de forma aproximativa, a las razones que inspiran la actual demanda social de almacenamiento y uso privativo de la SCU.

La evidencia científica internacional nos dice que, frente a los más de 8.000 trasplantes alogénicos de SCU (con células procedentes de otras personas) llevados a cabo en el mundo, únicamente se han

¹⁵ Pérez Simón y otros (vid. nota nº 4) citan un estudio publicado en 2001 por Rocha et al. en el que se compararon los resultados de 99 niños sometidos a trasplante de células de cordón umbilical frente a 262 sometidos a trasplante de progenitores de médula ósea de donante no emparentado y 180 sometidos a trasplante de progenitores de médula ósea de donante no emparentado con depleción de linfocitos T. A. El estudio concluye que, pesar de que la disparidad de HLA era mayor en el grupo de células de cordón umbilical, estos enfermos presentaron una menor incidencia de enfermedad injerto contra huésped (EICH) que los que recibieron progenitores de médula ósea. Sin embargo, mostraban un retraso en el injerto y una mayor mortalidad relacionada con el trasplante, por lo que la supervivencia global y libre de enfermedad a los dos años era similar en los tres grupos.

¹⁶ No obstante, Laughlin et al (2001) observaron en una muestra de 68 adultos que recibieron trasplante de SCU una probabilidad estimada de injerto de neutrófilos del 90% y una supervivencia global del 28% tras 22 meses de seguimiento medio.

¹⁷ “Con la sangre de cordón hay menos reacción inmunológica, incluso si se trata de donantes no compatibles. El riesgo de reacciones inmunitarias es mucho menor, hasta el punto de que las tasas de supervivencia son tan buenas como con la médula ósea compatible o incluso mejores (...) Se cambiará la práctica del trasplante y los pacientes optarán en primer lugar por la SCU”. John Wagner (Director de la Unidad de Trasplantes de Sangre y Médula de la Universidad de Mineapolis) El cordón será la primera opción en leucemia infantil. *Diario Médico*, 14 de junio 2007.

¹⁸ Principalmente, la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos; el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos; y en el Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulaban las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos (norma derogada por el Real Decreto 1301/2006).

¹⁹ Directiva 200/23/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, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos; y Directiva 2006/17/CE de la Comisión, de 8 de febrero, por la que se aplica la Directiva 2004/23/CE en lo relativo a determinados requisitos técnicos para la donación, la obtención y la evaluación de células y tejidos humanos.

documentado 3 casos de trasplante realizados con SCU del propio paciente (uso autólogo).

Según la Organización Nacional de Trasplantes, desde 1996 a 2005, los centros sanitarios españoles no llevaron a cabo ningún trasplante autólogo de SCU y tan sólo 17 de SCU procedente de un pariente, frente a los 329 en los que el donante no tenía parentesco. Estos datos podrían considerarse suficientemente desalentadores para aquellos que se plantean la conservación de la SCU en bancos privados para el uso exclusivo del donante o de sus familiares.

Sin embargo, ciertos factores están contribuyendo a alentar expectativas que, hoy por hoy, podríamos juzgar desmesuradas. Entre ellos destacan: la publicación y difusión internacional de los primeros trasplantes autólogos de SCU llevados a cabo con éxito; el fomento de las expectativas depositadas en la investigación sobre posibles usos de la SCU en terapia celular; y, por qué no decirlo, un ideal elitista de la salud alentado por el impacto mediático que, en nuestro país, han tenido las recientes decisiones de conservar en bancos privados la sangre del cordón umbilical de los, hasta la fecha, últimos descendientes de la Casa Real española.

Nos detendremos brevemente en los dos primeros factores.

A principios de este año, un reciente trabajo publicado en la revista norteamericana *Pediatrics*²⁰, que demostraba por vez primera la efectividad de un trasplante autólogo de SCU a una niña de 3 años afectada de leucemia aguda, daba la vuelta al mundo. El principal interés de esta publicación radica en que, hasta el momento, no existían evidencias científicas sobre la aplicación de esta técnica como terapia para la leucemia infantil, pues se pensaba que las células cancerígenas estarían presentes en todo caso en la SCU del propio paciente ya en el momento del nacimiento, lo que haría inviable la utilización de ese material biológico para el tratamiento de esa misma enfermedad.

²⁰ Hayani A, Lampeter E, Viswanata D, Morgan D, Salvin SN: First Report of Autologous Cord Blood Transplantation in the Treatment of a Child with Leukemia. *Pediatrics* 2007;119: e296-e3000.

Esta publicación, junto a los dos casos anteriores de autotrasplante de SCU para el tratamiento de un neuroblastoma y de una anemia aplásica secundaria a un trasplante de hígado, cuyos resultados finales no están adecuadamente documentados, ha sido aprovechada por un pujante sector de investigadores y empresas dedicadas a la preservación de SCU en bancos privados para propagar, de manera generalizada, los enormes beneficios del trasplante autólogo de células de cordón, a pesar de la opinión de las Autoridades sanitarias, que demandan prudencia a los primeros, y rigor en la información comercial que se difunde, a los segundos.

A pesar del éxito mediático de los tres casos referidos, diversos especialistas²¹, así como las sociedades españolas de Hematología y de Oncología Pediátrica coinciden en que, a día de hoy, el autotrasplante no es la opción prioritaria en el tratamiento de la leucemia infantil.

Según los representantes de la Organización Nacional de Trasplantes²², hoy en día no está suficientemente demostrada la utilidad del implante autólogo, como tampoco lo está, y no se sabe cuándo llegará a comprobarse, la posibilidad de usar la SCU propia en terapia celular con el fin de combatir otras enfermedades como el Parkinson, el Alzheimer, la diabetes, o para la fabricación de tejidos u órganos.

Sin embargo, y al margen de la actual controversia en torno a las posibilidades reales de aplicación de la SCU en autotrasplantes, y de las expectativas en torno a su futuro potencial, lo cierto es que un sector de la sociedad y de la iniciativa privada reclama la posibilidad de que el ordenamiento jurídico

²¹ "Está demostrado que, cuanto antes se produce la enfermedad, es decir, más próxima al nacimiento, existen mayores posibilidades de que la sangre del cordón contenga células leucémicas, probabilidad que es mucho menor cuando la patología aparece a edades más tardías. Pero lo más importante es que el uso de un cordón propio en leucemia no es, en general, la opción preferencial. La razón es que con él se intenta evitar, precisamente, lo que se conoce como respuesta injerto contra el huésped, pero esta misma reacción es la que también lucha contra la enfermedad. Es decir, el implante de un donante (allogénico) a diferencia del propio tiene efecto inmunológico que combate contra la enfermedad residual, algo que es importante para la curación". Manuel Fernández. Jefe de Servicio de Hematología del Hospital Puerta de Hierro y catedrático de la UAM (www.elmundosalud.com/lasemana)

²² Para qué vale realmente su cordón umbilical. Patricia Matey. *El Mundo Salud* 20 de enero 2007.

permita la conservación de la SCU para el uso privativo de sus titulares, de forma excluyente y al margen del sistema de donación de órganos, tejidos y células vigente hasta la fecha en nuestro país.

III.- Evolución normativa en materia de donación y uso terapéutico de células y tejidos humanos.

Suele decirse que la legislación camina siempre un paso por detrás de la realidad social; y también que el Derecho Sanitario es una de las disciplinas jurídicas más dinámicas debido al vertiginoso desarrollo de las ciencias biomédicas que constituyen su necesario substrato. El tema que venimos abordando es una clara muestra de ambas afirmaciones.

En efecto, el descubrimiento y aplicación del potencial terapéutico de las células madre de la SCU pronto puso de manifiesto la insuficiencia de la normativa existente en materia de obtención, almacenamiento y uso de células y tejidos humanos.

Dejando al margen otras actividades sobre material biológico de origen humano reguladas por su legislación específica²³, hasta fechas muy recientes el régimen jurídico aplicable a la utilización de órganos y tejidos humanos con fines terapéuticos estaba constituido básicamente por: a) La **Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos** (en adelante, Ley de Trasplantes), cuyo ámbito de aplicación, si bien no contemplaba expresamente la obtención y utilización de células o tejidos, sino sólo la de órganos u otras piezas anatómicas del cuerpo humano (arts. 1 y 5), sí permitía que se extendiese su regulación a otros tejidos que reglamentariamente se determinasen; b) El **Real Decreto**

2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. Este reglamento sustituía al anterior RD 426/1980, de 22 de febrero, y actualizaba determinadas normas, entre ellas, el apartado 3.5 j) del Anexo I del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de las prestaciones del Sistema Nacional de Salud, para incluir en la cartera de servicios del sistema público “*los trasplantes de órganos, tejidos y células de origen humano siempre que presenten una eficacia terapéutica comprobada*”. El Reglamento de 1999, a pesar de excluir de su ámbito de aplicación la extracción e implante de tejidos humanos -salvo por lo que respecta a la coordinación interterritorial de las actividades relacionadas con la donación y el trasplante contenidas en su Capítulo V²⁴-, contiene una mención expresa a que “*El cordón umbilical y los progenitores hematopoyéticos obtenidos a su través no se consideran productos de desecho y están sometidos al Real Decreto 411/1996*” (Disposición Final Primera); y c) El **Real Decreto 411/1996, de 1 de marzo, por el que se regulaban las actividades relativas a la utilización de tejidos humanos** (actualmente derogado por el Real Decreto 1301/2006) fue dictado con el fin de adaptar los principios y la normativa sobre trasplante de órganos a la creciente utilización clínica de tejidos de origen humano teniendo en cuenta la Recomendación R.94, de 14 de marzo, sobre Bancos de Tejidos Humanos adoptada por el Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa²⁵. El ámbito de aplicación de este Real Decreto incluía ya dentro de la definición de “*tejido humano*” a todas aquellas partes constituyentes del cuerpo humano,

²³ Se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las normas sobre utilización de órganos y tejidos humanos con fines terapéuticos la donación de sangre y plasma, así como las actividades de los bancos de sangre y productos sanitarios regulados actualmente por las Directivas 2000/70/CE, 2001/83/CE y 2002/98/CE, y por el Real Decreto 1088/2005, de 16 de septiembre, que establece los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y sistemas de transfusiones – que ha derogado parcialmente el Real Decreto 478/1993, de 2 de abril y totalmente los Reales Decretos 1945/1985, de 9 de octubre y 1854/1993-. También se rige por su legislación específica la utilización de embriones y fetos humanos, sus células, tejidos y órganos –actualmente, Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, que ha derogado la Ley 42/1988, de 28 de diciembre-. Las actividades de utilización de gametos humanos se rigen por lo previsto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

²⁴ El Capítulo V del RD 2079/1999 atribuye a la Organización Nacional de Trasplantes (ONT) la coordinación y el ejercicio de las competencias del Ministerio de Sanidad y Consumo sobre las actividades de donación, extracción, preservación, distribución, intercambio y trasplante no sólo de órganos, sino también de tejidos humanos.

²⁵ Así lo contemplaba expresamente el art. 1.2 de esta norma al señalar que en las actividades relacionadas con la obtención y utilización clínica de tejidos de origen humano se deben respetar los principios informadores de la Ley 30/1979 y, concretamente, los de voluntariedad, altruismo, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro, anonimato, confidencialidad, respeto a la dignidad y demás derechos de la persona del donante, así como equidad en la selección y acceso de los posibles receptores.

incluyendo “*residuos quirúrgicos*” y “*células*”, y se extendía únicamente al uso de este material biológico con fines terapéuticos, es decir, con el propósito de favorecer la salud o las condiciones de vida de los receptores, excluyendo su utilización a los solos fines de investigación. Esta norma reguló las actividades de los bancos de tejidos humanos (necesidad de autorización por el órgano competente de cada Comunidad Autónoma para cada una de las actividades y para cada uno de los procedimientos que se realicen en el banco) así como sus requisitos mínimos y normas de funcionamiento.

Los postulados sobre los que descansaban estas normas, en el momento en que comenzaba a surgir la demanda social de utilización privativa de la SCU, eran ya los que han venido caracterizando al modelo español de donación y trasplante de órganos y tejidos, a saber:

- a) **Voluntariedad** y presunción de autorización para la extracción de órganos de personas fallecidas que no hubieran manifestado su oposición expresa a la donación (art. 5.3 de la Ley de Trasplantes, arts. 2.1, 10.1.a del RD 2070/1999 y art. 1.2 RD 411/1996)
- b) **Solidaridad**: que implica la donación altruista y una garantía de equidad en la selección y acceso al trasplante de los posibles receptores (art. 2.2 del RD 2070/1999 y art. 1.2 RD 411/1996)
- c) **Gratuidad**: que se traduce en la prohibición del percibo de compensación económica por la donación de órganos por parte del donante u otras personas físicas o jurídicas, así como la prohibición de exigencia de precio al receptor por el órgano o tejido trasplantado (art. 2 de la Ley de Trasplantes, arts. 2.1 y 8 del RD 2070/1999 y art. 5 del RD 411/1996)
- d) **Ausencia de ánimo de lucro** de los bancos de órganos y tejidos, debiendo existir exclusivamente la compensación de los gastos derivados de su actividad (art. 7.2

de la Ley de Trasplantes, art. 2.1 del RD 2070/1999 y art. 5.3 RD 411/1996)

- e) **Necesidad de autorización** expresa de las Administraciones públicas competentes para los centros sanitarios que realicen actividades de extracción y trasplante de órganos, tejidos o células de origen humano (art. 3 de la Ley de Trasplantes, arts. 9.6, 11, 12, 15, 16, 17 y 18 del RD 2070/1999 y arts. 10 a 16 del RD 411/1996)
- f) **Consentimiento informado** expreso y escrito, libre y desinteresado del donante (vivo) mayor de edad (salvo para la donación de residuos quirúrgicos y progenitores hematopoyéticos de médula ósea) y del receptor del trasplante o implante (arts. 4 y 6 de la Ley de Trasplantes, arts. 9.1.c, 9.4, 9.5 del RD 2070/1999 y art. 7 RD 411/1996)
- g) **Confidencialidad y secreto**: que implica la prohibición de revelar o divulgar información que permita la identificación del donante y del receptor (salvo en caso de donantes vivos genéticamente relacionados) a través de las garantías previstas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (art. 4.d de la Ley de Trasplantes, arts. 2.1 y 5 del RD 2070/1999 y art. 3 del Real Decreto 411/1996)
- h) La **promoción y publicidad** de la donación de órganos y tejidos humanos ha de destacar su carácter voluntario, altruista y desinteresado, estando sometida al control de las Administraciones sanitarias competentes, con prohibición expresa de publicidad de la donación de órganos o tejidos en beneficio de personas concretas o de centros o instituciones determinadas, así como de la necesidad de un órgano o tejido o de su disponibilidad que ofrezca o busque algún tipo de gratificación o remuneración,

(arts. 7 y 8.3 del RD 2070/1999 y art. 4 del Real Decreto 411/1996)

Un somero examen de los principios que sustentan el sistema español de obtención, almacenamiento y uso de órganos, tejidos y células con finalidad terapéutica evidencia la inadecuación de buena parte de los mismos a las solicitudes de aquellos que pretendían iniciar en España actividades de extracción de la SCU para su depósito en bancos privados y posterior utilización privativa y excluyente. Para dar cabida a estas pretensiones era precisa, pues, una modificación de la normativa vigente.

Los primeros pasos en el camino legislativo que conduciría a la aprobación del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, se dieron en el seno de la Unión Europea con la aprobación de la **Directiva 2004/23/CE, de 31 de marzo**, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al establecimiento de normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos (incluidas las células progenitoras hematopoyéticas de la sangre del cordón umbilical).

Sin embargo, la orientación de esta Directiva no satisfizo, ni mucho menos, las expectativas de las compañías privadas que anhelaban una regulación que apostase decididamente por una liberalización total del mercado de bancos de SCU.

En efecto, ya en su parte expositiva queda patente la voluntad de los representantes de los Estados en el Parlamento y en el Consejo de que los programas de aplicación de tejidos y células de origen humano deban basarse, *“a priori, en los principios de voluntariedad de las donaciones, la no remuneración, el anonimato del donante y el receptor, el altruismo del donante y la solidaridad entre donante y receptor”*. Al mismo tiempo, la Directiva insta a los Estados miembros a que *“adopten medidas destinadas a fomentar una participación destacada del sector público y de los organismos sin ánimo de lucro en la prestación de servicios de aplicación de células y tejidos”* (Considerando nº 18).

No puede ser casual que los postulados acogidos por la Unión Europea y plasmados en esta Directiva

coincidan casi punto por punto con los que sustentan un sistema de trasplantes de órganos, células y tejidos como el español, que alcanza año tras año unos niveles de efectividad y excelencia ética no comparables con ningún otro modelo²⁶.

Abundando en esta misma línea, la Directiva también plantea como un objetivo de las legislaciones de los Estados *“la definición de criterios para el acceso a estas células y tejidos de manera transparente, sobre la base de una evaluación objetiva de las necesidades médicas”* (Considerando nº 14), es decir, un principio de equidad en el acceso a los tejidos humanos depositados en bancos que apunta en sentido diametralmente opuesto al del régimen de uso privativo que constituye la razón de ser de los bancos privados de SCU.

Este espíritu solidario es el que la Directiva invoca también en su parte expositiva cuando señala que *“el fuerte crecimiento de los trasplantes de células y tejidos humanos para el tratamiento de enfermedades hasta ahora incurables exige una adecuada disponibilidad de este material biológico, disponibilidad que depende de la voluntad de los ciudadanos de la Comunidad de realizar donaciones”*. Por ello, apela a que los Estados promuevan las donaciones de tejidos y células, incluidas las progenitoras hematopoyéticas, como forma de caminar hacia la autosuficiencia en la Comunidad (Considerandos nº 1, 2 y 3), sin referirse en absoluto a la promoción de las actividades de depósito en bancos privados.

En conclusión, la Directiva 2004/23/CE insta a los Estados miembros a esforzarse en garantizar que las donaciones de células y tejidos sean voluntarias y no remuneradas (arts. 4.2 y 12.1) que su obtención se efectúe sin ánimo de lucro (art. 12.2) e, incluso, alienta a prohibir o restringir las importaciones de células y tejidos humanos (art. 4.2) así como aquellas actividades de publicidad que se basen en la

²⁶ “España ha consolidado este año su liderazgo mundial en donación y trasplante de órganos con más de 1.500 donaciones que equivalen a 33,8 por millón de habitantes, la tasa más alta del mundo. La solidaridad se ha visto traducida también en la reducción del 15,2 % de negativas familiares a la donación de órganos: la cifra más baja registrada nunca en ningún país” *Azpremsa.com* 28 junio 2007 (www.azpremsa.com/noticias_ext.php?idreg=30656)

necesidad o disponibilidad de células y tejidos (art.12.2).

Como era de esperar, dada la claridad de los planteamientos adoptados por el Parlamento y el Consejo de la Unión Europea en torno a la utilización terapéutica de material biológico de origen humano, las expectativas de regularización de las actividades de obtención y almacenamiento privado de la SCU no mejoraron con la **Directiva 2006/17/CE, de 8 de febrero**, que se limitó al desarrollo y aplicación de las normas de calidad y seguridad para la donación, obtención, evaluación, procesamiento, preservación, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos contenidos en el art. 28 de la Directiva 2004/23/CE. Esta norma, cuyo fin es garantizar un elevado nivel de protección de la salud y evitar la transmisión de enfermedades a través de células y tejidos destinados a su aplicación terapéutica, se centra de forma exclusiva en requisitos técnicos que afectan a la fase de donación, obtención y evaluación de los tejidos y células una vez que se reciben en el establecimiento de tejidos.

Estas Directivas, por tanto, sin llegar a prohibir la obtención o el almacenamiento de SCU en bancos privados para “*uso autólogo eventual*” (se denomina así a la obtención de células o tejidos con la finalidad de ser preservados para su aplicación hipotética futura en la misma persona, sin que exista indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación²⁷), orientan su regulación a las actividades de donación basadas en los ya mencionados principios de altruismo, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro, solidaridad y equidad en el acceso al material biológico conservado con fines terapéuticos.

Con estos antecedentes normativos, y con los propios de la legislación española a los que antes nos hemos referido, no era de esperar que las normas llamadas a regular la obtención, almacenamiento y uso de células y tejidos variasen su orientación y amparase la obtención y almacenamiento privado de progenitores hematopoyéticos procedentes de la SCU, al menos con la amplitud con la que se preten-

día por una parte de la sociedad y de la iniciativa privada.

En la actualidad, la regulación de la obtención, evaluación, procesamiento, almacenamiento y aplicación de células y tejidos humanos se encuentra: a) En el **Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre**. Esta norma, que traspone las Directivas 2004/23/CE y 2006/17/CE, responde a la necesidad de actualizar la regulación contenida en el anterior Real Decreto 411/1996 en atención a las nuevas posibilidades que ofrece el trasplante de células y tejidos para el tratamiento de enfermedades. Sus disposiciones se aplican exclusivamente a la utilización de tejidos y células **con finalidad terapéutica** (se excluyen, por tanto, las actividades de investigación sobre material biológico humano, materia de la que se ocupa, de manera particular, la Ley de Investigación Biomédica); b) En la **Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica**, cuyo ámbito de aplicación abarca únicamente la donación, el almacenamiento y la utilización de muestras biológicas, gametos, preembriones, embriones y fetos humanos o sus células, tejidos u órganos **con fines de investigación**; c) En la **Orden SCO/3461/2003 de 26 de noviembre**, que traspone la **Directiva 2003/63/CE de la Comisión, de 25 de junio de 2003**, únicamente respecto a los progenitores hematopoyéticos obtenidos a partir de la SCU que se utilicen para derivar otras especies celulares, al ser éstos considerados medicamentos de terapia celular somática, en cuyo caso también sería de aplicación lo previsto en el **Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero**, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (que traspone la **Directiva 2001/20/CE de 4 de abril de 2001**)

Tras este somero repaso a la evolución legislativa en materia de obtención, almacenamiento y uso de células y tejidos humanos, abordaremos a continuación el estudio del régimen jurídico vigente en relación a determinados aspectos controvertidos de la obtención y el almacenamiento de la SCU **con finalidad terapéutica**, es decir, sin ocuparnos de su uso exclusivo para la investigación, ámbito éste último que desborda la pretensiones del presente trabajo. Así, nos centraremos en una serie de cuestiones tales como: la extensión del derecho de la persona sobre

²⁷ Art. 2.2.c del Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre.

sus muestras biológicas, el régimen de obtención y procesamiento de la SCU, las disposiciones sobre su conservación en bancos públicos y privados, la viabilidad jurídica de la extracción en centros públicos de la SCU con destino a bancos privados españoles o extranjeros, los requisitos para la exportación de material biológico de origen humano, y los límites a las actividades de promoción y publicidad sobre células y tejidos.

IV.- El derecho de la persona sobre las células y tejidos de su cuerpo.

Aquellos que defienden que se debe dar a la población la posibilidad de que deposite la SCU de sus hijos en bancos privados para su eventual uso privativo y excluyente -al margen, por tanto, de la red de donación y trasplante pública- apelan frecuentemente a la “*titularidad*” o al “*derecho de propiedad*” que ostentarían los padres sobre las muestras de SCU extraídas en el momento del parto como argumento legitimador de sus tesis²⁸.

En esta dialéctica, las muestras depositadas en bancos privados nunca podrían ser utilizadas para el trasplante a un receptor histocompatible que las necesitase en un momento dado sin el consentimiento de su titular, ya que esto resultaría contrario a ese “*derecho de propiedad*” que permitiría a la persona disponer a voluntad de su cuerpo y de las partes separadas del mismo. La cuestión, sin embargo, dista mucho de ser tan sencilla. Su análisis exige volver la vista a los fundamentos filosóficos y jurídicos de la ordenación de las actividades relacionadas con el cuerpo humano y las partes del mismo.

Lo primero que debe quedar sentado es que la preocupación jurídica por el cuerpo humano y sus componentes es un fenómeno reciente cuya razón de ser no es otra que el imparable desarrollo de la biomedicina en el campo de los trasplantes de órganos, tejidos y células, la procreación artificial, etc... La

ciencia ha puesto de manifiesto una serie de problemas a los que tanto el Derecho como la Bioética deben responder.

Para analizar la cuestión de la titularidad de las muestras biológicas en la tradición romanista —en la que se inscribe nuestra legislación civil— debemos partir de la clásica división del orden jurídico *persona-cosa*. La persona, para los jurisconsultos romanos, era el hombre libre con una voluntad capaz de contraer derechos y obligaciones. El resto (incluidos los esclavos) eran cosas²⁹. Si bien el Derecho no se ocupaba en ese momento del cuerpo humano, éste se encontraba protegido indirectamente gracias al cuidado que se prestaba a la persona. Daniel Borrillo³⁰, a quien seguiremos en este breve recorrido histórico sobre el estatuto jurídico del cuerpo humano, cita un pasaje de Ulpiano transcrito en el Digesto (9.2.13) donde se establece que “*El cuerpo de un hombre libre no puede ser objeto de especulación*”. Así pues, a diferencia del esclavo, considerado una mercancía, el hombre libre poseía un cuerpo que se encontraba **fuera del comercio**.

En la Edad Media la situación se modificó sustancialmente en virtud de la doctrina dualista canónica que proclamaba la superioridad del alma respecto al cuerpo, siendo considerado este último indisponible para el individuo, que no ostenta sobre él ningún derecho de posesión, pues el único que podía arrogarse el derecho de propiedad sobre él era el Creador. Una tesis atribuida a Santo Tomás de Aquino establece que el hombre no es propietario, sino usufructuario de su cuerpo, mientras que Dios conserva la nuda propiedad.

El desarrollo del conocimiento científico durante el Renacimiento trajo consigo la ruptura del orden anterior y la consideración del hombre no tanto como una criatura de Dios, sino como un individuo con valor intrínseco y derecho subjetivo de propiedad sobre sí mismo. El cuerpo, gracias al desarrollo de la

²⁸ Según Sara Vayreda, directora comercial y de comunicación de la compañía Smart Cells España: “La definición de un banco autólogo al referirse a un banco privado es incorrecta, ya que en estos últimos se conserva la titularidad de la muestra (los padres son titulares hasta que el bebé es mayor de edad). Por lo tanto, la decisión del uso de esta muestra es exclusivamente del titular” *Diario Médico*, 15 de febrero 2007.

²⁹ *Compilación de Justiniano, Institutos 1-3 pr.*

³⁰ Daniel Borrillo. Estatuto y representación del cuerpo humano en el sistema jurídico. *Revista Española de Investigaciones Sociológicas* n° 68 octubre-diciembre 1994. Centro de Investigaciones Sociológicas.

anatomía, se convierte en objeto de un tratamiento más racional.

Posteriormente, la tradición anglosajona proclamaría sin ambages la propiedad que el ser humano detenta sobre su persona³¹. Sin embargo, el Derecho Civil de la Europa continental, heredero del Derecho Romano, tiende más a considerar al ser humano como sustancia abstracta, y al cuerpo como un mero soporte de la personalidad³².

Así las cosas, el desarrollo de las ciencias biomédicas, que va a permitir la conservación de sustancias y partes del cuerpo separadas del mismo (sangre, órganos, tejidos y células), va a situar al Derecho ante un nuevo desafío que consiste en determinar qué naturaleza jurídica tienen las muestras biológicas de origen humano para, a continuación, precisar cuál ha de ser su tratamiento normativo.

En esta tesitura, los sistemas jurídicos anglosajón y continental, a pesar de responder a tradiciones diferentes, coinciden en incluir el cuerpo humano y sus componentes dentro de la categoría jurídica de las **cosas**³³. Así, mientras al cuerpo humano vivo, como soporte físico de la personalidad, se le considera incluido en la categoría de persona, las partes del cuerpo separadas del mismo (y el propio cadáver) tienen una consideración diferente –la de cosa–, en tanto en cuanto no forman parte ya del soporte físico de la personalidad, no siendo, por tanto, objeto de derechos fundamentales.

³¹ Overton, en su obra *An arrow against all tyrans, defiende que a todo individuo le es dada por naturaleza una propiedad que nadie tiene derecho a usurpar o violar, pues lo que hace que un individuo sea tal es la propiedad que detenta sobre su persona.*

³² El Código Napoleónico de 1804 responde a una antropología dualista donde reaparecen las influencias greco-latinas, canónicas y cartesianas, y considera al hombre como una voluntad, no como un ser corporal.

³³ Pilar Nicolás (“Los derechos del paciente sobre sus muestras biológicas: distintas opiniones jurisprudenciales” *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 19, 2003) cita en este sentido, por parte de la doctrina anglosajona, a Paul Martin y Jane Kaye (“The use of biological simple collections and personal medical information in human genetics research”, *The Wellcome Trust*, London, 1999) y por parte de la doctrina española a José Castán Tobeñas (“Los derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1-2, 1952) a quien han seguido, entre otros, Victor Angoitia (“Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica”, *Marcial Pons*, 1996) y María Cárcaba Fernández (“Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de reproducción humana”, *Bosch*, 1995).

El problema con el que nos encontramos a continuación es el de determinar el **régimen jurídico de las partes del cuerpo separadas**, es decir, si pueden ser objeto de derechos reales o de negocios jurídicos. En el caso de la SCU, esta cuestión resulta central desde el momento en que, de pasar a ser un desecho sanitario, se ha convertido en una codiciada fuente de progenitores hematopoyéticos.

Y aquí es donde los sistemas jurídicos de tradición anglosajona y romana ofrecen soluciones diferentes. Así, los primeros hacen girar el régimen jurídico de la persona en torno al eje de la noción de propiedad privada y concluyen que el individuo goza de un derecho de propiedad inalienable que le permite disponer de su cuerpo y las partes del mismo con la libertad con la que dispone de otros bienes, de forma que la persona mantiene la titularidad dominical de la muestras biológicas obtenidas de su cuerpo³⁴. La jurisprudencia norteamericana, en particular, ha establecido claramente el estatuto del cuerpo humano como objeto de un derecho de propiedad en el paradigmático caso *Moore vs Regents of University of California*³⁵ resuelto por la Sentencia de la Corte de Apelaciones de California de 21 de julio de 1988 en el sentido de reconocer el derecho de propiedad de un individuo sobre sus células al considerar que la persona es soporte de bienes inmateriales (como su voz, su imagen o su nombre) y de bienes materiales (como su cuerpo y las partes del mismo) y que, en la medida en que las sustancias o partes del cuerpo humano pueden ser materia prima de productos biotecnológicos, el individuo tiene un derecho de pro-

³⁴ Así, la *Genetic Privacy Act*, section 104: “an individually identifiable DNA sample is the property of the sample resource”.

El informe de la *Australia Law Reform Commission*, *Essentially yours: the protection of human genetic information in Australia*, de 13 de marzo de 2003 se repasan algunas resoluciones judiciales en las que se acepta la posibilidad de ostentar derechos de propiedad sobre partes del cuerpo o sustancias corporales.

³⁵ El señor Moore fue ingresado en el Centro Médico de la Universidad de California para el tratamiento de su leucemia. Allí se descubrió que la sangre del paciente contenía una sustancia única que permitía tratar ciertas enfermedades a partir de la cual la empresa Sandoz desarrolló una línea celular capaz de producir fármacos y que le reportaría unas ganancias millonarias. Cuando el paciente, que no había consentido expresamente la extracción de elementos de su cuerpo (sangre, células de la piel, etc...) y que ignoraba la investigación efectuada sobre sus células, tomó conciencia de lo ocurrido, ejerció una acción reivindicatoria de su derecho de propiedad.

piedad sobre sus muestras biológicas. Ahora bien, en el caso concreto al que nos referimos, la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó la decisión del tribunal de California y negó el derecho del paciente a participar de los beneficios obtenidos a partir de sus muestras biológicas, no en base a que el individuo careciese de ese derecho de propiedad sobre ellas, sino basándose en la teoría del consentimiento presunto, en la presunción de que el paciente abandonó las muestras extraídas para el diagnóstico, motivo por el que no tenía derecho a exigir una contraprestación o reparación económica por ellas.

Por el contrario, el sistema español, heredero de la tradición civilista romana y francesa, tiende a considerar a las partes del cuerpo separadas del mismo como **cosas que están fuera del comercio**³⁶ (*res extra commercium*) cuya disponibilidad está condicionada a fines superiores que no dependen sólo de la voluntad individual, de modo que sobre las mismas se establecen regímenes jurídicos que limitan la disponibilidad del individuo en función del origen y del tipo de material biológico de que se trate.

La primera vez que el Derecho español tiene que adoptar una postura determinada en relación con la naturaleza jurídica de una sustancia corporal es a partir del año 1940, cuando se abre la posibilidad de conservar la sangre fuera del cuerpo humano. El ordenamiento jurídico español opta entonces por establecer la gratuidad y la ausencia de ánimo de lucro en la obtención, almacenamiento y utilización de la sangre y los hemoderivados (**Orden del Ministerio de la Gobernación de 2 de septiembre de 1941 sobre Cesión de Sangre**). A partir de ese primer antecedente, la opción del legislador español por un tratamiento no comercial de la sangre, se extiende también al régimen de obtención y utilización de

otras sustancias, órganos y tejidos humanos en la legislación específica: así, el art. 2 de la Ley 30/1979 de extracción y trasplante de órganos, prevé expresamente que “*no se podrá percibir compensación alguna por la donación de órganos*”; la actual **Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida** (también la anterior), en su art. 5, califica la donación de gametos o embriones de “*contrato gratuito*”, al tiempo que reitera el carácter no lucrativo ni comercial de la obtención de gametos y el respeto al principio de altruismo en la promoción y publicidad de las donaciones; en la misma línea, el **Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, de 4 de abril de 1997**, prevé en su art. 21 que “*el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto de lucro*”; el Real Decreto 1301/2006 insiste de forma reiterada en la aplicación de los principios de gratuidad y ausencia de ánimo de lucro a las actividades relacionadas con tejidos y células humanas, incluyendo de forma expresa la SCU; por último, la recientemente aprobada Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, señala en su art. 6 que “*la donación y utilización de muestras biológicas humanas será gratuita, cualquier que sea su origen específico, sin que en ningún caso las compensaciones que se prevén en la Ley pueden comportar un carácter lucrativo o comercial*”. Esta donación implica, pues, la renuncia por parte de los donantes a cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo sobre los resultados que pudieran derivarse de las investigaciones que se lleven a cabo con las muestras biológicas.

El examen de la legislación española relativa a los derechos sobre el material biológico humano debe concluir con una referencia a la normativa autonómica en materia de derechos de los pacientes. Tres leyes se han ocupado, hasta la fecha, de fijar un régimen parcial de utilización de las células y tejidos humanos, pero sin extender el contenido del derecho de la persona sobre el material biológico, pues estas normas se limitan a consagrar los derechos de la persona a disponer de las muestras para la obtención de una segunda opinión diagnóstica, o a decidir si la

³⁶ Así, la Ley francesa núm. 94-653, sobre respeto al cuerpo humano, establece en su artículo 1 que “*el cuerpo humano, sus elementos y productos no podrán ser objeto de ningún derecho de naturaleza patrimonial*”.

En el mismo sentido, el Comité Consultatif National d'Etique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, Avis n° 77, Problèmes éthiques posés par les collections de matériel biologique et les données d'information associées : biobanques, biothèques, de 20 de marzo de 2003, sostiene que el nuevo interés científico sobre las partes del cuerpo separadas del mismo no debe conducir a determinar un derecho de disposición sobre las mismas por el riesgo de que entren en un circuito comercial.

muestra o tejido puede o no ser utilizado en un proyecto de investigación. Así, la **Ley 8/2003, de 8 abril sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud en Castilla y León** (art. 36.1), la **Ley 7/2002, de 10 diciembre, de Ordenación sanitaria de Cantabria** (art. 39.2) y la **Ley 2/2002, de 17 abril, de Salud de La Rioja** (art.9.2) señalan que los pacientes tienen derecho a disponer de preparaciones de tejidos o muestras biológicas que provengan de una biopsia o extracción con el fin de recabar la opinión de un segundo profesional o para garantizar la continuidad de la asistencia en un centro, servicio o establecimiento diferente. Por otro lado, la utilización de muestras biológicas para usos distintos a los que justificaron su extracción se regula de forma diferente en unas y otras disposiciones. Así, mientras la Ley castellano-leonesa parte de un principio de consentimiento presunto, al señalar que *en el marco de la normativa aplicable, y siempre que no exista oposición por parte del interesado, los centros, servicios y establecimientos sometidos a la presente Ley podrán conservar y utilizar tejidos o muestras biológicas para fines lícitos distintos de aquellos que motivaron la biopsia o extracción*” (art. 36.2), las leyes cántabra y riojana exigen el consentimiento expreso de la persona para el uso de tejidos o muestras biológicas provenientes de una biopsia con una finalidad distinta a su propio tratamiento (arts. 39.3 y 9.2.a, respectivamente)

La jurisprudencia, por su parte, se ha ocupado escasamente de delimitar los contornos de los derechos del individuo sobre sus muestras biológicas. Los pocos pronunciamientos a los que habitualmente se recurre para ilustrar esta materia³⁷ enmarcan los derechos del paciente en relación con sus muestras biológicas, no en el ámbito de un posible derecho a la propiedad, sino en el del derecho a la información a la salud, considerando al material biológico de origen humano es un soporte -una especie de fichero- de datos de carácter personal, por contener la información de la dotación genética característica de una

persona, más que una parte del cuerpo con potenciales utilidades terapéuticas –como sucedería en el caso de la SCU-. En estos casos, que se refieren a muestras obtenidas con fines diagnósticos, los tribunales atribuyen la propiedad sobre las muestras, de forma implícita, al centro en el que está almacenada, no al sujeto fuente, que habría consentido su obtención y la habría abandonado (*res derelictae*), habiéndose apropiado de ella el centro.

Así pues, a la vista de todo lo anterior, no cabe sino concluir que, si bien el sujeto del que procede el material biológico puede ser considerado titular de un derecho subjetivo, la extensión y contenido de ese derecho queda supeditado siempre al régimen jurídico que hemos expuesto y que se basa, de forma reiterada, en la gratuidad, solidaridad y ausencia de ánimo de lucro.

En definitiva, la normativa española no permite sostener que la persona pueda disponer de sus muestras biológicas a voluntad, sino solo dentro de los estrictos límites fijados por las leyes sobre donación y utilización de órganos, tejidos o células humanas con fines terapéuticos o de investigación. Y estas normas no permiten la celebración de contratos onerosos sobre el material biológico, sobre el que únicamente es lícito su abandono, la donación altruista o la llamada “*donación dirigida*” sólo para procedimientos terapéuticos de eficacia demostrada, en indicaciones médicas establecidas, y tras su aprobación por la ONT³⁸.

La excepción a este régimen viene representada, precisamente, por la posibilidad de uso autólogo eventual de la SCU. En efecto, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto 1301/2006, y a pesar del reconocimiento explícito de su escasa utilidad probada de los trasplantes autólogos, el ordenamiento español permite la preservación de la SCU en bancos

³⁷ Pilar Nicolás (“Los derechos del paciente sobre sus muestras biológicas: distintas opiniones jurisprudenciales” *Revista de Derecho y Genoma Humano*, núm. 19, 2003) cita la *Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 16 de mayo de 2001* y la de la *Audiencia Provincial de Vizcaya de 21 de julio de 2000*.

³⁸ La donación dirigida deberá tener lugar en una maternidad acreditada por la autoridad competente en atención a los siguientes criterios: la donante deberá tener un hijo con una enfermedad subsidiaria de trasplante alogénico de progenitores hematopoyéticos y el médico del niño enfermo deberá haber indicado la extracción de la SCU mediante un informe que habrá de hacer llegar al banco de cordón. Todas las solicitudes de donación dirigida deberán ser evaluadas por un comité específico dependiente de la ONT. El Consentimiento informado será específico para las donaciones dirigidas (Borrador del Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical. Versión diciembre 2006, pgs. 25 y 26)

privados. La relación entre el sujeto fuente y estas entidades –en teoría sin ánimo de lucro- se articula a través de contratos de depósito previstos y regulados en los artículos 1.758 y siguientes del Cc y 193 a 198 del Código de Comercio.

A través de estos contratos, el banco privado, en virtud de un acuerdo con el centro donde se obtiene la sangre del cordón, se hace cargo del dispositivo en el que se ha depositado la SCU tras la extracción y se compromete a conservarlo en condiciones idóneas, garantizando la calidad y la seguridad biológica de la muestra, generalmente durante un plazo máximo de 20 años, con la obligación de entrega al centro de aplicación de células y tejidos para su uso terapéutico sobre el mismo paciente o un familiar.

La regulación del almacenamiento de SCU en bancos privados para uso autólogo eventual, no obstante, presenta un elemento que distorsiona el régimen jurídico típico del depósito mercantil. En efecto, el contrato de depósito sobre la SCU queda en parte desnaturalizado por el Real Decreto 1301/2006, que obliga a los bancos privados a desprenderse, sin el consentimiento de su titular, de las muestras de SCU que almacenen para su aplicación alogénica a otros pacientes compatibles que lo precisen (art. 27.2). Esta imposición normativa, que da carta de naturaleza a una especie de “*desposesión ex lege*”, fuerza a los bancos privados a incluir en el clausulado de sus contratos un compromiso de devolución de una parte de la cantidad que el depositario pagó, en caso de que no pueda restituirle su muestra de SCU por haber sido entregada a un centro de aplicación a requerimiento del REDMO. Para garantizar la compensación de los clientes que pudieran verse desposeídos de sus muestras de SCU por la razón expuesta, el Real Decreto 1301/2006 obliga a los establecimientos que preserven células y tejidos para uso autólogo eventual a que suscriban un seguro que cubra los gastos de procesamiento, preservación y almacenamiento de la SCU para el supuesto de que se produzca la cesión o el envío de las células o tejidos a otro establecimiento o unidad sanitaria para usos alogénicos en procedimientos terapéuticos con indicaciones médicas establecidas en receptores adecuados. Este seguro ha de cubrir también la cesión en los casos de cese de la actividad del establecimiento.

En definitiva, y por excepción a los principios generales de nuestro Derecho, que excluyen al material biológico de origen humano de todo acto de comercio, la SCU puede ser objeto de contratos de depósito fuera del sistema de bancos públicos, para uso autólogo eventual, pero con una clara limitación que encuentra su fundamento en la protección del interés general: las muestras depositadas en bancos privados españoles deben incluirse en el REDMO y estar a disposición de cualquier receptor idóneo que la precise para el tratamiento de su enfermedad.

VI. Régimen jurídico de la obtención de la sangre de cordón umbilical.

El procedimiento para la conservación de la SCU se inicia con la extracción de la muestra en el momento del parto y su acondicionamiento para el traslado a un banco público o privado. La extracción habrá de llevarse a cabo mediante procedimientos operativos estandarizados, debidamente documentados y validados, que sean adecuados para la obtención de progenitores hematopoyéticos de la SCU de acuerdo con los requisitos establecidos en el Anexo V del Real Decreto 1301/2006.

En consonancia con lo apuntado en el epígrafe anterior, la obtención de la SCU está orientada generalmente a la donación. Sin embargo, como señalábamos, el Real Decreto 1301/2006 permite que la SCU extraída pueda ser depositada en un banco privado para uso autólogo eventual, con las limitaciones fijadas.

Examinaremos de forma separada las actividades dirigidas a una u otra finalidad.

- a) Extracción de la SCU para donación a bancos públicos.

Lo primero que ha de destacarse de la obtención de la SCU con destino a bancos públicos es que no todas las gestantes que pretendan donar su cordón podrán finalmente hacerlo. Existen una serie de estrictos requisitos para la donación. Estos requisitos tienen como finalidad que las muestras de SCU que se incorporen a bancos públicos reúnan todas las garantías de bioseguridad, calidad y riqueza antigé-

nica HLA (para incorporar donaciones de minorías éticas y grupos con tipajes HLA no habituales).

El procedimiento comienza con la selección de la donante. Podrán ser donantes de SCU aquellas mujeres sanas que no tengan riesgo de transmitir ninguna enfermedad infecciosa ni genética que den a luz en alguna maternidad acreditada por la Autoridad competente para realizar extracciones de SCU.

Analicemos separadamente los elementos que han de concurrir en este proceso.

En primer lugar, la normativa exige que la futura donante haya sido convenientemente informada, al menos, de los siguientes aspectos: el objetivo y la naturaleza de la extracción, sus consecuencias y riesgos, las pruebas analíticas que se han de realizar, el registro y protección de datos y los fines terapéuticos (art. 7.1 del Real Decreto 1301/2006). Por remisión expresa del art. 7.3 a la **Ley 41/2002, de 14 de noviembre**, la información habrá de ser verdadera, comprensible y adecuada a las necesidades de la persona (arts. 2.3 y 4.2 de la Ley 41/2002).

Esta información ha de ser suministrada bien por el médico responsable del proceso, bien por el que vaya a realizar la extracción (art. 7.1 y 7.2 del Real Decreto 1.301/2006), sin perjuicio del deber de informar de los profesionales sanitarios que atiendan a la donante durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto (art. 4.3 de la Ley 41/2002).

La donación de la SCU exige la firma por la gestante de un documento de consentimiento informado (art. 7.1 del Real Decreto 1301/2006 y arts. 2.2 y 8 de la Ley 41/2002), consentimiento que podrá ser revocado en cualquier momento (arts. 7.1 del Real Decreto y 8.5 de la Ley 41/2002).

En cuanto al requisito de capacidad, el art. 7.1 del Real Decreto, como excepción a la regla general contenida en el art. 9 de la Ley 41/2002, exige que la donante sea mayor de edad y competente. En este punto se observa una cierta contradicción con la regulación contenida en la Ley 41/2002, pues esta norma prevé, con carácter general, que la persona con dieciséis años cumplidos y sin déficits cognitivos o volitivos es plenamente capaz para la toma de

decisiones en el ámbito de su salud. Y dado que la donación de SCU no se encuentra exceptuada de este régimen, ni por lo dispuesto en el art. 9.4 de esta Ley, ni por lo previsto en su Disposición Adicional Segunda (que se refiere de al trasplante de órganos, exclusivamente), sólo cabe acudir, para salvar este escollo, al carácter de norma especial y, por tanto, de aplicación preferente, del Real Decreto 1301/2006 sobre la Ley 41/2002 en todo lo relativo a la obtención, almacenamiento y uso de células y tejidos humanos con fines terapéuticos *ex art.* 7.3 del Real Decreto.

Por lo demás, no podrán ser donantes de SCU para uso alogénico las personas menores de edad o que padezcan deficiencias psíquicas, enfermedad mental, incapacitación legal o que, por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento -salvo que nos encontremos ante una potencial donante de progenitores hematopoyéticos reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor (donación dirigida), en cuyo caso el consentimiento será otorgado por quien ostente la representación legal-.

El siguiente aspecto o requisito tiene que ver con la idoneidad de la donante, ya que el Real Decreto 1301/2006 exige que su estado de salud sea adecuado (art. 7.1). La evaluación y selección de las donantes se llevará a cabo por personal con la formación y experiencia adecuadas, que deberán elaborar y firmar el correspondiente informe en el que se recoja el cumplimiento de los requisitos fijados en los anexos II (Requerimientos clínicos para la evaluación de los donantes de células y tejidos) y III (Test de laboratorios requeridos en la evaluación de los donantes). A grandes rasgos, el procedimiento de selección de donantes exige: un estudio de la historia clínica de la madre a cerca de las posibles enfermedades infecciosas, hematológicas o de cualquier otro tipo que contraindiquen el empleo de la sangre de cordón; la realización de la madre en el momento del parto de un análisis de sangre para descartar cualquier proceso infeccioso que pudiera ser transmisible a la sangre del cordón, en especial, los test de VHC, VHB, VIH y sífilis, entre otros; examen físico de la madre que descarte signos excluyentes generales (infección, tumores, venopunciones, etc...) así como

exposición al riesgo de contraer una infección transmisible por transfusión; un examen clínico del bebé al nacimiento y, opcionalmente, otro al cabo de tres meses a realizar por un pediatra.

La complejidad del proceso de evaluación hace que se permita que éste se lleve a cabo de forma completa en el centro de obtención, o que se pueda cumplimentar, en parte, sobre la muestra obtenida en el propio banco, que será responsable de determinar la viabilidad final de la muestra y que, además, tendrá acceso a los datos relativos a la evaluación de los donantes y garantizará la custodia de la información sobre la evaluación adicional (art. 10.5 del Real Decreto 1301/2006)

Una vez cumplidos los requisitos de información, consentimiento e idoneidad de la donante, la obtención de la SCU sólo podrá realizarse en aquellos centros o unidades sanitarias que estén debidamente acreditados por la Autoridad sanitaria competente según lo dispuesto en el **Real Decreto 1277/2003, de 10 de octubre**, y disposiciones autonómicas sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios³⁹ (art. 9.1 del Real Decreto 1301/2006). Sin embargo, los centros o unidades que pretendan acceder a la autorización para

extracción de SCU con destino a bancos públicos o privados no sólo han de cumplir con los requisitos generales fijados por las normas administrativas referidas, sino que además han de cumplir las condiciones mínimas establecidas en el Anexo I.1 del Real Decreto, y contar con una autorización específica para la obtención de cada grupo celular, autorización cuya validez se extenderá por tiempo determinado no inferior a dos años ni superior a cuatro, a cuyo término podrá ser renovado si se mantienen las condiciones que dieron lugar a su concesión, sin que quepa entenderse prorrogada de forma automática (art. 9.2 del Real Decreto 1301/2006).

Para el caso de que la extracción de SCU deba realizarse fuera del ámbito hospitalario o sanitario, o en un centro sanitario no autorizado para la obtención de células o tejidos humanos, la extracción deberá ser efectuada por profesionales integrados en un equipo de obtención de un centro autorizado para esta actividad y en las condiciones que marque dicho centro. En estos casos, señala el art. 9.3 del Real Decreto 1301/2006, los equipos de obtención de células y tejidos deberán estar en posesión de la debida autorización para esta práctica específica.

En el caso de la SCU, tras la obtención, resultará necesario el mantenimiento, empaquetado y etiquetado de las muestras para su envío al banco donde vayan a quedar almacenados, lo que deberá realizarse con sujeción a lo previsto en los artículos 11.3 y 12 y Anexo V del Real Decreto 1301/2006.

Así pues, en el ámbito de la sanidad pública, únicamente es posible la extracción de la SCU para su envío a un banco público en aquellas unidades asistenciales previamente acreditadas que cuenten con la preceptiva autorización y estén adscritas a uno de los siete bancos públicos de SCU que existen en la actualidad⁴⁰.

³⁹ Decreto 31/2006, de 21 de febrero, sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios en el País Vasco; Decreto 227/2005, de 27 de septiembre, que regula el procedimiento y los órganos necesarios para la aplicación del modelo de calidad y la acreditación de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Decreto 49/2005, de 23 de junio, por el que se establece el régimen jurídico y el procedimiento para la autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios en Castilla y León; Decreto 176/2004, de 24 de septiembre, sobre autorización sanitaria y registro autonómico de centros, servicios y establecimientos sanitarios en la Comunidad Autónoma de Valencia; Decreto 41/2004, de 9 de julio, por el que se establece el régimen jurídico y el procedimiento para la autorización y registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios en La Rioja; Decreto 13/2002, de 15 de enero, sobre autorización administrativa de centros, servicios y establecimientos sanitarios en Castilla-La Mancha; Decreto 77/2001, de 29 de marzo, de centros servicios y establecimientos sanitarios de Galicia; Decreto 237/1994, de 28 de diciembre, que regula la autorización para la creación, modificación, traslado y cierre de centros, servicios y establecimientos sanitarios en Aragón; Decreto 16/1994, de 25 de enero, sobre autorización y registro de centros y establecimientos sanitarios en Andalucía; Decreto 65/1992, de 7 de septiembre, que regula la autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios en Cantabria; Decreto 100/1988, de 13 de octubre, que regula la autorización para la creación, modificación y supresión de centros, servicios y establecimientos sanitarios en el Principado de Asturias y el Decreto 118/1982, de 6 de mayo, sobre autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios asistenciales de Cataluña.

⁴⁰ Según el Borrador del Plan de Sangre de Cordón Umbilical, a 31 enero de 2006, existían en España los bancos públicos de SCU: Banc de Cordó de Barcelona (cuenta con 7177 unidades), Banco de Cordón CRTS Málaga (5301 unidades), Banco de Cordón CTS Madrid (4697 unidades), Banco de Cordón CTS Galicia (4473 unidades), Banco de Cordón de la Comunidad Valenciana (2078 unidades) y Banco de Cordón del Hospital Universitario de Tenerife (450 unidades)

- b) Extracción de la SCU con destino a bancos privados para uso autólogo eventual.

Los requisitos generales para la selección de donantes y obtención de la SCU para su almacenamiento en un banco público para trasplantes alogénicos son aplicables también a la extracción de SCU con destino a bancos privados para uso autólogo eventual, si bien con una serie de precisiones.

En primer lugar, respecto a la información a las gestantes, y además de lo ya señalado (párrafos 1 a 3 del art. 7 del Real Decreto 1301/2006), en el caso de extracción de SCU para su almacenamiento en un banco privado, la información deberá incluir una mención expresa a que las células y los tejidos así obtenidos estarán a disposición para uso alogénico en otros pacientes en caso de existir indicación terapéutica. Con ánimo de evitar que se alienten falsas expectativas sobre el posible uso privativo o autólogo de la SCU, el art. 7.2 del Real Decreto 1301/2006 exige también que en estos casos se deba dar una información actual, veraz y completa sobre el estado de los conocimientos científicos respecto a los usos terapéuticos o de investigación, las condiciones de procesamiento y almacenamiento en los establecimientos autorizados y cualquier otra cuestión relacionada con la utilidad terapéutica de la obtención de células y tejidos sin indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación.

La aplicación práctica de estas premisas en caso de depósito privado de la SCU para uso autólogo eventual plantea, sin embargo, numerosas dudas a la hora de fijar las responsabilidades en torno a la calidad y el rigor de la información que se dispense o a la realización de los estrictos controles médicos previos a la extracción y depósito de la SCU, pues las directrices fijadas por la ONT en el borrador del Plan Nacional de Sangre de Cordon Umbilical parecen referirse en exclusiva a la donación, no así al depósito privado, con lo que cabe la posibilidad de que los criterios de selección de los sujetos fuente⁴¹ y los

estándares de calidad de las muestras de bancos públicos sean superiores a los de los bancos privados, en los que, de hecho, la información suministrada a priori no señala que entre el 30 y el 50% de las colectas de SCU no alcanzan a reunir las características para que merezcan la pena ser almacenadas, y en los se admiten muestras de SCU que presentan una celularidad inferior a la indicada por la comunidad científica de 1.000 millones de células por muestra⁴².

En relación al consentimiento también es preciso mencionar una particularidad ya que, mientras para la donación a un banco público se exigía la mayoría de edad de la donante con la sola excepción de progenitores hematopoyéticos reproducibles cuya indicación terapéutica sea o pueda ser vital para el receptor (en cuyo caso se permitía que el consentimiento lo diera el representante legal), para la obtención de SCU con destino a bancos privados, el tercer párrafo del art. 7.2 no fija este requisito, sino que permite, sin más, que los representantes legales puedan otorgar su consentimiento para la donación de la SCU en representación de la persona menor, incapacitada, o afectada por deficiencias físicas o psíquicas.

Por otro lado, las estrictas normas técnicas para la conservación y el traslado de la SCU descritas en el Anexo V del Real Decreto 1301/2006, y cuyo fin no es otro que garantizar la calidad y seguridad biológica de la muestra, resultan de aplicación tanto a la sangre de cordón destinada a su almacenamiento en bancos públicos como privados. En el caso de estos últimos, son las propias empresas encargadas de la gestión de estos establecimientos las que proporcionan a los padres un dispositivo de recogida avalado científicamente que facilita la extracción y maximiza

tras la recogida y verificación de la muestra (con un coste de entre 900 y 1200 euros que el cliente debe abonar en todo caso) ésta resulta negativa, de forma que no pueda considerarse viable su depósito, no se repercutirá el coste del siguiente tramo del servicio.

⁴² “Hasta la fecha no se ve claro donde está el límite del número de células para el cual **en el futuro** todavía se pueda realizar una multiplicación de células. Según esto, a partir de un número relativamente reducido de células se podría preparar un trasplante perfectamente utilizable o también una preparación para terapias de sustitución de tejidos. **Dado que por deseo de los padres se conservan también volúmenes pequeños de SCU**, no se puede justificar, en nuestra opinión, una mayor reducción del número de células, generalmente bajo, debido a una reducción de volumen en los bancos de SCU para aplicación autóloga” (<http://www.securvita.es/content/start/index.shtml>)

⁴¹ Es llamativo que ninguno de los bancos privados de SCU consultados incluyan en la información que suministran a sus potenciales clientes la necesidad de controles de salud antes y después del parto ni de los criterios de exclusión manejados por la ONT y que sólo se prevea que, si

el volumen útil de sangre recogido. Estos dispositivos cuentan con un sistema de estabilización y registro térmico que permite mantener rastrear y mantener la temperatura durante el transporte e incluyen, además de todo el material sanitario preciso para la extracción y conservación de la muestra en condiciones seguras, un documento de instrucciones para la recogida y envío de la sangre, así como una hoja de recogida de datos que ha de ser cumplimentada por el facultativo que realice la extracción.

c) Extracción de la SCU en centros sanitarios públicos con destino a bancos privados.

El requisito de autorización previa de la unidad de obstetricia encargada de la obtención es común para la extracción de SCU con destino a bancos públicos y privados. En el primer caso, la maternidad deberá estar adscrita a alguno de los bancos públicos de cordón. Los bancos privados, por su parte, habrán de contar con un acuerdo expreso con la unidad o servicio de obstetricia que vaya a atender el parto, al cual remiten a los futuros padres con el fin de que los facultativos realicen la recogida de la muestra en el dispositivo facilitado por el propio banco a sus clientes.

Sin embargo, es cada vez más frecuente que los clientes de los bancos privados acudan a la sanidad pública con la pretensión de que sean los facultativos de los hospitales del Sistema Nacional de Salud los que realicen la extracción de la SCU y su recogida en el dispositivo para su traslado a un banco privado.

A pesar de que algunos bancos privados de SCU ofertan o sugieren a sus clientes esta posibilidad, lo cierto es que se trata de una práctica no prevista por la normativa de aplicación. Existen al menos dos razones fundamentales que impiden que pueda llevarse a cabo la extracción de SCU en las maternidades de los hospitales públicos con destino a bancos privados.

La primera de ellas es la ausencia de una previsión normativa expresa que avale esta pretensión. En efecto, ni el Real Decreto 1301/2006 contempla esta posibilidad, ni el **Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre**, incluye esta prestación en la cartera de servicios básicos y comunes del Sistema Nacional de

Salud, ni siquiera como prestación cuyo coste puede ser reclamado a los propios padres. El principio de legalidad que constriñe la actuación administrativa – y a la de sus agentes, en este caso los facultativos de hospitales públicos – impide que, sin una previsión expresa, pueda atenderse tal solicitud basándose en el mero hecho de que la norma no lo impide pues, de todos es sabido, que la Administración se encuentra habilitada únicamente para realizar lo que la ley le permite de forma expresa, no lo que la ley no le impide. Así, y dado que en el Anexo III del Real Decreto 1030/2006 no se contiene mención alguna que pueda dar cobertura a las referidas solicitudes, ni en el apartado relativo al tratamiento de enfermedades de la sangre u órganos hematopoyéticos (apartado 5.1.4), ni en la atención al embarazo y al parto (apartados 5.1.11 y 5.3.6) ni en el apartado 5.2.16 en el que se incluye el trasplante de células progenitoras hematopoyéticas procedentes de médula ósea, sangre periférica y sangre del cordón umbilical cuando exista una indicación clínica establecida, habremos de concluir que no cabe la extracción de material biológico en centros públicos para su depósito en centros privados.

Una segunda razón de orden administrativo impide también la práctica de estas extracciones de SUC con destino a bancos privados ya que, en cualquier caso, la maternidad en que se proceda a la extracción ha de estar autorizada para ello según lo ya comentado, lo que excluye en todo caso a la gran mayoría de servicios de obstetricia de hospitales públicos que, a fecha de hoy, no cuentan con la oportuna autorización.

Pero aún tratándose de servicios autorizados para la extracción, ya hemos visto que la norma de referencia exige que estén adscritos a un banco de SCU a través del correspondiente documento acordado entre la unidad de obtención y el establecimiento de tejidos en el que se ha de incluir un protocolo consensuado en el que figuren las condiciones de obtención, preparación y transporte de las muestras (Anexo I.1.c del Real Decreto 1030/2006). La autorización administrativa para que una unidad asistencial de un centro público pueda operar como servicio de extracción de SCU lleva aparejada su adscripción a un banco público por lo que, en ningún

caso, las donaciones pueden tener como destino un banco privado con el que no se tiene establecido el correspondiente acuerdo y protocolo de actuación.

Nada hubiera impedido, como apuntan algunos expertos, que el Sistema público hubiera podido funcionar como proveedor de los bancos privados si así se hubiera querido que fuese, pues, con haber previsto de forma expresa esta posibilidad en el Real Decreto que regula los bancos de tejidos y haber modificado la cartera de servicios para incluir, como prestación del Sistema, pero con cargo a los propios interesados, la extracción y recogida de la SCU para su traslado a bancos privados, esta práctica hubiera quedado legalmente amparada.

Sin embargo, lo cierto es que tal regulación no se ha producido, y esto obliga a los padres que deseen preservar de forma privada la SCU de sus hijos a costear, no sólo el servicio de transporte, procesamiento y almacenamiento de la muestra, sino también a tener que hacer frente a los gastos correspondientes al parto en una clínica privada asociada al banco privado de su elección, lo cual, obviamente, desincentiva aún más la opción por el depósito autólogo de SCU en bancos privados y opera a favor de la donación a bancos públicos.

VI.- Bancos públicos y bancos privados de sangre de cordón umbilical.

A lo largo del presente trabajo hemos venido haciendo continuas referencias a la dicotomía bancos públicos- bancos privados de SCU. El origen de la misma ha quedado expuesto ya desde el planteamiento de la mayoría de las cuestiones que nos ocupan en el presente trabajo. Y es que la realidad nos demuestra que, a pesar de los principios de solidaridad, gratuidad, equidad en el acceso, y prohibición de ánimo de lucro que rigen las actividades de obtención, conservación y uso de células y tejidos humanos, el hecho es que decenas de familias españolas están conservando la SCU extraída en el momento del parto y enviándola a bancos privados españoles o extranjeros para una eventual utilización futura en tratamientos de enfermedades del hijo o de familiares directos. El coste de este servicio se sitúa, dependiendo de la empresa de que se trate, entre los

1.500 y los 2.000 € por unidad de sangre almacenada, lo que convierte a esta práctica en un negocio potencialmente lucrativo si tenemos en cuenta que en España nacen aproximadamente 450.000 niños cada año.

a) Consideraciones previas.

A la vista de estos datos no es de extrañar que haya existido –y exista en la actualidad- una enconada controversia entre partidarios de bancos públicos y bancos privados de SCU que ha llevado incluso a que en nuestro país se hayan puesto en funcionamiento bancos privados sin la preceptiva autorización⁴³, o se hayan dictado normas contradictorias al respecto: así, la Comunidad Autónoma de Madrid, en contra de lo previsto en el Real Decreto 1301/2006, publicó el **Decreto 28/2006, de 23 de marzo**, que permitía la creación de bancos privados para uso privativo de SCU en su ámbito territorial. La pugna, como tendremos ocasión de exponer en el apartado siguiente, ha llegado a los tribunales de justicia: el Ministerio de Sanidad ha impugnado el Decreto madrileño, y la Comunidad de Madrid y varias empresas privadas han hecho lo propio con el Real Decreto estatal. Por el momento, los Tribunales únicamente se han pronunciado sobre las solicitudes de suspensión de ambas normas que formularon los recurrentes, fallando en contra de la suspensión del Real Decreto 1.301/2006 que, por lo tanto, mantiene su vigencia, y acordando, en cambio, la suspensión cautelar del Decreto madrileño que, de esta forma, se ve momentáneamente privado de eficacia en tanto se resuelva el fondo del asunto.

Más tarde volveremos sobre esta cuestión, pero sirva lo hasta aquí dicho para ilustrar el alcance de la polémica en torno al funcionamiento de bancos privados de SCU en nuestro país.

Para retomar el análisis cronológico que veníamos haciendo en epígrafes anteriores, recordaremos que, antes de la entrada en vigor del Real Decreto

⁴³ En enero de 2006, la Conselleria de Sanidad de la Comunidad Valenciana suspendió cautelarmente la actividad de una empresa de Paterna (Valencia), la primera en España dedicada a crioalmacenar sangre obtenida del cordón umbilical para extraer células madre personalizadas, ya que no contaba con la autorización de la administración sanitaria (Diario El Mundo, 26/02/2006)

1.301/2006, el régimen jurídico sobre creación, autorización y funcionamiento de bancos de células y tejidos estaba constituido por el Real Decreto 411/1996. Esta norma, recordamos, sometía la creación de bancos de tejidos y células a una autorización previa del órgano competente de la correspondiente Comunidad Autónoma que debía comprender cada una de las actividades y cada uno de los procedimientos que se realizasen en el banco (art. 14 del RD 411/1996).

A pesar de no prever de forma expresa la posibilidad de creación de bancos privados de tejidos, lo cierto es que la norma no distinguía, de modo que, a priori, entidades privadas podrían solicitar y obtener la correspondiente autorización para el inicio de su actividad. Sin embargo, no se crearon bancos privados de SCU en España al amparo de esta norma. ¿Por qué? Dos de los requisitos fijados en el Real Decreto 411/1996 los hacían claramente inviables: por un lado, el art. 16.1 establecía claramente que el banco “*garantizará la distribución equitativa de los mismos (los tejidos) en caso de disponibilidad insuficiente*”. Evidentemente, la distribución equitativa no casa con el uso privativo que los bancos de SCU pretendían ofertar a sus clientes. Por otro lado, existía un segundo escollo igualmente insalvable: el carácter no lucrativo que el art. 16.3 exigía a los bancos, que únicamente podrían obtener las compensaciones económicas que cubriesen los gastos de su actividad que estableciese el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

De este modo, el sector privado nacional se veía imposibilitado para dar repuesta a la creciente demanda de criopreservación para uso privativo de la SCU, mientras empresas radicadas en alguno de los veintinueve Estados europeos con legislación más permisiva establecían alianzas comerciales con laboratorios españoles o anunciaban directamente en Internet la posibilidad de congelar las células madre procedentes del cordón umbilical en el momento del parto para trasladarlas a un banco privado británico⁴⁴,

⁴⁴ En julio de 2005 Smart Cells España, una sociedad mixta entre el Laboratorio de Análisis del doctor Alfonso Echevarne y la multinacional Smart Cells internacional, dio a conocer el kit de extracción y envío Smart Baby para la criopreservación de SCU de los recién nacidos. En menos de dos años esta empresa ha obtenido más de 2.000 clientes en

holandés, alemán o belga, y trasplantarlas en un futuro para combatir enfermedades como linfomas, leucemias y tumores infantiles.

Recordemos que la Directiva europea de marzo de 2004, a pesar de instar a los Estados miembros a orientar su legislación interna hacia los principios de altruismo, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro y equidad en el acceso a las células y tejidos, no prohibía la existencia de bancos privados para uso privativo de la SCU. Sin embargo, y a pesar de la existencia de un mercado libre en otros Estados, la cuestión no estaba exenta de controversia. Sirva como ejemplo un editorial publicado por la revista británica “*The Lancet*”⁴⁵ en el que se recogían las críticas vertidas por el Royal College of Obstetrics and Gynaecology sobre el sistema de almacenamiento individual de SCU por parte de los siete bancos privados radicados en el Reino Unido, que se aprovechan de la vulnerabilidad de los padres a través de promesas diferidas sobre el uso en medicina regenerativa de las células de cordón umbilical para combatir enfermedades como la diabetes, las cardiopatías o el Parkinson, mientras las posibilidades reales del uso autólogo de este material biológico se sitúan en porcentajes de entre 1/1.000 a 1/200.000. Según esta prestigiosa revista británica, las razones que limitan el uso autólogo de la SCU son, por un lado, que el número de células madre que se pueden extraer de cada cordón son normalmente insuficientes para el tratamiento de una persona que pese más de 50 kilogramos, por otro, que en la mayoría de las ocasiones, el trasplante de la sangre del propio cordón umbilical del niño no está recomendado ya que la propia enfermedad está presente en el momento del nacimiento en la sangre de su cordón umbilical, y por otro lado, que la generalización del depósito de SCU para uso privativo pondría en peligro la disponibilidad de las mismas en bancos públicos para el beneficio colectivo.

España. Cuando la SCU llega a BioVault, el laboratorio de Smart Cells ubicado en Plymouth (Reino Unido), las células madre de la SCU son aisladas y sometidas a un proceso de congelación controlado que asegura la disponibilidad de este material para un eventual uso terapéutico posterior.

⁴⁵ Umbilical cord blood banking Richar Branson’s way. *The Lancet*. Vol. 369. February 10, 2007.

Sea como fuere, lo cierto es que la imposibilidad legal de creación en España de bancos privados de SCU para uso autólogo permitió que las empresas extranjeras pusieran en marcha su negocio en nuestro país intentado instalarse en determinadas Comunidades Autónomas –hasta cinco solicitudes de apertura fueron denegadas en base a la legislación española–, u ofertando el traslado de la SCU para su depósito en bancos privados radicados fuera de nuestro país. Esta práctica resultaba dudosamente legal, ya que chocaba con los principios de donación altruista y anónima y con el hecho de que en nuestro país las donaciones de células y tejidos no podían ser dirigidas a una persona determinada. Sin embargo, con la normativa existente, las autoridades españolas no podían evitar que se produjese la salida de SCU con destino a bancos privados europeos. El vacío legal en el que se amparaba la actividad de estas empresas lo encontramos en el art. 20 del Real Decreto 411/1996 que, si bien exigía una autorización expresa del Ministerio de Sanidad y Consumo, tras un informe de la ONT, para la salida de un tejido humano fuera de España, restringía este régimen de autorización administrativa previa a los casos en que los tejidos saliesen de un banco de tejidos español con la exclusiva finalidad de ser trasplantados a un paciente. Por lo tanto, en la simple extracción de la SCU en el momento del parto y su envío a otro país, no se daba la *conditio iuris* para la aplicación de esta norma ya que, por un lado, la SCU no salía de un banco de tejidos, pues no había llegado a donarse a ninguno y, por otro, su salida de España no se producía con la finalidad concreta de ser trasplantada, sino simplemente con la finalidad de ser congelada y almacenada para un incierto, eventual y, en todo caso, futuro uso terapéutico.

La situación exigía una actualización de la normativa existente que, por un lado, contemplase de forma expresa la viabilidad jurídica de la actividad de los bancos privados en España y, por otro, se pronunciase sobre la salida de células y tejidos humanos a terceros países con fines distintos al trasplante.

Durante los trabajos de redacción del proyecto de Real Decreto 1.301/2006 quedó claro ya que la postura del Ministerio de Sanidad y de la ONT no

iba a ser precisamente favorable a la posibilidad de utilización privativa de la SCU⁴⁶.

Las razones que avalan la elección de un sistema de bancos públicos y la regulación restrictiva de la iniciativa privada en este campo que finalmente plasmó el Real Decreto 1.301/2006 pueden resumirse en los siguientes puntos:

En primer término, los criterios contenidos en las Directivas europeas instan a los Estados a legislar a favor de un sistema público de bancos de células y tejidos basado en los principios de solidaridad, gratuidad, equidad en el acceso y ausencia de ánimo de lucro.

Por otro lado, la Organización Nacional de Trasplantes teme que la introducción del factor negocio en el mundo del trasplante de material biológico pudiera ser perjudicial para un sistema como el español, que ha alcanzado las cotas de eficiencia y excelencia ética de las que disfruta en la actualidad gracias, en parte, al principio de donación altruista de los órganos y tejidos, de forma que éstos pueden ser empleados para cualquier persona con criterios de equidad. El depósito de SCU con la finalidad de ser usado por sus titulares rompe el principio de solidaridad que impide, salvo en casos muy concretos, las llamadas donaciones dirigidas.

Además, se estima que el ánimo de lucro de los bancos privados puede hacer que se difunda información comercial que alimente expectativas desmesuradas sobre el uso terapéutico de las células de cordón umbilical.

Numerosos expertos⁴⁷ en el ámbito de la medicina y, especialmente, en el del trasplante de progenitores hematopoyéticos, se han expresado en contra del almacenamiento autólogo de la SCU por la poca utilidad reconocida que tiene, ya que la probabilidad de que las unidades de SCU almacenadas sean utili-

⁴⁶ El Coordinador Nacional de Trasplantes manifestó en julio de 2005 que “El Ministerio de Sanidad y la ONT están en contra de los bancos privados de cordón umbilical (...)El problema es que se juega con la sensibilidad de los padres hacia la eventualidad de una futura enfermedad de sus hijos” (*Diario Médico*, 6 de julio de 2005)

⁴⁷ Fuente: Borrador del Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical (*Versión para la Subcomisión de Progenitores Hematopoyéticos*, diciembre 2006), pg. 16.

zadas finalmente para el niño del que proceden son extremadamente bajas (en torno al 0,04%).

Se considera, por otro lado, que los bancos públicos son suficientes para garantizar la disponibilidad de la SCU necesaria. Según datos del Ministerio de Sanidad, a 31 de diciembre de 2006, España contaba con 24.445 unidades de SCU almacenadas en siete bancos públicos, lo que representaba un 10% del total en el mundo. Con el fin de fomentar las donaciones hasta alcanzar, en los próximos 8 años, un total de 60.000 unidades almacenadas, a un promedio de 5.000 al año, el Ministerio de Sanidad ha diseñado un Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical que en el momento de finalización del presente trabajo se encuentra en avanzada fase de elaboración. Se estima que con un inventario de 60.000 unidades en España, junto a las disponibles en otros bancos de países occidentales (unas 200.000 entre todos) se alcanzará prácticamente el máximo de probabilidad de que pueda encontrarse una unidad apropiada para cada paciente. Si tenemos en cuenta que sólo entre un 30-50% de las colectas de SCU alcanzan a reunir los requisitos necesarios para ser almacenados en un banco público (celularidad adecuada, ausencia de infecciones o contaminación, etc...), lo cierto es que el número de colectas a realizar en los próximos 8 años para alcanzar la cifra de 60.000 –contando con las 25.000 existentes– sería de unas 13.000 anuales, esto es, menos de 40 diarias, para lo que sobraría con entre cuatro y seis bancos públicos conectados con un número limitado de maternidades.

Una vez completado el inventario, el esfuerzo siguiente es sólo el de reposición, del orden del 2-3% anual, que es la proporción de unidades que se viene utilizando. Sobre la base de esta realidad es simplemente demagógico hacer planes de multiplicación de bancos de SCU y de centros de extracción públicos, así como sostener la necesidad de existencia de bancos privados. El argumento de que una gran mayoría de las madres pudiera tener la satisfacción moral de contribuir es emotivamente grato, pero carece de sentido de acuerdo a criterios económicos de eficiencia.

Otra razón que sustenta la apuesta estatal por los bancos públicos es el hecho de que, si se abriera la posibilidad de almacenamiento privado, es muy posible que la población reclamase la inclusión de esta prestación (la extracción y depósito privativo de la SCU) en la cartera de Servicios del Sistema Nacional de Salud.

Si tenemos en cuenta que el coste de la recogida y almacenamiento de cada unidad se sitúa en unos 1.200 euros, y ponemos este dato en relación con los 450.000 nacimientos que se producen cada año en nuestro país, la cifra resultante –540 millones de euros– resulta desproporcionada en relación con la utilidad de esta medida, lo que claramente desaconseja su inclusión en la cartera de servicios de cualquier sistema sanitario público.

La extensión ilimitada de esta prestación haría necesaria la acreditación de todas y cada una de las maternidades de los hospitales públicos españoles y su adscripción a un banco público de SCU para, de ese modo, poder cumplir con el eventual deseo de todas las parturientas de que se almacenase el cordón umbilical de su hijo, lo cual resulta a todas luces innecesario y contrario a la eficiencia del sistema.

b) Régimen jurídico de los bancos públicos y privados de sangre de cordón umbilical.

La creciente demanda, tanto científica como social, de regulación de bancos de sangre de cordón umbilical, la controversia suscitada en torno a esta cuestión, y la necesidad de trasponer las Directivas Europeas 2004/23/CE y 2006/17/CE dentro del plazo fijado (noviembre de 2006) hacían inaplazable una norma que abordase de forma inequívoca una regulación completa y específica de los bancos de SCU ya que, hasta la fecha, la normativa aplicable, constituida por el Real Decreto 411/1996 y las disposiciones autonómicas sobre bancos de tejidos⁴⁸ y sobre

⁴⁸ Decreto 81/1997, de 13 de marzo, que regula los bancos de tejidos en Andalucía; Decreto 29/2001, de 13 de febrero, que establece la organización de la red transfusional y de suministros de tejidos humanos en el País Vasco; Decreto 76/1998, de 31 julio, sobre Reorganización del Banco de Sangre y creación del Banco de Tejidos de la Comunidad Autónoma de Baleares; Decreto 217/1997, de 24 julio, por el que se regula la utilización de tejidos humanos en Galicia; y Decreto 24/1992, de 6 marzo, por el que se establecen las normas de autorización de

autorización de centros, servicios y establecimientos sanitarios resultaba incompleta y no daba respuesta a las nuevas necesidades científicas y sociales.

Sin embargo, antes de que se vieran culminados los trabajos para la aprobación del texto del Real Decreto 1.301/2006, la Comunidad Autónoma de Madrid se apresuró a publicar una regulación propia. Sobre la base de sus competencias estatutarias para el desarrollo y ejecución en materia de sanidad e higiene (art. 27.4 y 5 de la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero) y para la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social (art. 28.1.1 y 28.1.10 de la misma norma), el gobierno autonómico aprobó el Decreto 28/2006, de 23 de marzo, con el que pretendía situar a la región de Madrid al mismo nivel que otros países en los que los depósitos privados de sangre de cordón umbilical funcionan ya desde hace años como el Reino Unido, Dinamarca, Holanda, Alemania, Polonia, Chipre, Grecia, Hungría y Austria.

Con el objeto de establecer los requisitos técnicos y funcionales necesarios para la constitución y el funcionamiento de los depósitos de sangre procedente de cordón umbilical en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid, el Decreto 28/2006 permite la autorización de depósitos de SCU que tengan como finalidad el depósito, procesamiento, criopreservación, almacenamiento y el control de calidad de la sangre procedente de cordón umbilical para su utilización terapéutica (art. 2). El depósito de SCU en estos centros se efectuará siempre de manera que quede constancia de su carácter voluntario, sin perjuicio del precio correspondiente a la conservación de los mismos, que deberá hacerse público (arts 3 y 5). De este modo, una vez autorizados por la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid en base a los requisitos establecidos en la Orden de desarrollo de este Decreto (**Orden 837/2006, de 6 de abril**), podrían comenzar a funcionar bancos privados de SCU para uso autólogo en la Comunidad de Madrid.

Sin embargo, este Decreto fue impugnado por el Ministerio de Sanidad ante el Tribunal Superior de

Justicia de Madrid al entender que, con esta norma, el gobierno regional se había excedido de sus competencias reglamentarias y había dictado una norma contraria, no sólo a la literalidad de la legislación estatal de referencia (Real Decreto 411/1996) sino al espíritu de las Directivas Europeas que en materia de bancos de células y tejidos apostaban de manera decidida por la donación altruista, la gratuidad, el acceso equitativo y la ausencia de ánimo de lucro en la conservación y uso de la SCU. Además, el Decreto impugnado – según la Abogacía del Estado – adolece de vicios formales invalidantes ya que se tramitó a propuesta de la Consejería de Sanidad y Consumo, oído el Consejo de Estado –que con fecha 16 de marzo de 2006 informó en contra de la aprobación de la norma–, pero sin oír a terceros interesados. Por ello, además de solicitar su anulación, la Abogacía del Estado postulaba la suspensión cautelar del mismo basándose en la irreparabilidad o difícil reparación de los daños que la ejecución de la disposición puede ocasionar ya que, en el supuesto que nos ocupa –y a pesar de que también puede existir un daño de naturaleza económica– los posibles daños son de naturaleza mucho más amplia, pues la plena vigencia de la disposición impugnada durante todo el tiempo que dure la tramitación del proceso podría, en caso de ser estimado, producir un grave menoscabo de los siguientes principios: el de seguridad jurídica, al que tienen derecho todos los destinatarios de la norma; el principio de primacía del Derecho Comunitario, ya que sobre la materia no sólo existe normativa estatal básica, e incluso normativa de la propia Comunidad de Madrid, sino que se hallaba en vías de trasposición la Directiva Comunitaria 2004/23/CE, por lo que no parece razonable aplicar un Reglamento que la ignore. La Abogacía del Estado señalaba también que dicha Directiva tiene un contenido mucho más amplio y en ocasiones diferente del propio articulado del Decreto que se impugna, por lo que no estando armonizado el contenido de éste último con el contenido de la legislación básica todavía vigente y debiendo ser objeto de inminente trasposición dicha Directiva, se considera de interés público la suspensión de su vigencia durante la tramitación del presente procedimiento; y, finalmente, porque se halla en juego el respeto al normal

desarrollo del esquema competencial establecido en la Constitución al producirse una distorsión cuando la supuesta norma de desarrollo presenta un carácter más ambiguo y genérico que la propia norma desarrollada y resultando, en algunos extremos, contraria a la misma, por lo que el menoscabo de tales principios se traduciría en una situación de daño para el interés público y de terceros, lo que se agrava por la existencia de numerosos interesados que se verán afectados de modo directo por la aprobación de la norma.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid – Sala de lo Contencioso Administrativo-, mediante Auto de 4 de mayo de 2006, acordó la suspensión cautelar del Decreto madrileño al considerar que existe el riesgo, de no adoptarse la medida cautelar de suspensión, de que el proceso pudiera perder su finalidad legítima. *“En primer lugar, porque los perjuicios que pudieran derivarse en caso de aplicarse el decreto impugnado no son de carácter puramente económico -sin perjuicio de las repercusiones de tal índole a que pudiera dar lugar- sino que afectan a las relaciones con la legislación básica estatal y el derecho comunitario, incidiendo en un ámbito -el sanitario- de indudables repercusiones económicas, jurídicas y sociales, y en este sentido no cabe desconocer que el Decreto impugnado prevé expresamente un sistema de autorizaciones para el establecimiento de depósitos de sangre procedente de cordón umbilical con las consecuencias y expectativas de todo orden que ello conlleva, tanto en relación con las instituciones, centros y entidades a las que se concedan, como en relación con todos los usuarios implicados en el sistema, pudiendo por lo tanto generar unos perjuicios que desde luego serían difíciles de evaluar”*. Además, y sin entrar en el análisis del fondo de la cuestión, el Tribunal aprecia *prima facie* “posibles omisiones en el procedimiento de elaboración del Decreto, puestas de manifiesto en el dictamen evacuado por el Consejo de Estado sobre el proyecto remitido por la Comunidad de Madrid, así como (...) una posible falta de total compatibilidad entre el sistema que diseña la disposición impugnada y los principios inspiradores de la legislación básica estatal sobre la materia, y, en especial, el Real Decreto 411/1996 (...) Todo lo cual aconseja

otorgarles una virtualidad meramente provisional y, dada la existencia de posibles perjuicios difíciles de evaluar, otorgar la medida cautelar de suspensión solicitada”.

Así las cosas, suspendida la aplicación del Decreto madrileño, el Gobierno aprobó finalmente el Real Decreto 1.301/2006, de 10 de noviembre, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos.

Con la entrada en vigor de esta norma, el 13 de noviembre de 2006, España se convirtió en el primer país de la Unión Europea en trasponer las Directivas 2004/23/CE y 2006/17/CE.

Como adelantábamos anteriormente, el Real Decreto ha sido impugnado ante el Tribunal Constitucional por la Comunidad Autónoma de Madrid y por varias empresas privadas ante el Tribunal Supremo. Ambas instancias judiciales se han pronunciado en contra de la solicitud de suspensión cautelar de la norma estatal, por lo que ésta continúa, a día de hoy, plenamente en vigor sin perjuicio del fallo que finalmente adopten los tribunales sobre el fondo de la cuestión.

El Tribunal Supremo –Sala de lo Contencioso Administrativo- rechazó la medida cautelar de suspensión mediante Sentencia de 22 de febrero de 2007 señalando que *“no existe un razonamiento que defienda, por un lado, la suspensión de todo el Real Decreto, tanto en lo que se refiere a su objeto, ámbito de aplicación, definiciones, gratuidad, promoción y publicidad, confidencialidad, como a la regulación de la donación y obtención de células y tejidos humanos, su procesamiento y almacenamiento y los sistemas de información, seguimiento y biovigilancia (...) ni realiza un discurso acerca de cómo aquí el interés privado ha de ser prevalente respecto al público para suspender todo un Real Decreto ni tampoco expone argumentos individualizados respecto a los distintos preceptos cuya suspensión se pretende alternativamente. Nada se justifica, ni siquiera se argumenta, a cerca de que la aplica-*

ción del Real Decreto pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional rechazó la petición de la Comunidad de Madrid de suspender el Real Decreto mediante Auto de 23 de mayo de 2007 estimando que *“su suspensión generaría evidentes perjuicios para el interés general, ya que quedarían sin regulación numerosas actividades relacionadas con la aplicación terapéutica de células y tejidos humanos, con el consiguiente riesgo para la salud pública”*. El Tribunal razonó también que no basta con la mera invocación de daños, sino que la Comunidad de Madrid debería haber acreditado, o cuando menos, razonado convincentemente la existencia de los perjuicios que alega, ya que *“los preceptos cuestionados por la Comunidad Autónoma de Madrid no impiden el funcionamiento de los bancos privados, sino que únicamente exige que éstos cumplan los requisitos establecidos en la norma que constituye el objeto del conflicto positivo de competencia”*. Para el Tribunal Constitucional, *“los perjuicios invocados, que se cifrarían en la eventual invasión de la competencia autonómica, no son efectivos y actuales, sino potenciales e hipotéticos”*.

Así pues, la regulación vigente en materia de autorización de bancos de SCU se encuentra fundamentalmente recogida en el Real Decreto 1.301/2006, norma que parte de la posibilidad teórica de coexistencia de bancos públicos y privados de SCU. Lo cierto, sin embargo, es que el régimen de autorización y funcionamiento de los establecimientos de depósito de SCU apuesta claramente por los bancos públicos y desincentiva la existencia de bancos privados hasta el punto de hacerlos prácticamente inviables en nuestro país.

En efecto, el Real Decreto 1301/2006 deja claro ya desde su exposición de motivos que si prevé la posibilidad de existencia de establecimientos entre cuyas actividades figuren la preservación de células y/o tejidos para un eventual uso antológico se debe, no a la existencia de una base científica o al respaldo de las instituciones europeas a esta práctica, sino al mero hecho de que este tipo de establecimientos está presente de forma generalizada en países de nuestro entorno.

Sin embargo, y a pesar de que el art. 14 del Real Decreto permite que las actividades relacionadas con el procesamiento, almacenamiento y distribución de células y tejidos humanos sean desarrolladas por cualquier centro –público o privado- que cuente con la debida autorización administrativa, lo cierto es que la existencia de bancos privados de SCU resulta materialmente inviable debido a las siguientes razones:

- a) **La condición imperativa de que las actividades de los establecimientos de tejidos no tendrán carácter lucrativo** y que exclusivamente podrán repercutir los costes efectivos de los servicios prestados por el desarrollo de las actividades autorizadas (art. 3.5), lo cual hace que esta actividad no resulte atractiva para la iniciativa privada, al no poder obtener las ganancias inherentes al desarrollo de toda actividad de mercado.
- b) Las actividades de promoción y publicidad de la donación u obtención de tejidos y células humanos han de realizarse siempre de forma general, sin buscar un beneficio para personas concretas, y señalándose su carácter voluntario, altruista y desinteresado (art. 4.1). Esta norma resultaría vulnerada por la información comercial que difunden las empresas privadas y que alienta a sus potenciales clientes a preservar la SCU de sus hijos con el claro objetivo de que sea el propio niño, o un pariente cercano, quien se beneficie de forma exclusiva de un hipotético trasplante de progenitores hematopoyéticos de la SCU, lo que en la terminología del actual Real Decreto 1.301/2003 se denomina *uso antológico eventual*⁴⁹. Esta prohibición de publicidad directa, si se llevase a la práctica, anularía literalmente las posibilidades de captación de clientela de los bancos privados de SCU

⁴⁹ Es decir, las células se preservan para su aplicación hipotética futura en la misma persona sin que exista una indicación médica establecida en el momento de la obtención e inicio de la preservación (art. 2.2.c Real Decreto 1.301/2006)

ya que su línea de negocio se basa, precisamente, en ofertar a sus clientes que ellos serán los únicos que, llegado el caso, podrán beneficiarse de la capacidad terapéutica de las células madre extraídas en el momento del parto y depositadas en sus instalaciones.

- c) En relación precisamente con esto último, son los artículos 7.2 y 27.2 los que dan el golpe de gracia a la viabilidad de los bancos privados de SCU al **impedir la posibilidad de que estos bancos garanticen el uso privativo de las células madre que almacenen** ya que las células y tejidos depositados deberán estar disponibles para su aplicación a otros receptores compatibles, cuestión ésta de la que deben ser informados los potenciales clientes antes de la contratación del depósito. La estrategia comercial con la que los bancos privados de SCU tratan de sortear este problema es la garantía a los padres de que si, llegado el momento en que fuera necesaria la SCU de su hijo, ésta hubiera tenido que ser entregada para su aplicación alogénica para un procedimiento terapéutico con indicación médica establecida en un receptor adecuado, la empresa titular del banco se compromete a devolver a sus clientes el importe de la conservación, pero no así la parte correspondiente a la obtención y el procesamiento. Así, a duras penas, la iniciativa privada trata de salvar este verdadero escollo normativo a su actividad.

Los requisitos que el Real Decreto impone a la existencia de los bancos privados de SCU (ausencia de ánimo de lucro, prohibición de publicidad personalizada, e imposibilidad de reserva de la SCU para el uso de sus titulares) equivale, para muchos, a una prohibición encubierta de esta actividad ya que, bajo esas condiciones, resulta económica y comercialmente insostenible en nuestro país la actividad de depósito de SCU en bancos privados.

VII.- Depósito de la sangre de cordón umbilical en bancos privados extranjeros.

En relación con los bancos de SCU, resta examinar las condiciones a las que la actual normativa somete la posibilidad de que las muestras de sangre de cordón umbilical sean enviadas a un banco privado radicado en otro país con el objetivo de salvar, por la vía del fuero territorial, los escollos al funcionamiento de los bancos privados contenidos en la normativa española actual.

Precisamente una de las vías que explotan los bancos privados autorizados para operar en España es la de ofertar a sus clientes la posibilidad de que la SCU de sus hijos sea almacenada, en lugar de en un banco con sede en España –que estaría sometido a las reglas de ausencia de ánimo de lucro y, sobre todo, a la exigencia de tener que entregar la muestra en caso de que resultase histocompatible con un receptor con indicación médica de trasplante- en un banco privado situado en alguno de los países cuya legislación permite el almacenamiento antológico eventual o privativo.

En primer término es preciso destacar que la importación y exportación de sangre de cordón umbilical y progenitores hematopoyéticos para trasplante, con finalidad terapéutica o de restauración de funciones, está expresamente excluida del ámbito de aplicación del **Real Decreto 65/2006, de 30 de enero, que establece los requisitos para la importación y exportación de muestras biológicas** (art. 2.2)

En este caso, el Real Decreto 1.301/2006 prevé que la exportación de células y tejidos requiere una autorización previa que deberá ser solicitada “*por el establecimiento de tejidos, con el conocimiento previo de la unidad de coordinación de trasplantes de la comunidad autónoma que corresponda*”. A partir de ahí, corresponde a la ONT dar traslado de las solicitudes a la Subdirección General de Sanidad Exterior del Ministerio de Sanidad y Consumo, junto con su informe, para su tramitación (art. 23.4 del Real Decreto 1.301/2006).

A la vista del régimen de autorización previsto en el Real Decreto 1.301/2006 cabría preguntarse si,

como sucedía con la anterior norma de referencia (el Real Decreto 411/1996) este severo requisito va únicamente a considerarse aplicable a la salida de células y tejidos humanos de España con la exclusiva finalidad de su aplicación terapéutica actual (lo que dejaría nuevamente en el vacío la actividad de exportación de SCU para su simple almacenamiento en un banco privado de otro Estado, sin indicación terapéutica actual) o si, por el contrario, el régimen autorizador previsto resulta exigible también respecto a la salida de SCU con destino a bancos privados extranjeros para un uso antológico eventual.

Lo cierto es que el Real Decreto no se pronuncia de manera clara al respecto. Y dado el impacto de la medida, una vez que se ha restringido la posibilidad de almacenamiento para uso privativo en nuestro país, pudiera pensarse que la norma resulta intencionadamente confusa; de otro modo, no se entiende cómo se ha dejado sin clarificar una cuestión tan candente como la del depósito de SCU en bancos privados extranjeros.

Si atendemos a lo previsto en el art. 23 del Real Decreto 1.301/2006, lo cierto es que la actividad administrativa aparece claramente tasada en este punto, no quedando demasiado margen a la discrecionalidad. Según el apartado 3 del art. 23 sólo se autorizará la exportación de tejidos y células si concurren dos circunstancias (no se dice si de forma acumulativa o alternativa), a saber: que existe disponibilidad suficiente de dichas células y/o tejidos en los establecimientos de tejidos nacionales; y/o, que existe una razón médica que justifique la exportación.

A la vista de estas premisas, las solicitudes de autorización para la exportación de unidades de SCU obtenidas en nuestro país para su almacenamiento en bancos privados extranjeros debieran encontrar bastantes dificultades para su aceptación pues, en primer término, no contamos por el momento con un excedente de SCU en bancos nacionales que permita a la ONT informar favorablemente la exportación y, en segundo término, en los casos de uso antológico eventual no concurre la indicación médica que justifique la exportación.

La única salida posible, ante la aplastante realidad, será acudir nuevamente a la figura del “vacío legal” y considerar, una vez más, que el régimen de autorización está previsto únicamente para la exportación de células y tejidos con finalidad terapéutica. La falta de concreción en este punto del Real Decreto resulta más que sospechosa, sobre todo si tenemos en cuenta la controversia en torno a la situación de los bancos privados para uso excluyente que ha perseguido a esta norma a lo largo de su tramitación.

A la vista de la total impunidad con la que los bancos privados siguen ofertando en la actualidad el depósito de unidades de SCU en bancos extranjeros para así eludir el eventual requerimiento de unidades de sangre de cordón depositadas en bancos privados nacionales en caso de necesidad por parte de un receptor compatible, no puede llegarse a otra conclusión que no sea la de que el reglamento estatal, si bien ha apostado de manera valiente por un modelo a nivel interno —el de solidaridad, altruismo, gratuidad, ausencia de ánimo de lucro y acceso equitativo a la SCU— ha preferido no llevar la medida hasta sus últimos extremos y, por la vía de la indefinición, dejar abierta una puerta falsa para las familias y las empresas que apuestan por la privacidad del depósito y el uso de la SCU.

Lo hasta aquí expuesto queda perfectamente reflejado en el borrador del Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical (versión diciembre 2006) en el que se reconoce que *“De acuerdo con el RD 1301/2006 usted puede sacar la sangre del cordón umbilical de su hijo fuera de nuestro país siempre que lo desee, sin embargo, deben cumplirse las siguientes circunstancias: a) El centro donde nazca su hijo debe tener una autorización específica para extraer SCU; b) El banco de SCU al que usted envíe la unidad de SCU de su hijo debe estar autorizado para la actividad de almacenamiento; c) Debe existir un convenio o acuerdo entre la maternidad donde nazca su hijo y el banco donde se almacene la SCU.* Hasta aquí ninguna variación respecto a los requisitos para el depósito en un banco privado radicado en nuestro país. Sin embargo, el documento continúa señalando que *“Además, y en el caso de que el banco a donde envíe la SCU de su hijo se encuentre*

fuera de la Unión Europea, usted debe cursar una solicitud de salida de nuestro país de la unidad de SCU de su hijo a la ONT.

Así pues, en materia de bancos de SCU, el Real Decreto 1301/2006 fija un estricto régimen, basado en los principios que inspiran nuestro sistema de obtención y trasplante de órganos, tejidos y células, que asfixia la iniciativa privada radicada en nuestro país, pero su interpretación oficial parece dejar un amplio resquicio a la exportación de las muestras obtenidas en nuestro país para su almacenamiento, con carácter privativo, en bancos extranjeros, especialmente del ámbito europeo.

VIII.- Promoción y publicidad de la donación u obtención de sangre de cordón umbilical.

Otra de las cuestiones más controvertidas de la actual regulación sobre obtención, almacenamiento y uso de la sangre de cordón umbilical tiene que ver de nuevo con un ámbito en el que la intervención gubernamental pone límites a la iniciativa privada. Si, como veíamos, la normativa restringe el contenido del derecho de la madre sobre la SCU hasta dejarlo reducido a la posibilidad de abandono, la facultad de donación altruista a un banco público, o el depósito en un banco privado para uso autólogo –con la condición de tener que ser entregado a requerimiento del sistema público para el tratamiento de un receptor compatible–, el Real Decreto 1301/2006 también impone severos límites a las actividades de promoción y publicidad de la donación u obtención de la SCU. Estas limitaciones, lógicamente, inciden de manera negativa en la actividad comercial de los bancos privados, que tratan, como veremos, de mantener una alta cota de captación de clientes a costa, muchas veces, de transgredir las condiciones impuestas a su actividad promocional.

La **Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad**, cuyo art. 8.1 permite, como excepción a la regla general de libertad de promoción y comunicación de actividades comerciales, que puedan someterse a regímenes específicos, entre ellas la publicidad sobre materiales o productos sujetos a reglamentación técnico-sanitaria y la de cualesquiera

otros bienes siempre que la protección de los valores y derechos constitucionalmente así lo requiera⁵⁰.

Haciendo uso de esta habilitación, el Real Decreto 1301/2006 impone a la promoción de las actividades de obtención y depósito de la SCU a una serie de limitaciones difícilmente compatibles con la actividad comercial de un banco privado de SCU.

La primera de ellas se refiere a la **prohibición de la publicidad de la obtención de células y tejidos humanos que busque un beneficio para personas concretas** (art. 4.1 del Real Decreto 1301/2006). Esta condición choca frontalmente con la razón de ser de los bancos privados de SCU, que ofertan, por definición, el almacenamiento privativo de la SCU para beneficio exclusivo de sus titulares. ¿De qué otra forma, sino aportando un beneficio para el cliente que costea el almacenamiento de la SCU, se entiende la actividad de un banco privado? Los mensajes publicitarios en este sentido son claros por parte de diversas empresas que manifiestan abiertamente en su información promocional que *“las unidades de sangre de cordón umbilical que nos son confiadas se destinarán⁵¹ a la aplicación terapéutica de su entorno familiar”* o que *“gracias a los avances científicos, podemos conservar algo tan valioso como las células madre, lo que nos ofrece una oportunidad única para preocuparnos hoy por el futuro de nuestros hijos (...) por primera vez en España, una empresa ofrece a los padres con un niño enfermo el almacenamiento gratuito de la sangre del cordón umbilical de un hermano sano (...) “Aquí se obtiene sangre de cordón umbilical del recién nacido y se congela para la futura aplicación autóloga”⁵²”*.

⁵⁰ “Los reglamentos que desarrollen lo dispuesto en el número precedente y aquellos que al regular un producto o servicio contengan normas sobre su publicidad especificarán: a) La naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación; b) La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios” (art. 8.2 de la Ley General de Publicidad)

⁵¹ <http://www.vidacord.es/content/view/48/51/>

⁵² <http://www.secuvita.es/content/start/index.shtml>

El segundo de los límites a la publicidad que es sistemáticamente trasgredido por los bancos privados es el de no señalar el carácter voluntario, altruista y desinteresado de la obtención de células y tejidos humanos (art. 4.1 del Real Decreto 1301/2006). En efecto, ninguna de las empresas consultadas⁵³, como es lógico, hace referencia alguna en su publicidad al carácter altruista de la obtención y almacenamiento de la SCU. De hecho, y en un sentido diametralmente opuesto al señalado por la norma, los bancos privados ofrecen a sus clientes la posibilidad de conservar la SCU en el extranjero con la finalidad de eludir ese carácter altruista y desinteresado que preside el sistema español y que se plasma en la obligación de los bancos privados radicados en nuestro país de poner a disposición del sistema público las unidades de SCU que tienen almacenadas en caso de que exista un paciente histocompatible que las requiera.

Al hilo de esta última reflexión encontramos en el material publicitario examinado una ausencia total y absoluta de referencias a la posibilidad de que los titulares de la muestra depositada en un banco privado sean “desposeídos” de la SCU, tal y como prevé el art. 27.2 del Real Decreto 1301/2006. Bien es cierto que la norma no exige que la publicidad de las actividades de obtención y almacenamiento contemple ese extremo en particular, limitándose a exigir en el art. 7.2 que, en estos casos, el contenido de la información facilitada con anterioridad a la obtención deberá incluir la indicación de que las células y tejidos así obtenidos estarán a disposición para su uso alogénico en otros pacientes en el caso de existir indicación terapéutica. Pero diferir u ocultar la información sobre un aspecto tan relevante no parece

que se compadezca con la buena fe que ha de presidir las relaciones contractuales.

Más difuso es, si cabe, el límite entre la publicidad legítima y la publicidad engañosa cuando examinamos la **promoción de los beneficios que los padres pueden esperar del almacenamiento de la SCU para uso privativo**, ya que en este ámbito se utilizan expresiones de contenido ambiguo entre lo que no son más que expectativas y lo que son realidades científicas.

No pretendemos en este trabajo realizar una labor interpretativa que corresponde a las Administraciones sanitarias competentes, pero sí llamar la atención a cerca de determinados mensajes publicitarios que bien podrían encuadrarse en la definición de publicidad engañosa contenida en el art. 4.3 del Real Decreto: “*En particular, se entenderá que existe publicidad engañosa en el caso de los establecimientos, centros, unidades e instituciones cuya publicidad induzca a error sobre la utilidad real de la obtención, procesamiento y preservación de células y tejidos humanos para usos autólogos eventuales, de acuerdo con los conocimientos y experiencia disponibles*”.

Nos limitaremos, por ello, a transcribir aquí algunos de los mensajes promocionales de diversos bancos privados que pueden resultar, cuando menos, confusos, y generar expectativas no contrastadas científicamente de acuerdo con las fuentes a las que aludíamos al inicio del presente trabajo.

Así, una de las empresas consultadas recurre a la eventualidad de descubrimientos futuros al afirmar que “*al igual que hace unos años se pensó que era posible curar determinadas enfermedades mediante trasplantes de células madre del cordón umbilical, que hoy son una realidad, las expectativas creadas en torno a las posibilidades que presentan los trasplantes de células madre procedentes del cordón umbilical son enormes*”. Esta y otras empresas incluyen una lista de enfermedades “*que en el futuro podrían ser tratadas con células madre*”, entre las cuales se encuentran el “*Alzheimer, la diabetes, las lesiones medulares, la esclerosis múltiple o la en-*

⁵³ **Vidacord** (primera institución privada española acreditada desde abril de 2007 por las Autoridades Sanitarias españolas como banco privado de sangre de cordón umbilical), **Secuvita** (empresa creada en enero de 2006 y que mantiene un acuerdo exclusivo con Vita 34 – uno de los bancos de células madre de cordón líderes en Europa y el primero que se creó para uso exclusivamente privado-), **Fundación Criocord** (institución española que mantiene acuerdos comerciales con Unilabs –grupo europeo de análisis clínicos- y Life Sciences –empresa europea con bancos de SCU en más de diez países-) y **Bebé Vida Spain, S.L.** (empresa nacional que oferta la criopreservación de la SCU en un laboratorio de Portugal)

fermedad del hígado”⁵⁴. Otra empresa incluye dentro de las *Aplicaciones terapéuticas, la medicina regenerativa*⁵⁵, cuando ha quedado expuesto que esta línea terapéutica con SCU no ha arrojado, por el momento, ningún resultado tangible, pues se encuentra en fase de investigación básica. Esta misma empresa se adentra incluso en el delicado terreno de ofertar esperanza a los enfermos de leucemia sobre la base de un único caso documentado de trasplante de SCU para el tratamiento de esta enfermedad⁵⁶.

En definitiva, no se trata más que de pequeños ejemplos de que la delgada línea que separa la promesa de expectativas no fundadas en conocimientos y experiencia científica disponible de las aplicaciones terapéuticas reales de la SCU, que a buen seguro obligará a las Autoridades sanitarias competentes (de conformidad con lo previsto en el art. 30.1 de la Ley General de Sanidad) a inspeccionar y controlar el cumplimiento, por parte de los bancos privados, de los estrictos límites a los que el Real Decreto 1301/2006 sujeta las actividades de promoción y publicidad de la obtención y la preservación de la SCU.

No podemos olvidar que la existencia o persistencia de publicidad engañosa, falsa o simplemente tendenciosa, conlleva la revocación de la autorización al centro, institución o unidad de tejidos que haya emitido dicha publicidad o tenga relaciones contractuales con la institución que haya emitido la publicidad (art. 4.3 del Real Decreto).

Sin perjuicio de la posible revocación de la autorización, el incumplimiento de las normas especiales que regulan este tipo de publicidad tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y en la Ley General de Sanidad (art. 8.6 de la Ley General de Publicidad).

⁵⁴ www.crio-cord.com/contenido.asp?menu=pq_conservar&seccion=3 y www.bebevida.es/celulasesaminas_aplicaciones.html

⁵⁵ www.securvita.es/content/start/index.shtml.

⁵⁶ En un Comunicado de Prensa (www.securvita.es/content/media/pdf/Trasplante_Leucemia.pdf) esta empresa ofrece esperanza a los enfermos de leucemia al hilo del primer trasplante antólogo de SCU a una niña que padece esta enfermedad publicado en la revista *Pediatrics*.

IX.- Conclusión: una breve reflexión ética.

En los sistemas democráticos las normas jurídicas se legitiman a través de la soberanía popular. Incluso los reglamentos, las normas gubernamentales, son el reflejo de esa ética de mínimos necesaria para garantizar una adecuada convivencia social.

No es este el lugar apropiado para desentrañar las complejas relaciones entre ética y derecho, pero sí para, a modo de conclusión, referirnos brevemente a los principios y valores que sustentan las disposiciones jurídicas que han sido analizadas a lo largo del presente trabajo en relación con la obtención, almacenamiento y uso de las células madre de la sangre del cordón umbilical.

Hoy en día nadie duda que la bioética nació como consecuencia del espectacular desarrollo de las ciencias biomédicas en la segunda mitad del siglo XX, y que su evolución comparte claros paralelismos con la implantación de procesos de trasplante de órganos, células y tejidos humanos.

Así, en la sistematización realizada por el profesor Diego Gracia⁵⁷, encontramos que en los años cincuenta del pasado siglo el gran tema a debate fue el de la mutilación que exigían los trasplantes de órganos de vivos (los únicos que en ese momento se podían realizar). Esta controversia fue resuelta mediante la aplicación de la doctrina aristotélica, desarrollada por Tomás de Aquino, del “doble efecto” o “voluntario indirecto” (el mal que se causa al sujeto vivo que dona un órgano se compensa por el bien que se le proporciona al enfermo receptor del trasplante), matizada por la doctrina del “mal de la parte, por el bien del todo” (que de siempre ha justificado el que uno pierda un miembro para salvar la vida), con la diferencia de que en los casos de trasplantes de vivos, la mutilación no se hace de la parte enferma, sino de un órgano sano de un sujeto. Esto obligó a echar mano de otra doctrina complementaria, también de Tomás de Aquino que, a la postre, ha tenido gran importancia en la configuración del modelo

⁵⁷ Trasplante de órganos: medio siglo de reflexión ética. Diego Gracia Guillén. *Nefrología*. Vol. XXI. Suplemento 4, 2001.

español de trasplantes de órganos, células y tejidos: la de los actos supererogatorios.

De este modo, la puesta en peligro de la propia vida por el beneficio de otro no puede ser considerada una obligación perfecta o de justicia, pero sí un acto de beneficencia que se funda en el amor, en la caridad y que, por tanto, resulta incompatible con el comercio. Y aquí encuentra el profesor Gracia el origen de la teoría de la donación: un deber imperfecto o de beneficencia al que nadie está obligado moral o jurídicamente. La donación, como acto altruista que uno puede exigirse a sí mismo, pero que nadie más tiene derecho a exigir a los demás, se consolidó desde entonces como la actitud generalmente acogida en el entorno europeo respecto a la utilización del material biológico de origen humano, a diferencia del modelo que, en esos mismos años, comenzaba a defenderse e instaurarse en la medicina norteamericana que, partiendo de una tradición filosófica y ética pragmática y utilitarista, consideró que si el ser humano tiene capacidad para donar, ha de tener también capacidad para comerciar con las partes de su cuerpo que le pertenecen.

En la década de los sesenta se sentaron las bases jurídicas y éticas del uso del material biológico de origen humano en experimentación e investigación.

Posteriormente, en los años setenta, hubo que reelaborar la teoría de la donación a raíz del comienzo de los trasplantes de cadáver. En efecto, si bien se había justificado moralmente la donación entre vivos en atención a las doctrinas mencionadas, pronto se constató la debilidad de sus cimientos: la teoría de la donación entre vivos descansaba en el hecho de que ésta se producía siempre entre parientes, lo que excluía de por sí la mercantilización del cuerpo humano. La donación entre desconocidos parecía inviable sin una fuerte compensación económica (el ejemplo norteamericano era una buena muestra de ello). El hallazgo de una fuente de órganos distinta del sujeto vivo y sano llegó cuando se pudo llevar a cabo la extracción de órganos de cadáver para ser trasplantados a un paciente vivo, lo cual, por cierto, trajo consigo nuevos problemas éticos relacionados con la definición de los criterios de muerte, cuya exposición escapa al objetivo de esta reflexión final en

torno a la donación y trasplante de progenitores hematopoyéticos de la SCU.

En los años ochenta los trasplantes de órganos y tejidos entraron a formar parte del arsenal terapéutico de los centros sanitarios de los países occidentales. Las bases éticas y jurídicas del sistema comenzaban a consolidarse por entonces (recordemos que la Ley de Trasplantes española es de 1979 y la norteamericana de 1984). Sin embargo, un nuevo problema ético que tiene mucho que ver con la cuestión que nos ha ocupado a lo largo del presente trabajo comenzaba a surgir con fuerza: el número de órganos y tejidos iba a ser siempre menor que el de potenciales receptores. Era preciso, pues, establecer criterios de distribución basados no sólo en factores puramente médicos (indicación, compatibilidad, urgencia, pronóstico, etc...) sino en pautas éticamente sostenibles que no discriminasen a los sujetos por razones económicas, sociales, territoriales o culturales. En la definición de estos criterios, nuevamente, hubo que ponderar las posturas extremas que abogaban, bien por optimizar los resultados (ética utilitarista o teleológica) bien por dar prioridad absoluta al principio de equidad o igualdad de acceso de todos a los recursos (ética deontológica).

Para los primeros, los recursos escasos —como lo son los órganos, tejidos y células destinados al trasplante— deben distribuirse de modo que se optimicen los beneficios y la efectividad. El receptor adecuado es aquel en el que se vaya a conseguir el máximo beneficio o en el que el órgano vaya a tener un mayor rendimiento (con lo que primaríamos a los jóvenes sobre los ancianos, a los sujetos socialmente más útiles sobre los de menor rango económico, social o profesional). De no actuar así, estaríamos despilfarrando un bien escaso.

Para los segundos, la necesidad de proteger y ayudar a los sujetos más desfavorecidos impera sobre el rendimiento o el coste-oportunidad. La ética principialista o deontológica busca ayudar a los menos aptos partiendo de que las personas son respetables, no por su aptitud, sino por el hecho mismo de ser personas, y coloca en primer lugar la igualdad, la equidad en el acceso y la no discriminación de unos seres humanos sobre otros.

El modelo español de trasplantes que se consolidó en la década de los noventa presenta una combinación de ambas posturas, con un peso indudablemente mayor de la ética deontológica que se plasmó en los consabidos principios de solidaridad, donación altruista, ausencia de ánimo de lucro y equidad en el acceso a los órganos y tejidos recogidos en la legislación que hemos examinado.

Sin embargo, el imparable desarrollo de las ciencias biomédicas nos han colocado nuevamente en la tesitura de tener que replantearnos el modelo a raíz, entre otras cosas, de la posibilidad de tratamiento de determinadas enfermedades a través de los trasplantes de células madre procedentes de la sangre del cordón umbilical y de la eventual utilización futura de este material biológico en medicina regenerativa.

Como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo del presente trabajo, el sistema jurídico español ha optado por mantener, en esencia, los mismos postulados que, hasta la fecha, han situado al modelo español de trasplante de órganos en la más altas cotas de efectividad y excelencia ética, a través del mantenimiento del principio de altruismo, que implica la no comercialización del cuerpo humano y sus partes, y del rigor en los criterios de distribución del material biológico donado con fines terapéuticos, de forma que puedan resultar beneficiados, no sólo los sujetos social, económica o culturalmente más privilegiados, sino la sociedad en su conjunto.

Sin embargo, el mantenimiento de este modelo, en sus directrices básicas, no impide que el legislador del nuevo siglo haya hecho algunas concesiones de corte utilitarista en la regulación de la obtención, almacenamiento y uso de las células madre de cordón umbilical.

La primera de ellas es el reconocimiento de la posibilidad de almacenamiento privado de la SCU para uso autólogo, con lo que los principios de solidaridad y donación altruista del material biológico humano han recibido un primer impacto en la línea de flotación. Así, mientras todos los principios bioéticos que sustentan la legislación europea y española predicán la entrega desinteresada, en beneficio de la sociedad, de los órganos, tejidos y células que pue-

dan tener una utilidad terapéutica, el Real Decreto 1301/2006 abre la puerta, por primera vez, a la posibilidad de que los ciudadanos decidan sustraer las células madre del cordón umbilical de sus hijos de la red pública para un hipotético beneficio individual o familiar. Es cierto que el régimen de depósito de la SCU en bancos privados obliga a poner a disposición del REDMO las unidades almacenadas en nuestro país, pero esta limitación al poder de disposición de los padres resulta ineficaz en la práctica habida cuenta de la amplia oferta de exportación de la SCU a bancos privados de Portugal, Alemania, Gran Bretaña o Polonia, donde quedan fuera del alcance del resto de la población.

La equidad en el acceso a los trasplantes de progenitores hematopoyéticos de la SCU también ha quedado seriamente afectada con la legislación vigente. De hecho, en un sistema sanitario público, gratuito y de alcance prácticamente universal, la posibilidad de que un determinado número de personas que tengan acceso a la información necesaria y puedan costear la extracción y el depósito de la SCU en condiciones tales que sólo ellos, o sus familiares directos, puedan beneficiarse de un elemento sobre el que tradicionalmente no se han podido celebrar negocios jurídicos onerosos, abre una segunda grieta en el modelo pues estas personas, caso de que en el futuro necesitasen un trasplante de progenitores hematopoyéticos para el tratamiento de determinada patología, estarían eludiendo los criterios de selección inicial y de selección final aplicables en el sistema público a los posibles receptores de un trasplante de células madre. De este modo, y una vez establecida la indicación, el paciente que pueda disponer de la SCU depositada en un banco privado no tendría que ser incluido en lista de espera para el trasplante, ni quedar sujeto a los criterios de distribución de tejidos o células, ni ser elegidos entre los posibles receptores idóneos que figuren en la lista de espera en base a consideraciones de justicia distributiva, sino que el centro donde se vaya a aplicar el trasplante únicamente tendría que solicitar el envío de la muestra al banco privado, que sólo la remitirá previo consentimiento de su titular.

Esta situación de privilegio, sin embargo, plantea algunos interrogantes a los que ya nos estamos

teniendo que enfrentar desde la Bioética o el Derecho. ¿Es legítimo que el sistema público y sus profesionales tomen parte en la extracción de unidades de SCU que van a quedar depositadas al margen del sistema público? ¿Qué posición debería adoptar el sistema nacional de salud en caso de que un paciente titular de una muestra de SCU depositada en un banco privado cuya celularidad o calidad no resultase adecuada necesitase, en su día, un trasplante de células madre procedentes de una muestra de SCU depositada en un banco público?

En definitiva, las bases éticas y jurídicas del sistema español de obtención, almacenamiento y uso del material biológico de origen humano han tenido que ser revisadas en el inicio de este nuevo siglo con motivo de la generalización de los trasplantes de progenitores hematopoyéticos procedentes de la sangre del cordón umbilical para decidir si se mantenían a todo trance los postulados del modelo deontologista, o se daba entrada a la titularidad privada de las células para el hipotético beneficio exclusivo de aquellos que tengan una mayor capacidad de acceso a los recursos de una sanidad más elitista.

Y a la vista de lo expuesto en el presente trabajo podemos concluir que la regulación actual no ha pasado de ser un tímido intento de conjugar ambas posturas, un ejercicio voluntarista pero insuficiente que, de un lado, mantiene ciertas restricciones a la mercantilización de las muestras biológicas mientras que, de otro, abre una vía de agua en el modelo de donación altruista y acceso equitativo, una grieta de incalculables consecuencias futuras precisamente en un campo, el de la terapia celular, que aglutina las mayores expectativas para el tratamiento de enfermedades que, a día de hoy, se consideran incurables.

Bibliografía

- **Aspectos ético-jurídicos de la regulación sobre trasplantes.-** María Casado. Trasplante de órganos y Células. Dimensiones éticas y regulatorias. Juan Rodés Teixidor (Ed) Fundación BBVA. Bilbao, 2006.
- **Células madre: promesas y realidades.-** Antonio Bernad, Manuel A. Gonzalez y Carlos Martínez. Trasplante de órganos y Células. Dimen-

siones éticas y regulatorias. Juan Rodés Teixidor (Ed) Fundación BBVA. Bilbao, 2006.

- **Cord Blood Banking for Potential Future Transplantation.-** Section on Hematology/Oncology and Section on Allergy/Immunology. Pediatrics 2007;119;165-170. DOI: 10.1542/peds.2006-2901
- **Criterios de trasplantabilidad: médicos vs. económicos.-** Miguel Casares Fernández-Alvés. Trasplante de órganos y Células. Dimensiones éticas y regulatorias. Juan Rodés Teixidor (Ed) Fundación BBVA. Bilbao, 2006.
- **Derecho biomédico y bioética.-** Carlos María Romeo Casabona (coord.) Ed. Comares. Granada, 1998.
- **Derecho civil. Volumen II. La relación, las cosas y los hechos jurídicos.-** Manuel Albaladejo. Ed. Bosch, 1989.
- **Derecho Mercantil.-** Rodrigo Uría. Marcial Pons, 2001.
- **El cuerpo como patrimonio, ¿una cuestión ética?.-** Sergio Cecchetto. Introducción a una somatología. XVI Congreso Argentino de Psiquiatría y I Congreso Nacional de Salud Mental. Mar de la Plata, 2000.
- **Estatuto y representación del Cuerpo Humano en el ordenamiento jurídico.** Daniel Borriello. Revista Española de Investigaciones Sociológicas nº 68, octubre-diciembre 1994. Centro de Investigaciones Sociológicas.
- **Informe sobre conflictividad Estado – Comunidades Autónomas durante la VIII Legislatura** (14 de mayo 2004 – 31 de mayo 2007) Secretaría de Estado de Cooperación Territorial. Ministerio de Administraciones Públicas.
- **La relación médico-paciente.-** Manuel Ángel de las Heras García. Ed. Dykinson, 2005.
- **Los derechos del paciente sobre sus muestras biológicas.-** Pilar Nicolás. Revista de Derecho y Genoma Humano, núm. 19, 2003.
- **Perspectivas en sociología del Cuerpo.** VVAA. Revista Española de Investigaciones Sociológicas nº 68 octubre-diciembre 1994. Centro de Investigaciones Sociológicas.

- **Plan Nacional de Sangre de Cordón Umbilical.-** Organización Nacional de Trasplantes. Ministerio de Sanidad y Consumo, 2007.
- **Sistema de Derecho Civil.-** Luis Díez Picazo y Antonio Gullón. Ed. Tecnos, 2001.
- **Terapia génica e investigación con células madre en la legislación española.-** David Larios Risco. Derecho y Salud Vol. 14, núm. 1 Enero-junio 2006.
- **Trasplante de órganos:** medio siglo de reflexión Ética. Diego Gracia Guillén. Revista de Nefrología Vol. XXI. Suplemento 4, 2001.
- **Trasplante de progenitores hematopoyéticos.-** José A. Pérez Simón, Dolores Caballero y Jesús F. San Miguel. Trasplante de órganos y Células. Dimensiones éticas y regulatorias. Juan Rodés Teixidor (Ed) Fundación BBVA. Bilbao, 2006.
- **Umbilical cord blood banking Richar Branson's way.** The Lancet. Vol. 369. February 10, 2007.

ADMINISTRACIÓN SANITARIA Y VIOLENCIA LABORAL: PROPUESTAS FRENTE AL PROBLEMA

Francisco Javier Enériz Olaechea

Doctor en Derecho
Defensor del Pueblo de Navarra

Sumario: I. Introducción. II. La violencia sanitaria: elementos que la integran y derechos protegidos frente a ella. A) Titular del derecho. B) El daño. Sus formas. C) El sujeto activo: el agresor. D) El lugar. E) El contexto. F) La definición de violencia sanitaria. III. Las causas de la violencia sanitaria. A) Causas objetivas. B) Causas subjetivas por razón del paciente o de sus acompañantes. El derecho del ciudadano a la protección de la salud. C) Causas subjetivas por razón del personal de la Administración sanitaria. IV. Algunas propuestas del Defensor del Pueblo de Navarra.

I - INTRODUCCIÓN¹

En este artículo se exponen algunas ideas y propuestas referidas a la violencia laboral que padecen los trabajadores de la sanidad pública por parte de usuarios de los servicios públicos. Este es el objeto principal del trabajo, dejando para mejor ocasión el análisis de otras situaciones de violencia laboral en el ámbito sanitario público, como puede ser el denominado acoso psicológico de los jefes a los subordinados y de unos compañeros a otros.

Como es obvio, lo habitual de esta Institución es que defienda los derechos de los ciudadanos frente a la Administración. Sin embargo, aquí se plantea prácticamente lo contrario de esa regla general, esto es, proteger, mediante estas reflexiones e ideas, al profesional de la Administración sanitaria frente al ciudadano usuario de la sanidad. La razón de tan “atípica” intervención se encuentra en el intento de trasladar a la Administración Pública y a los demás poderes públicos, y, por tanto, instar de ellos, que, en los casos en que un usuario de la sanidad pública agrede derechos fundamentales del profesional de la sanidad, presten un apoyo eficaz a la víctima y sancionen al agresor conforme a criterios de justicia material, es decir, como mejor corresponda en cada caso con arreglo al principio que informa todo el Derecho de proporcionalidad entre la contravención habida y la respuesta jurídica al mismo.

Según una noticia aparecida en la prensa el pasado día 22 de abril, en los últimos tres años unas 3.500 personas del sector sanitario público habían

¹ Este artículo proviene de una conferencia impartida con igual título en las “Jornadas sobre la violencia en el sector sanitario”, organizadas en Pamplona, los días 17 y 18 de mayo de 2007 por el Consejo General de Enfermería, el Colegio Oficial de Enfermería de Navarra y la Escuela de Ciencias de la Salud. Desde estas líneas, mi agradecimiento y reconocimiento a don Juan Luis BELTRÁN AGUIRRE, Presidente de la Asociación Española de Juristas de la Salud, actualmente Asesor Jefe de la Oficina del Defensor del Pueblo de Navarra, que es quien me propuso para impartir dicha conferencia y quien me ha proporcionado los materiales y muchas de las ideas que aquí se exponen.

denunciado a su Administración respectiva haber sufrido agresiones físicas o psíquicas de sus pacientes.

Es más, según esa noticia, las denuncias administrativas constatadas no se corresponderían con el número real de casos habidos, si se tuvieran en cuenta recientes sondeos, que establecen que en torno al 60% del personal sanitario ha sido objeto de alguna agresión física o verbal.

Conforme a datos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el 25% de las agresiones en el medio laboral se producen en el entorno sanitario.

La creciente preocupación por la violencia en el ámbito sanitario ha llevado incluso al Defensor del Pueblo de España a abrir el año pasado una investigación de oficio sobre la violencia en el sector sanitario, cuyas conclusiones están pendientes de hacerse públicas.

Por otra parte, la revista “Medicina Clínica” publicó en marzo de 2006 un sondeo efectuado por la Universidad de Zaragoza sobre una muestra de 2.000 trabajadores de la sanidad pública de Aragón y Castilla-la Mancha. En esta encuesta, el 11% de los consultados declaró haber sido víctima de agresiones físicas y un 64% sujeto pasivo de violencia psicológica.

En mayo de 2007 una encuesta realizada por el Consejo General de Enfermería en toda España (600 enfermeros consultados) destacaba que el 33% de los enfermeros había sufrido agresiones físicas (un 3,7%) o verbales (el 29,3% restante) en el último año ocasionadas en un 49,8% de los casos por familiares y acompañantes de los pacientes y en un 47,3% por los propios pacientes. Los encuestados constataban un incremento de las agresiones en los últimos cinco años, en los que la violencia ha pasado de ser anecdótica a convertirse en un problema verdaderamente preocupante, en número, frecuencia y gravedad.

En Andalucía, donde se lleva un registro público de agresiones, entre abril (fecha de implantación de un protocolo de actuación contra la violencia) y noviembre de 2006, se contabilizaron los siguientes números de agresiones:

- Jaén: 42, de ellas 16 físicas.
- Huelva, 54, de ellas 6 físicas.
- Córdoba: 63, de ellas 25 físicas.
- Almería, 63, de ellas 13 físicas.
- Cádiz, 68, de ellas 18 físicas.
- Sevilla, 77, de ellas 34 físicas.
- Granada, 86, de ellas 28 físicas.
- Málaga, 142, de ellas 31 físicas.

En Navarra no existe un registro oficial donde consten las agresiones sufridas por el personal sanitario, pero, según esa noticia a la que se ha hecho referencia, se denunciaron a las autoridades judiciales de Navarra y se cursaron por éstas una agresión en 2003, ninguna en 2004, cinco en 2005, cuatro en 2006 y una en 2007. El 17 de mayo de 2007 el presidente del Tribunal Superior de Justicia de Navarra ratificaba estos datos y añadía que los agredidos eran médicos, enfermeras y otros trabajadores del ámbito sanitarios y los agresores, los pacientes o sus acompañantes y familiares.

Desde luego, comparadas con cualquiera de las provincias de Andalucía de una población similar o inferior, destaca el bajo número de agresiones denunciadas en Navarra, lo que puede significar tan sólo una de estas dos cosas: que el nivel de agresiones es muy bajo en Navarra, o que no se tiene una constancia más o menos precisa de la realidad, por las razones que sean. A la vista de la memoria del Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Navarra correspondiente al año 2006, la explicación se encontraría más en la primera causa que en la segunda, ya que el nivel de delitos contra las personas es relativamente bajo en Navarra. En palabras del propio Fiscal Jefe, las causas por lesiones incoadas el año pasado han experimentado un ligero descenso respecto a 2005.

Entre las causas que justificarían que en Navarra se producen menos agresiones que en otras regiones españolas figuraría que trabajan en la primera 883 enfermeras por cada 100.000 habitantes frente a las 500 de Madrid, 410 de Andalucía ó 320 de Murcia, según el presidente del Colegio de Enfermería de Navarra.

Efectuada una consulta verbal al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por la Oficina del Defen-

sor del Pueblo de Navarra, fuentes del mismo informaron que la dimensión del problema es muy reducida en Navarra. En opinión de esas fuentes, abundan más supuestos de mala educación del paciente o de discusiones verbales y tensiones entre el usuario y los trabajadores sanitarios en un momento concreto, que agresiones o vejaciones, sin que tales supuestos de falta de respeto se consideren denunciables o perseguibles a efectos administrativos o penales. Según esas mismas fuentes, en el Servicio Navarro de Salud-*Osasunbidea* hay constituido un grupo de trabajo para la realización de un estudio específico sobre violencia en el lugar de trabajo.

En el lado de los profesionales de la salud, hace días el sindicato SATSE exponía a los medios de comunicación navarros su opinión de que la Administración de la Comunidad Foral no estaba tomando cartas en el asunto, aunque el sindicato había denunciado el aumento de agresiones contra el personal sanitario. El sindicato solicitaba que se creara un registro oficial para tener conocimiento exacto del número de agresiones al personal sanitario, así como la puesta en marcha de un protocolo de actuación para que el personal afectado supiera cómo actuar en estos casos.

En Navarra, que se conozca, ha habido denuncias penales por violencia, amenazas o vejaciones en Tudela, en el centro de salud de Berriozar y en el Servicio de Urgencia Extrahospitalaria del ambulatorio General Solchaga.

Es más, dos de esos casos puede considerarse que incluso se salen del tipo general y en ellos subyace un problema más serio en los agresores, como puede ser la drogadicción o el alcoholismo. En uno de ellos, el agresor pidió jeringuillas y, al negárselas el personal sanitario y decirle que allí no se daban y que tenía que dirigirse a una farmacia, la emprendió a insultos, golpes a todo y a todos los que se encontraban en el sitio, rompiendo la puerta automática de acceso. En el otro caso, se trataba de una persona que exigía que le quitaran la escayola del brazo y al contestarle que el lugar adecuado para ello era la consulta de su médico, la emprendió, igualmente, a insultos con los presentes e intentó golpear a alguno de ellos con la escayola.

Ya dentro de los parámetros desgraciadamente más habituales que soportan los profesionales sanitarios, un paciente del servicio de hemodiálisis del Hospital Reina Sofía de Tudela fue condenado hace poco tiempo a dos multas por la comisión de dos faltas leves de vejaciones injustas de carácter leve. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tudela consideró probado que el paciente le había dicho a la enfermera: “siempre que me llevas tú, me jodes”, y que, en otra ocasión, el mismo paciente le había dicho a la otra enfermera, en referencia a la primera, “esa no sabe nada, la echaron durante un año y medio porque no sabe nada”. Para el juez, este comportamiento, indiscutiblemente reprochable, constituye jurídicamente una vejación, sancionable penalmente. La vejación es un concepto equivalente al maltrato, a la molestia, el menosprecio o la humillación a otra persona, con la voluntad de querer molestar. La pena aplicada fue de dos multas de quince días a razón de una cuota de tres euros al día, con arresto sustitutorio en caso de impago a razón de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias no satisfechas; esto es, un total de 90 euros, además, del pago de las costas procesales.

II. LA VIOLENCIA SANITARIA: ELEMENTOS QUE LA INTEGRAN Y DERECHOS PROTEGIDOS FRENTE A ELLA.

En la situación de violencia de unos usuarios de la sanidad pública o de sus acompañantes contra el personal de la Administración sanitaria, el objeto de la protección pública debe serlo los derechos fundamentales de los profesionales sanitarios protegidos constitucionalmente. Esta afirmación obliga a preguntarse qué derechos son esos.

A mi juicio, lo es, fundamentalmente, el derecho a la integridad de las personas en su doble vertiente física y moral, que reconoce y ampara el art. 15.1 de la Constitución..

El *derecho a la integridad física* protege a su titular de no ser agredido, lesionado o mal tratado físicamente por nadie en ningún caso. Este derecho se refiere al mal trato *de obra* por terceros, incluyéndose aquí no sólo la agresión física efectiva, sino

también la tentativa de cometerla y la agresión fallida o frustrada.

El *derecho a la integridad moral* garantiza a su titular no verse mal tratado, insultado, degradado o humillado *de palabra* por un tercero.

Pudiera argumentarse que también se ve lesionado, en los casos de agresiones, el derecho a la salud del titular. Pero jurídicamente no puede entenderse así, puesto que ese pretendido “derecho a la salud”, como tal no existe, sino que se trata realmente del derecho a la protección de la salud, y éste es un principio rector de la política social y económica, que se ejerce por su titular ante los poderes públicos para recabar de estas prestaciones públicas o servicios sanitarios en la forma y con la extensión que determina el legislador, y no frente a actos de particulares.

Realmente, cuando se habla de un “derecho a la salud” dañado por una agresión física o moral, a lo que se está haciendo mención es al derecho a la integridad física o moral que reconoce y protege la Constitución en su art. 15. Y este derecho es un derecho fundamental que la Constitución considera como oponible inmediatamente, directamente, sin necesidad de ninguna ley que lo desarrolle o matice, igualmente ante particulares que ante los poderes públicos, y que goza, tras el derecho fundamental a la vida, de la máxima protección constitucional y legal, hasta el punto de que el art. 15 de la Constitución es taxativo: nadie, en ningún caso, puede ser sometido a tratos crueles o degradantes.

Un derecho fundamental que se conecta directamente con el art. 10,1 de la Constitución, es decir, con el punto nuclear esencial de la Norma Suprema, que fundamenta todo el orden político y la paz social en algo tan elemental como la dignidad humana, los derechos inviolables que le son inherentes a ésta, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y el respeto a los derechos de los demás. Y es necesario destacar este art. 10,1 CE porque en él se ha basado, precisamente, el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña para solicitar una mayor pena a las agresiones a los profesionales de la educación y la sanidad públicas.

El Tribunal Constitucional ha sido meridianamente claro a la hora de diferenciar el derecho fundamental a la integridad física que protege el art. 15.1 CE del derecho a la protección de la salud que enuncia el art. 43.1 CE como principio rector de la política social y económica. Mientras que el primer derecho es objeto de una tutela extraordinaria mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, el segundo derecho encuentra su tutela en la jurisdicción ordinaria, sin acceso al Tribunal Constitucional. El derecho a la integridad no garantiza el derecho a la salud o a preservar la salud personal de actos dañosos o perjudiciales. Ni, por tanto, puede invocarse en el recurso de amparo la tutela del derecho a la protección de la salud mediante el expediente de introducir su contenido en el ámbito del derecho a la vida ya la integridad física (ATC 192/1993, de 14 de junio). Como es obvio, afirma el Tribunal, “no puede aceptarse, sin banalizar el contenido de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 15 CE, que todo supuesto de riesgo o daño para la salud implique una vulneración del derecho fundamental a la integridad física. El invocado derecho a la integridad física protege ante todo la incolumidad corporal, esto es, el derecho de la persona a no sufrir lesión o menoscabo en su cuerpo o en su apariencia externa sin su consentimiento (STC 207/1996, de 16 de diciembre, F. 2), de modo que habrá intervenciones corporales indiferentes para la salud del sujeto pasivo, pero prohibidas por el art. 15 CE, y otras que, por las circunstancias en que se producen, puedan resultar legítimas desde el punto de vista de ese precepto constitucional, pese a poder incidir sobre la salud u ocasionar algún grado de malestar a la persona afectada. Para que la afectación de la salud de una persona por una determinada actuación de los poderes públicos suponga la lesión de su derecho fundamental a la integridad física, es requisito necesario que como consecuencia de aquélla se ponga en peligro grave e inmediato la salud (STC 119/2001, de 24 de mayo, FJ 6), o se produzca lo que la STC 220/2005, de 12 de septiembre, llamó un riesgo relevante que genere un peligro grave y cierto para la salud del afectado (FJ 4). En el mismo sentido, la STC 5/2002, de 14 de enero (FJ 4), declaró que el derecho a que no se dañe o perjudique la

salud personal, queda comprendido en el derecho a la integridad personal del artículo 15 CE, si bien no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física y moral, sino tan sólo aquél que genere un peligro grave y cierto para la misma. Además, hemos dicho que, cuando se aleguen ante nosotros vulneraciones del derecho fundamental a la integridad física por haberse sometido al interesado al citado riesgo relevante para su salud, la declaración de la lesión del derecho fundamental a la integridad física que se infiera de ese riesgo relevante sólo podrá ser efectuada en esta sede cuando resulte palmaria y manifiesta, pues la relevancia del peligro debe apreciarse con inmediatez (STC 220/2005, de 12 de septiembre, citada, FJ 4).”

A). Titular del derecho.

El titular de este derecho fundamental a la integridad física y moral es, lógicamente, cualquier persona que trabaja al servicio de la Administración sanitaria, esto es, aquella persona física que trabaja en y para esa Administración mediante una relación estatutaria o laboral.

La expresión aquí utilizada de “personal al servicio de la Administración sanitaria” es distinta de la de “personal sanitario”. Con la primera expresión se engloba tanto al personal sanitario como al que estrictamente no lo es. En efecto, en los centros sanitarios conviven trabajadores que atienden al ciudadano mediante una gestión puramente administrativa y trabajadores que atienden al paciente mediante una gestión sanitaria. Los primeros realizan actividades administrativas u organizativas, tales como atender al ciudadano por teléfono o presencialmente, etcétera, y este personal puede ser, desde el prisma de su naturaleza jurídica, funcionario, contratado administrativo o laboral, fijo o temporal. Los segundos, el personal estrictamente sanitario, abarcan tanto al médico, como a la enfermera (ATS), al ayudante de enfermería, al celador, etcétera, es decir, a quienes se relacionan con el usuario de la sanidad por una relación principalmente de índole sanitaria. En muchos casos, las agresiones no se limitan sólo al segundo grupo, sino que afectan también al primero. Todos ellos, todas las personas que están en el centro sani-

tario o al servicio de la Administración sanitaria, pueden ser, por tanto, sujetos pasivos de una agresión o de un trato degradante, y todas ellas deben ser protegidas y, en su caso, amparadas.

B). El daño. Sus formas.

La forma de daño del derecho fundamental a la intimidad física o moral puede ser, en términos generales, de dos tipos:

- Física, mediante agresiones en forma de golpes, agarrones, empujones, arañazos, que pueden causar al agredido lesiones más o menos graves o no causarlas.
- Verbal o gestual, mediante insultos, amenazas o gestos con sentido equivalente, sobre los trabajadores, sus familiares o sus bienes. Lo relevante aquí es la mayor o menor gravedad del insulto y la mayor o menor seriedad o credibilidad que se dé a la conminación de un mal.

Por tanto, todos los actos de violencia pueden reconducirse a uno de estos dos grandes tipos de violencia, física o verbal-gestual, teniendo, a su vez, distintos grados de intensidad. Y esa diferencia de grupos y de intensidades de actos dañinos obliga a que la respuesta represiva de los poderes públicos deba ser proporcionada en cada caso.

C). El sujeto activo: el agresor.

El sujeto activo es, normalmente, un paciente o un usuario del servicio sanitario, pero también, en no pocas veces, suele serlo un acompañante, familiar o no del usuario, que se irrita con el trato que se está dando (o que, por el contrario, no se está dando) al paciente y, llegado al caso, se arroga facultades reivindicatorias en defensa de este último.

La antes citada encuesta realizada por el Consejo General de Enfermería en toda España en mayo de 2007 constataba que las personas agresoras son, en primer lugar (49,8%), los familiares y acompañantes; en segundo (47,3%), los propios pacientes; y en tercero (2,9%), otras personas sin identificar.

Que se trate de uno u otro es irrelevante desde el punto de vista jurídico. La ley trata igual a unos

(usuarios) u otros (acompañantes) y sólo tiene en cuenta la condición objetivo de “agresor”.

D). El lugar.

Otro elemento relevante en el análisis jurídico de la violencia sanitaria es el dónde, esto es, el lugar en que la misma se produce. Con asiduidad, se piensa que la agresión se produce en el centro sanitario. Pero puede darse también fuera de él, bien en el domicilio del agresor, en la calle, en un establecimiento público o privado, etcétera, con motivo de una asistencia domiciliaria, una urgencia, en un desplazamiento obligatorio por razón del servicio o en labores de inspección sanitaria². Incluso, si el acto es verbal (mediante amenazas, coacciones...), puede manifestarse mediante llamadas telefónicas o mensajes por cualquier medio de transmisión.

La encuesta del Consejo General de Enfermería de mayo de 2007 constata que las agresiones se han detectado en todos los servicios asistenciales, si bien destacan los servicios de urgencias, que, con un 51% de los incidentes, ofrece el mayor riesgo, los centros de atención primaria (33,5%), las plantas de hospitalización (15%) y otros (0,5%).

E). El contexto.

El último elemento a tener en cuenta es el contexto, lo que plantea la cuestión del cuándo del acto. Lo más habitual es que la agresión se dé en el centro sanitario con motivo de una consulta o atención sanitaria, pero también puede tener lugar fuera de éste. Esto nos lleva a que la agresión pueda producirse con cierta lejanía física, pero también con cierta distancia temporal del centro sanitario: por ejemplo, varios días después de la atención médica en un lugar que no es un centro sanitario, cuando el agresor reconoce al sanitario o lo ha buscado en un lugar determinado... En estos casos, los supuestos de violencia laboral se sitúan fuera del ámbito de trabajo, si bien traen causa directa de la prestación del servicio sanitario. Indudablemente, son también supuestos de violencia laboral aunque guarden una primera apariencia de distanciamiento. Lo decisivo es que la

agresión se produzca *en relación directa con la condición sanitaria del personal agredido*, con independencia del lugar o del momento en que se materialice.

F). La definición de violencia sanitaria.

Por tanto, a la vista de todos elementos, pudiera definirse la violencia sanitaria como aquélla que se produce mediante una agresión física o un maltrato verbal o gestual sobre una persona que trabaja para la Administración sanitaria, sea personal sanitario *stricto sensu*, sea personal no sanitario de la misma, con motivo de la prestación del servicio público, y en relación directa con dicha prestación, al margen de que tenga lugar o no en un centro sanitario.

Es esencial esta delimitación del problema porque permite identificar a quién debe proteger el ordenamiento jurídico y, lo que es más importante, cómo, cuándo y porqué le debe proteger.

III. LAS CAUSAS DE LA VIOLENCIA SANITARIA.

Las causas de la violencia sanitaria pueden ser varias y de naturaleza tanto objetiva como subjetiva. En todo caso, al hablarse de “causas” debe dejarse bien claro dos ideas: la primera, que con esta expresión se hace referencia a los factores que pueden influir en el incremento de las agresiones, y segunda, que los merecedores de un castigo administrativo o penal por la agresión sólo lo son quienes cometen dicha violencia o la incitan. Otras personas pueden ser responsables sociales, políticos, laborales, etcétera, pero nunca puede imputárseles directamente la responsabilidad de esta agresión o de la violencia sanitaria. La violencia sólo es responsabilidad de quien la provoca o lleva a cabo, puesto que en sociedades democráticas, libres y maduras, todos los ciudadanos tienen siempre la posibilidad de no ejercerla y acudir a medios de expresión pacíficos para exponer sus quejas o reclamaciones.

Pues bien, dicho esto, las causas de la agresión, a los únicos efectos de su análisis y posible solución por los poderes públicos, son básicamente tres: Objetivas, subjetivas por razón del usuario o subjetivas

2 CÁLIZ CÁLIZ, Rafael, “La asistencia jurídica activa al personal de los servicios de salud. El fenómeno de las agresiones”, revista *Derecho y Salud*, volumen 14, marzo 2006, páginas 49-53.

por razón de las personas que trabajan para la Administración sanitaria.

La citada encuesta realizada por el Consejo General de Enfermería en mayo de 2007 señala que el 41% obedece a la frustración de no ver satisfechas sus expectativas de atención del personal sanitario en cuanto a tiempos y pruebas diagnósticas; el 27% por desacuerdo en valoraciones o diagnósticos; el 12% por la no aceptación por parte del personal sanitario de demandas específicas de los pacientes; y el 20%, otras.

A). *Causas objetivas.*

Por tales causas objetivas entendemos aquellas que se relacionan con una mala organización o gestión del servicio, cuyo contexto provoca en el paciente una injustificable reacción violenta. Gráficamente, son aquellas causas que el personal del servicio imputa a los directivos más o menos inmediatos y a los responsables políticos de la sanidad pública. Aquí podemos integrar todas las que tienen que ver con la masificación o saturación de centros, la insuficiencia de recursos humanos o materiales, la burocratización de los servicios, las esperas prolongadas, una atención lenta o imposible de ser inmediata en términos debidos, la deriva de un enfermo de un centro a otro, los errores de organización, los propios errores sanitarios, la falta de explicaciones ante determinadas decisiones, etcétera. En estos casos, el paciente o la persona que le acompaña se sienten mal atendidos o consideran que no se les trata dignamente, por lo que pierden los nervios, se encrespan y se incrementa su agresividad, que puede concluir, si pierden el control, en insultos o agresiones a las personas del servicio público.

Pero también algunas de estas causas son más profundas y remotas, ciertamente discutibles a pesar de su pretendida objetividad, como es el indudable cambio que ha sufrido en los últimos años el papel del médico y su equipo en su relación con los pacientes. La democratización de la Administración y de los servicios públicos que ésta presta, cuya legitimidad está en el pueblo al que sirve, como lo ha establecido la Constitución (art. 1.2), obliga al médico y al personal sanitario a acercarse al ciudadano, a abrirse al mismo, a responder ante la ciudadanía de

sus decisiones, a someterse a nuevos principios en la relación médico-paciente... Está pacíficamente asumido que la relación médico-paciente en el sector público ha cambiado en los últimos años. Ya no es, como hasta hace pocas décadas, una relación jerarquizada, en la que el médico era alguien distante, inaccesible e indiscutido, dotado del halo que le daba su conocimiento sobre las enfermedades y su curación. La relación hoy es horizontal, en la que el médico aparece en un plano de aparente igualdad con el paciente y al servicio de éste, siendo responsable personal de sus decisiones. Y esta nueva relación, propia de una sociedad democrática en la que los servidores públicos no sólo conocen su materia, sino que se encuentran al servicio de terceros titular de derechos y deberes, puede no ser bien entendida en algunos momentos puntuales ni por el médico o su equipo, ni por los pacientes, rompiéndose el equilibrio que toda relación ideal ha de tener, basada en la confianza del paciente hacia el médico y, recíprocamente en la capacidad de servicio y profesionalidad del médico hacia el paciente, y asentada sobre el mutuo respeto³.

La novedad de las agresiones a los médicos y de su incremento no puede desligarse del entorno social en el que vivimos. No son las únicas agresiones que existen. Agresiones las sufren también otros funcionarios y servidores públicos desde hace años: policías, docentes, funcionarios de sectores problemáticos (expropiaciones, medio ambiente, urbanismo, hacienda, atención al público...). La violencia sanitaria es una manifestación más de la violencia laboral que padecen los empleados de la Administración, y la respuesta debe ser similar y, en todo caso, efectiva.

Lo que aquí quiere significarse es que una Administración próxima al ciudadano y democrática, con todas las consecuencias que este último adjetivo tiene de transparente, responsable (que responde de todos sus actos), servicial y efectiva, siempre correrá el riesgo de estar más expuesta y agredida que una Administración autoritaria que no da cuenta de sus actos. Y eso ocurrirá en todas las ramas de su activi-

³ Sobre el particular, TORRALBA ESTEBAN, Jacinto, revista *Derecho y Salud*, volumen 14, marzo 2006, páginas 57-60.

dad, sin que la sanitaria sea una excepción a esta regla general.

A). Las causas subjetivas por razón del paciente o de sus acompañantes. El derecho del ciudadano a la protección de la salud.

En este grupo se comprendería un cúmulo de situaciones de lo más variado que tienen como elemento común la ausencia de control de la emotividad en el usuario por distintas causas (la angustia por un familiar cercano, la inmadurez para esperar su turno, la xenofobia, el alcoholismo, la drogadicción, un mal entendimiento de lo que es un servicio público) o hechos (la negativa del médico a dar la baja solicitada o el alta, la disconformidad con el alta, la negativa a suministrar determinados medicamentos, la disconformidad con el diagnóstico -la famosa frase “el médico no me acierta”- o con el tratamiento pautado, etcétera).

Se ha hablado, y merecería una larga reflexión, sobre la equivocada conciencia por parte de algunos ciudadanos de su derecho a la salud y del papel de los servicios públicos en relación con la satisfacción de dicho derecho.

Indudablemente, el ciudadano es titular de derechos sanitarios y de prestaciones de la Administración sanitaria. Pero también lo es de muchos deberes, entre ellos, como preconiza el art. 101. CE, del elemental deber de respetar los derechos de los demás.

Del mismo modo que los funcionarios públicos están sujetos a un estatuto de deberes que singularizan su relación jurídica con la Administración y con los ciudadanos a los que sirven, los usuarios de los servicios sanitarios también se encuentran sometidos, aunque no lo sepan, a deberes legales que no pueden moldear a su antojo con base en su derecho a las prestaciones sanitarias que el ordenamiento jurídico establece. El art. 43.2 de la Constitución es claro al respecto cuando señala que “la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”, un “todos” que también engloba a los ciudadanos usuarios de los servicios públicos sanitarios.

El derecho a la protección de la salud que se ha mencionado y que reconoce el art. 43.1 CE no puede

ser malinterpretado. No puede entenderse como un derecho absoluto e ilimitado de su titular, aislado y soberano de los derechos de los demás. Por el contrario, es un derecho del ciudadano a que el poder público proteja su salud en los términos que establezcan las leyes y conforme a los medios que la Administración tenga en cada momento. Es un derecho limitado, cuyo contenido y alcance se fija, primero, por la ley y, en su desarrollo, por la Administración. Son éstas (ley y Administración) quienes precisan a qué se tiene derecho, cómo, dónde, cuándo, por quién... No existe un derecho de cada persona a la salud, entendible de un modo absoluto, prioritario, universal, preferente sobre todo lo demás, que dé derecho a su titular a entender qué servicios públicos debe recibir, según su propio criterio, en cada momento, cómo recibirlos, cuándo, de quién, etcétera.

El derecho a la protección de la salud y a la prestación sanitaria pública que supone, no es un derecho de reivindicación y satisfacción inmediata *hic et nunc* (aquí y ahora), cuyo supuesto incumplimiento dé derecho a su titular a tomarse la justicia por su mano cuando crea que está siendo vulnerado.

El derecho que garantiza el art. 43.1 CE es un derecho subjetivo público, que es tanto como afirmar que es, primero, el derecho a obtener una prestación de la Administración, y, segundo, en caso de no obtenerse, un derecho reaccional, es decir un derecho que faculta al titular ante la Administración a reclamar *a posteriori* por los cauces establecidos legalmente su obtención o reparación. No es un derecho de respuesta inmediata, como lo puede ser el derecho subjetivo privado de un cliente o de un arrendatario de servicios que ve que no obtiene el bien objeto de su contrato y en ese momento decide no cumplir con sus obligaciones ante el tercero privado.

La concepción impulsada desde la propia Administración en la última década del “cliente” de los servicios sanitarios ha hecho un flaco favor a la correcta interpretación del derecho a la protección de la salud. El cliente es alguien que se mueve en el mercado, mundo éste que queda lejos del ámbito de los servicios públicos.

En la época predemocrática, la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 se refería al “administrado” como la otra parte de la relación jurídico-pública de la Administración. La Constitución de 1978 también se refiere en algún precepto al “administrado” frente a la Administración (art. 149.1.18 CE). Pero esta categoría de administrado no satisfacía a los juristas del nuevo Estado democrático porque partía de una concepción pasiva o estática del ciudadano frente a la Administración, en la que el primero soportaba a la segunda. La democracia trajo consigo la idea actual de “ciudadano”, esto es, de portador de derechos subjetivos públicos configurados por las leyes y exigibles ante la Administración y tutelados por los poderes públicos y otras instituciones, entre ellas los jueces, el Ministerio Fiscal o el Defensor del Pueblo. Y así lo reflejó la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Sin embargo, una, a mi juicio, mal entendida idea de la modernización de los servicios públicos, que contagia a las Administraciones a principios del siglo XXI, quiere trasladar a los servicios públicos conceptos y modos propios del mundo empresarial privado. Así, hoy se habla de ISO, EFQM u otros métodos de actuación de las entidades, y gran parte de la actividad de la Administración gira alrededor de la equiparación del ciudadano con el cliente. Pero el cliente es, como ya se ha dicho, algo distinto: es un consumidor de algo que compra a un comerciante en un establecimiento privado, que paga y recibe conforme a las condiciones que estipulen y que, si no le satisface la mercancía adquirida, puede devolverlo con derecho a recuperar su dinero. Esta relación cliente-comerciante se rige por el Derecho mercantil, los derechos en juego son privados y los titulares, los particulares, se mantienen en un plano de igualdad jurídica.

Por el contrario, el usuario de un servicio público, el ciudadano, es, para bien o para mal, distinto de un cliente. Es un “ciudadano”, por mucho que sea contribuyente, y, por tanto, es titular de derechos subjetivos y de deberes legales, entre ellos, como se ha afirmado, el de respetar a los demás. Derechos que la ley le establece y en los términos y con el

alcance que ésta fije o demande. Es la ley quien le fija el contenido de sus derechos y la ley quien se los puede modificar. El ciudadano, ni en la sociedad democrática más avanzada (ideal que preconiza el preámbulo de la Constitución), no tiene derecho ante la comunidad a todos los servicios públicos que quiere, en todo momento y por cualquier motivo, ni, menos aún, a imponer su legítimo interés o preocupación personal sobre el orden social que la comunidad y los poderes públicos han configurado (art. 10.1 CE).

El derecho a la protección y cuidado de la salud está moldeado por la ley, sometido al interés público y debe ejercitarse y concurrir con los intereses legítimos de terceros, que también tienen derecho a la salud, a la paz y a la tranquilidad igual que él. Es, pues, un derecho *secundum legem*, conforme a la ley.

Es más, el interés privado del ciudadano se subordina al interés general (art. 103.1 CE) y a la organización de los servicios públicos que la Administración adopta para satisfacer ese interés: el ciudadano debe acudir al centro sanitario que se le asigne, esperar a ser atendido, comportarse con el debido respeto y educación para con los demás usuarios y el personal del centro, expresar sus reclamaciones o peticiones por los cauces preestablecidos...

El ciudadano es una persona con derechos sujetos a normas, no con derechos soberanos que se puedan imponer a su voluntad sin límite alguno. Es un derecho a acudir al centro, a recibir atención médica adecuada, pero no es un derecho a condicionar la prestación pública que recibe y a modificarla según su particular criterio. Si se produce algún fallo en la prestación, es un derecho a pedir reparaciones y responsabilidades ante los órganos competentes.

B). *Las causas subjetivas por razón del personal de la Administración sanitaria.*

No puede ocultarse que, en determinados supuestos, la violencia laboral en la Administración puede tener su origen en comportamientos inapropiados de una persona a su servicio. No reconocerlo es caer en la defensa de un corporativismo absurdo. Probablemente, son supuestos que ocurren en muy pocos casos, pero se faltaría a la verdad si no se re-

conociera que existen. Un mal profesional en la cadena pública sanitaria, formada por miles de personas, al igual que los hay en todos los ámbitos de la actividad humana, falta de sensibilidad en el trato con los terceros, puede ser fuente de problemas y provocar un desagradable incidente con los usuarios. En tales casos, la Administración debe intentar la reeducación de estos trabajadores en el normal funcionamiento del servicio público, y, si ello no fuera posible, después de intentarlo, apartarlas del circuito de atención al público –lo que no implica su separación del servicio en todos los casos- y sancionarlas por su conducta inapropiada en los términos que fijen las leyes.

IV. ALGUNAS PROPUESTAS DEL DEFENSOR DEL PUEBLO DE NAVARRA.

Expuesto todo lo anterior, ¿qué medidas se pueden proponer a los poderes públicos desde la Oficina del Defensor del Pueblo de Navarra para responder ante una situación de violencia relacionada con la prestación de un servicio sanitario público?

A continuación se expone un listado de ellas, algunas son normativas, otras de gestión administrativa; unas tienen una eficacia jurídico-penal y otras, las más, pertenecen al campo del Derecho Administrativo. En su mayor parte responden a una concepción personal previa del autor: la de que la respuesta a cada episodio de violencia en el ámbito sanitario puede encontrar, en los casos menos graves, una mejor respuesta desde la propia Administración Pública que desde las instancias judiciales. A mi entender, la Administración Pública debe ser quien tome la dirección ante la agresión física o verbal a su personal y darle la solución que considere más apropiada, en colaboración con el agredido u ofendido y sin perjuicio de que éste quiera ejercitar las acciones penales que considere más convenientes. Lo incorrecto es que sea al revés: que la Administración pase al plano secundario y quien se vea obligado a perseguir el castigo del agresor sea el agredido de una forma total o parcialmente personal.

Primera. En los casos de agresión física con lesiones, la Administración debe proceder sistemáticamente a la interposición de una denuncia o quere-

lla penal, en todo caso. Para interponer la denuncia puede dirigirse tanto a un órgano judicial, al Ministerio Fiscal o a la policía. En el caso de la querella, la Administración debe interponerla como deber legal propio, ya que el art. 215 CP establece que “se procederá de oficio cuando la ofensa se dirija contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo”.

Desde luego, si ha habido lesiones que menoscaban la integridad corporal o la salud física o mental del agredido, procederá la tipificación de los hechos como un delito de lesiones conforme a los arts. 147 y siguientes del Código Penal, cuya sanción prevista es la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico, sin que la simple vigilancia o el seguimiento facultativo del curso de la lesión se puedan considerar tratamiento médico.

Si la agresión reviste una menor gravedad, atendiendo al medio empleado o al resultado producido, el hecho descrito se castiga penalmente con prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

En cambio, si se ha causado una lesión por cualquier medio o procedimiento no definida como delito, se considerará falta y se castigará con la pena de localización permanente de seis a doce días o multa de uno a dos meses (art. 617.1 CP). De este modo, si la lesión es leve y no requiere para su curación de tratamiento médico o quirúrgico, se considera una falta, penalizada de esta forma.

Y si se golpea o maltrata de obra a otro sin causarle ninguna lesión (un agarrón, un empujón, una bofetada...), el castigo será de pena de localización permanente de dos a seis días o multa de 10 a 30 días (art. 617.2 CP).

Segunda. Desde amplios sectores sanitarios y jurídicos, se viene postulando que, si se ha acometido a los profesionales sanitarios, se ha empleado fuerza contra ellos, se les ha intimidado gravemente o se les ha hecho resistencia activa grave, se solicite la calificación de los hechos como un delito de atentado a la autoridad, además del delito de lesiones.

Inicialmente, hechos como éstos se entendían, si no había lesiones, como una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, y, por tanto, como una simple falta penal, y no como un delito. Esta es la calificación jurídica más frecuente, habida cuenta de la entidad de los casos. El art. 620 CP, en la redacción dada por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, castiga como falta, *sancionable con pena de multa de 10 a 20 días* (entre diez y cuatrocientos euros, según el art. 50.4 CP), a quienes:

- 1). De modo leve, amenacen a otro con armas u otros instrumentos peligrosos, como no sea en justa defensa, y salvo que el hecho sea constitutivo de delito.
- 2). Causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve.

Los hechos descritos en estos dos números anteriores sólo son perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

Por “amenaza” se entiende la conminación a un tercero de producirle un mal; por “coacción”, la conducta violenta dirigida a impedir a otro hacer lo que la ley no prohíbe o a compelerle a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto; y por “injuria” el acto o expresión vertida con el ánimo de dañar el honor de una persona.

Tres notas se pueden deducir de este art. 620 CP: a) la tipificación se limita a los casos en que no hay agresión física efectivamente realizada, pero alcanza todos los demás supuestos, esto es, amenaza con instrumento peligroso, insulto, coacciones o humillaciones; b) la sanción es muy leve, ya que se reduce a una multa de escasa cuantía (entre 100 y 8.000 euros, pero este último supuesto es en casos extremos), muy inferior a las sanciones administrativas, y su imposición no parezca que pueda producir satisfacción procesal en la víctima ni de una completa idea de una justicia material deseable; y c) la sanción es extraordinariamente reducida en comparación con las sanciones impuestas por delitos de lesiones o de atentado, por lo que, ocurridos hechos de mal trato al profesional, determinados juristas, incluidos algunos fiscales, buscan la calificación de

los hechos como tal delito de atentado para conseguir una mayor pena al agresor.

Precisamente, la calificación de los hechos como delito de atentado a funcionario público ha sido defendida -y sigue siéndolo- por fiscales de distintas provincias y Comunidades Autónomas. Una de las fiscalías pioneras fue la de la provincia de Córdoba hace algo más de un año, donde la Junta Provincial de Fiscales de Córdoba acordó mantener esta postura y consiguió una sentencia de índole penal con privación de libertad para el agresor de un médico durante el ejercicio de sus funciones.

El ejemplo fue seguido por varios servicios jurídicos de otras provincias y Comunidades Autónomas, y ya son varias las sentencias condenatorias basadas en esta argumentación. En noviembre de 2006, el Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictó una instrucción en la que ordenaba a sus subordinados que tipificaran las agresiones a médicos y docentes como atentados a la autoridad por prestar servicios esenciales a la comunidad siempre que la agresión se efectuase en el desempeño de su función pública o como consecuencia directa de ella.

Y la misma petición se ha acordado por las Fiscalías de los Tribunales Superiores de Justicia de Galicia, Comunidad Valenciana o Asturias.

No obstante, no puede olvidarse que compete al juez determinar en cada caso, a la vista de los hechos y con arreglo al Código Penal la calificación procedente: a') si son constitutivos de un delito o de una falta; b') si son constitutivos de delito, si lo es de lesiones o de atentado a la autoridad o funcionario público; y c') si constituyen una falta, si es de lesiones o simplemente de amenazas y vejaciones.

De este modo, se propone por esas voces que se solicite siempre por la víctima, pero, sobre todo, y de forma sistemática por la Administración a la que sirve o por el Ministerio Fiscal, la calificación como delito de atentado, con arreglo al art. 550 CP, de la agresión a un profesional de la sanidad pública, dada su concepción amplia de servidor público, con independencia de que, a efectos administrativos o laborales, sea funcionario, personal estatutario o trabaja-

dor laboral, fijo o temporal, pues en todos los casos estas personas representan a la Administración sanitaria, que es quien está detrás, y actúan en su nombre.

El art. 550 del Código Penal considera reos de atentado a los que acometan a la autoridad, a sus agentes o funcionarios públicos, o empleen fuerza contra ellos, los intimiden gravemente o les hagan resistencia activa también grave, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas.

Desde la perspectiva de la defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos, puede no repugnar esta argumentación, que se muestra sólida en términos jurídicos teóricos. Pero sí que es absolutamente necesario que se conozcan por todos los posibles interesados las consecuencias penales de esta calificación y de la condena basada en ella, y se sepa a qué se condena al agresor.

Un mal momento, un mal día en la vida de un usuario, puede suponerle, en una rigurosa aplicación del Código Penal, una condena de prisión determinante en su vida, por el simple hecho de calificarse los hechos acaecidos como un delito de atentado a funcionario público, aunque sólo haya habido una leve agresión física, consistente en acometimiento (se haya embestido al profesional) o en el empleo de la fuerza (un empujón, un bofetón, un puñetazo, un agarrón, un arañazo) sobre el profesional, una intimidación grave (infundir miedo) o una resistencia activa grave al mismo.

Y es que, tras la calificación viene la condena, y el art. 551.1 castiga el delito de atentado con penas de prisión de dos a cuatro años y multa de tres a seis meses si el atentado es contra la autoridad, y de prisión de uno a tres años en los demás casos. Por tanto, debe saberse por quienes propugnan un mayor castigo a la agresión sin lesiones o intimidación grave a un profesional de la sanidad, o defienden una pena mayor que la procedente de lesiones o vejaciones, que la pena por delito de atentado a un profesional de la sanidad pública oscila entre uno y a tres años de prisión. Pena que se impone en el grado superior (tres años) si en el delito el agresor ha utilizado o esgrimido un medio considerado como “peligroso”.

Y esta, a mi juicio, elevada condena de uno a tres años de prisión, mayor que la establecida para los delitos y faltas de lesiones y acumulable a ésta, debe hacernos ser reflexivos y prudentes con el castigo a imponer, mas no así con los hechos, que no deben ser pasados por alto.

Con arreglo en estos preceptos del Código Penal que se han citado, la Audiencia Provincial de Jaén y luego la Audiencia Provincial de Baleares han considerado la agresión a un médico del Sistema Nacional de Salud como un delito de atentado a una autoridad pública, confirmando la condena impuesta por los juzgados de lo penal de Jaén e Ibiza, respectivamente.

En este segundo caso se trataba de un paciente que agredió a un médico por oponerse a expedir recetas y le condenó por un delito de atentado a la pena de un año y tres meses de prisión e inhabilitación especial, por un delito de lesiones a nueve meses de prisión, por una falta de lesiones y por una falta de daños. El paciente no estaba de acuerdo con el facultativo sobre la medicación prescrita por el médico, entró en la consulta, le insultó, le propinó un puñetazo en el ojo izquierdo al tiempo que le espetaba “funcionario cabrón”. El facultativo cayó al suelo por el golpe, lo que aprovechó el paciente para continuar dándole patadas y puñetazos en la cabeza y las costillas. El enfermo no sólo agredió al médico, sino que también a una de las personas que entró en la consulta para ayudar al facultativo.

En mi opinión, estos hechos descritos son graves y merecen una pena proporcional, por lo que aquí, en este caso concreto y en otros similares, sí que puede considerarse la concurrencia del delito de atentado junto con el de lesiones ante la entidad tan grave del daño cometido.

La sentencia citada es importante porque aclara que el motivo de la agresión fue que: a) el médico era funcionario público; b) el médico no expedía las recetas médicas que le requería y quería el agresor; c) el agresor conocía la condición de servidor público de la víctima; d) el agresor agredió al funcionario en su condición de servidor público; y e) el agresor buscaba menoscabar la autoridad del médico que debía dispensarle las recetas.

Para el tribunal, el hecho de que los atentados judiciales o policiales no calificasen los hechos como delito de atentado no desvirtuaba tal tipo penal, porque los interrogatorios y los atestados versan sobre hechos denunciados y no sobre calificaciones jurídicas, que corresponden al Ministerio Fiscal.

La sentencia va en línea con otra anterior del Tribunal Supremo 105/1995, de 21 de diciembre (RJ 1995\9436), que exige como requisitos para la contemplación del delito de atentado (con cita de las SSTs de 29 enero 1992 -RJ 1992\573-, 21 mayo 1985 -RJ 1985\2519- y 18 febrero 1975 -RJ 1975\592]-):

- a) Que el sujeto pasivo sea funcionario público, autoridad o agente.
- b) Que tales sujetos se encuentren en el ejercicio de sus respectivos cargos o funciones.
- c) Que la acción criminal se propicie como acometimiento, uso de fuerza, intimidación o resistencia grave.
- d) Que exista ánimo o propósito de ofender a la autoridad, a sus agentes o a los funcionarios públicos, en detrimento del principio de autoridad.

Como recuerda la STS 2003/2000, de 20 de diciembre (RJ 2000\10465), en que se reitera la jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto (con cita, por todas, de la STS 950/2000, de 4 de junio, RJ 2000\5240), el bien jurídico protegido por el delito de atentado no es el principio de autoridad exclusivamente, sino la necesidad que toda sociedad organizada tiene de proteger la actuación de los agentes públicos, para que éstos puedan desarrollar sus funciones de garantes del orden y de seguridad pública, y ello en garantía del propio servicio público y de los derechos asistenciales de todos los usuarios. Y añade:

“Con independencia de lo anterior reiteramos los requisitos que dan vida a la tipicidad del delito de atentado y que concurren en el hecho probado. En primer lugar, la condición de autoridad, agente o funcionario público (...). Requiere el tipo, además, la existencia de un acometimiento, empleo de fuerza, intimidación gra-

ve o resistencia también grave que en el hecho probado resulta del golpe propinado con una llamada dirigida a la cabeza del Sargento que ya había sido gravemente injuriado. Por último, el tipo penal requiere que el acometimiento esté relacionado con el ejercicio de las funciones legítimas desarrolladas por el agente de la autoridad”.

A estas sentencias, deben sumarse otras, como la STS 1183/1993, de 20 de mayo (RJ 1993\4189), que considera a un médico y a los enfermeros del sistema público sanitario como funcionarios públicos a los efectos de su protección penal:

“El primer motivo de impugnación, se formaliza al amparo del núm. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y en el mismo se denuncia infracción por aplicación indebida de los arts. 236 y 231 del Código Penal, al considerar al médico como funcionario público. En primer término, hay que resaltar que según el relato fáctico, la víctima ejercía sus funciones no en consulta privada, sino que las prestaba en el Servicio de Urgencia de la Seguridad Social de Roquetas, y poseía el nombramiento de médico sustituto debidamente autorizado por la Dirección Provincial de SAS.

El art. 119 del Código Penal -dice la Sentencia de esta Sala de 9-10-1991 (RJ 1991\7587)- alude a tres formas de acceder al funcionariado, bien por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de la Autoridad competente, siempre que se participe del ejercicio de las funciones públicas. Y esta última es la que concurre en el médico de la Seguridad Social, perjudicado por el delito, cuyo nombramiento había sido autorizado por la Dirección Provincial de SAS. Los funcionarios de empleo, en contraposición a los de carrera, tiene similar cuadro de derechos y obligaciones que los reconocidos a los funcionarios en propiedad. Y ello, no tanto por su estabilidad en el ejercicio del cargo, sino porque las funciones por ellos ejercidas son idénticas a las llevadas a cabo por titulares, por lo que su calificación de pública resulta indiscutible, ampliándose así los condi-

cionamientos del art. 119 del Código Penal, porque dicha actividad funcional pública debe referirse a ejercitar alguna actividad que por su carácter social y trascendencia colectiva está encomendada al Estado, Provincia o Municipio, o Entes públicos dependientes más o menos directamente de los mismos, y no puede dudarse de tal cualidad a los Servicios de la Seguridad Social, Instituto Nacional de la Salud, o su correlativo si se halla transferido a una Comunidad Autónoma, vinculados a la Administración pública. Concretamente, la Sentencia de esta Sala de 15-11-1973 (RJ 1973\4318), estimó que un médico de la Seguridad Social es funcionario público a efectos del art. 119 del Código Penal, y las de 15-6-1979 (RJ 1979\2673) y 7-4-1981 (RJ 1981\1605), declararon que los farmacéuticos, médicos y enfermeras que por disposición legal se incorporan a la prestación de un servicio social a cargo del -antiguo- Instituto Nacional de Previsión, que depende del Estado, les otorga los requisitos necesarios para alcanzar el carácter de funcionario público, y ello aunque la jurisdicción laboral sea la competente para entender de las cuestiones contenciosas que surjan entre ellos, lo que no obsta a tal consideración de funcionarios públicos a los fines de la legislación penal. El motivo, ha de rechazarse.”

Por lo tanto, una cosa es encontrar en la jurisprudencia y en los arts. 550 y 551 del Código Penal la máxima protección penal a los profesionales de la sanidad pública que sean acometidos, intimidados o golpeados en el desempeño de su función pública o como consecuencia directa de ella, y otra muy distinta penar al agresor con una pena de prisión desmedida (de uno a tres años), que se suma a la pena por el delito de lesiones, también elevada y, paradójicamente, de menor cuantía que la de atentado.

Creo que debe existir la suficiente proporción entre los concretos hechos que se quieren castigar y el castigo finalmente impuesto, que debe ser justo, y no desmedido ni riguroso en defensa de un determinado colectivo. Esta idea de necesaria proporción entre el hecho y el castigo es, precisamente, la esencia de la justicia material: dar a cada uno lo que le corresponde, sin excesos rigurosos.

Tercera. Precisamente, para buscar una sanción más proporcionada a la gravedad de los hechos, quienes hemos trabajado en la faceta disciplinaria de la Administración, creemos en el poder disuasorio y ejemplificativo de las sanciones administrativas, más eficaces para reprender determinadas conductas, siempre que vaya acompañada de una Agencia ejecutiva eficaz.

Así, la sanción administrativa no toca la libertad personal del usuario, pero sí le afecta de un modo ejemplificativo la segunda de las grandes libertades clásicas que preconizaban las declaraciones liberales de finales del siglo XVIII y del siglo XIX: la propiedad, entendida esta como su patrimonio económico.

Una sanción administrativa proporcionada a los hechos se sitúa a medio camino entre la gravedad de la pena por un delito de atentado y la falta de irrisoria condena que contempla el art. 620 del Código Penal. Tiene la ventaja de adecuarse a los hechos, de promoverse de oficio por la propia Administración a la que sirve el agredido y de desvincular a éste de la persecución propia que tendría que terminar haciendo en el ámbito penal de una denuncia y, ya no digamos, de la querrela penal, en cuyo caso ha de buscar procurador, abogado, acudir al juez, ver al agresor en un momento determinado, con la sensación del agredido de que es él quien personalmente persigue al delincuente y no la Administración.

Por el contrario, la sanción administrativa, bien tramitada y aplicada, ahorra todos esos inconvenientes al agredido y sanciona al agresor como se merece, y además sitúa la respuesta sancionatoria en el plano adecuado en que se debe dar: en el de la Administración, cuyo personal –y no un ciudadano más- ha sido violentado, actuando como si ella misma –y, jurídicamente, así es- hubiera sido la directamente agredida.

Es la Administración, pues, quien debe asumir la dirección de las actuaciones dirigidas a sancionar al agresor, por la vía que considere más apropiada (la penal o la administrativa, según la mayor o menor gravedad de los hechos), atendiendo una sopesada ponderación de los hechos y circunstancias concurrentes, e impulsar de oficio todos los actos necesarios para castigar a quien se lo merezca.

Por tanto, con carácter de regla general, sin otra excepción que los casos extremos de lesiones muy graves, me parece más propicia que el delito de atentado (cuya argumentación puede aparecer jurídicamente más forzada) la imposición por la Administración de una sanción administrativa con posibles varios tipos de acciones, que castigue al autor de esos actos de acometimiento, intimidación, empleo de fuerza en grado mínimo o resistencia al personal sanitario.

En el ordenamiento jurídico-administrativo vigente, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de sanidad, tipifica en su art. 35 las infracciones sanitarias.

En ese precepto figuran como infracciones leves:

“1ª. Las simples irregularidades en la observación de la normativa sanitaria vigente, sin trascendencia directa para la salud pública.

(...)

3ª. Las que, en razón de los criterios contemplados en este artículo merezcan la calificación de leves o no proceda su calificación como faltas graves o muy graves”.

Desde luego, esta tipificación adolece, desde un punto de vista jurídico-formal, de un grave defecto de definición y hace dudar incluso, bien por su carácter excesivamente abierto, bien por su carácter residual, de su constitucionalidad por una posible contravención del principio de legalidad que rige el Derecho administrativo sancionador conforme al art. 25.1 CE. No debe olvidarse que el Tribunal Constitucional ha considerado contrario al principio constitucional de reserva de ley que la norma legal acote simplemente la materia o que establezca el carácter residual de un tipo de infracción respecto de otros tipos definidos con precisión en la misma ley (STC 60/2000, de 2 de marzo).

Y en el mismo precepto figura como infracción muy grave:

“6ª. La resistencia, coacción, amenaza, represalia, desacato o cualquier otra forma de presión ejercida sobre las Autoridades sanitarias o sus agentes”.

Conforme al art. 36.1 de la citada Ley General de Sanidad, las infracciones leves se sancionan con multa de hasta 3.005,06 euros (500.000 pesetas), y las muy graves con multa de 15.025,31 euros (2.500.000 pesetas) a 601.012,10 euros (100 millones de pesetas).

Como puede verse, la coacción, amenaza, represalia, desacato, resistencia o cualquier otra forma de presión ejercida sobre un agente sanitario, obtienen una sanción mínima de 15.000 euros y máxima de 600.000 euros, en números redondos.

A mi juicio, esta tipificación que otorga la Ley General de Sanidad puede ser suficiente para sancionar a quien vulnera la integridad física o moral, sin lesiones, de un médico o enfermera, personal sanitario o no sanitario, pues, dicho personal, si no puede considerarse autoridad sanitaria, si son agentes de la autoridad sanitaria. Las expresiones “desacato” y “cualquier otra forma de presión”, entre ellas, la agresión, dan pie para sancionar el acto.

Puede suscitar dudas si el precepto cubre los supuestos de vejación al personal de la Administración, pero desde luego esa vejación es difícilmente entendible como algo distinto de una forma de presión.

No obstante, no existe problema alguno para perfilar mejor el tipo o tipos sancionatorios, y eso puede hacerlo perfectamente el legislador estatal, modificando la Ley General de Sanidad, o el autonómico, mediante la incorporación de la infracción en la ley autonómica reguladora de la materia sanitaria en su territorio.

Cuarta. En ese sentido, en el caso de la Comunidad Foral de Navarra, sería suficiente una modificación de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, para:

1º. Incluir, como un deber de los usuarios del sistema sanitario, el de mantener el debido respeto al personal al servicio de la Administración sanitaria, cuando éste actúa en ejercicio de sus funciones, dentro o fuera del respectivo centro sanitario, tanto en su dignidad personal como profesional, debiendo respetar, asimismo, a otros pacientes, familiares o acompañantes.

2°. Tipificar como infracción sanitaria grave, como letra f) del art. 27.2 de la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud: “La amenaza, coacción, represalia, injuria o trato degradante al personal al servicio de la Administración sanitaria o a otros usuarios de un centro sanitario”.

3°. Otorgar la calificación de infracción administrativa muy grave en el art. 27.3 de la Ley Foral de Salud a las agresiones físicas, incluidas las amenazas con objetos peligrosos o los intentos de agresión física, contra el personal al servicio de la Administración o contra usuarios de un centro sanitario.

4°. Sancionar la infracción grave con alguna o todas de las siguientes sanciones, en función de la gravedad de la infracción:

- Multa comprendida entre 3.000 y 15.000 euros.
- Suspensión del 50 % de la gratuidad del derecho a la asistencia sanitaria hasta un año.
- Cambio de centro sanitario con adscripción forzosa al centro que se le asigne y prohibición de elección de nuevo centro en un año.

5°. Si se trata de una infracción administrativa muy grave, sancionar con alguna o todas de las siguientes sanciones, en función de la gravedad de la sanción:

Multa comprendida entre 15.001 y 600.000 euros.

- Suspensión del 75% de la gratuidad del derecho a la asistencia sanitario hasta tres años.
- Cambio de centro sanitario con adscripción forzosa al centro que se le asigne y prohibición de elección de nuevo centro en tres años.

6°. Atribuir la competencia para estas sanciones al Consejero competente en materia de sanidad o la autoridad de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra a la que se atribuya esta competencia por Decreto Foral.

7°. Incluir también como medida provisional, una vez iniciado el procedimiento sancionador, el cambio forzoso de centro sanitario.

De las tres sanciones propuestas, las que realmente son nuevas son la suspensión parcial de la gratuidad de la asistencia sanitaria y el cambio forzoso de centro sanitario. El importe de las multas propuesto se corresponde con las cuantías de la Ley General de Sanidad. La segunda sanción reduce uno de los beneficios de las prestaciones sanitarias públicas: el de su gratuidad, sin tocar ningún otro elemento, como pudiera ser la universalidad. No se expulsa al usuario sancionado del sistema público de prestaciones, puesto que tiene derecho a la prestación, pero se le excluye en parte y por tiempo determinado de la gratuidad. La tercera sanción persigue, no castigar al sancionado, sino concentrar a los usuarios más agresivos en determinados centros de salud que se podrían especializar para hacer frente de una forma más a efectivo a individuos con un comportamiento más problemático. Desde luego, esta última me parece más admisible que la prohibición, impuesta por alguna sentencia con motivo de la condena por un delito de atentado, de acudir al centro de salud a no ser que se vaya acompañado, con el objeto de ser atendido médicamente, por un agente de la policía local.

En un momento determinado, la Institución pensó en proponer también la inclusión de los agresores en un registro público, accesible por cualquier persona, Administración o internet, pero nos suscitó dudas si tal medida respetaría la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) y el derecho fundamental de todos al honor (art. 18.1 CE). No obstante, podría plantearse como una sanción accesoria más la publicación de la resolución sancionadora firme en el BON, como se hace en el caso de otras sanciones del Derecho Administrativo, como la Ley Foral 13/1992, de 5 de marzo, de protección y gestión de la Fauna Silvestre y sus Hábitats, en su art. 108.

Es más, en los casos de agresiones muy graves, el agresor puede verse obligado a hacer frente tanto a sus responsabilidades penales como a sus responsabilidades administrativas. La imposición de una sanción administrativa a quien ha sido condenado y ha cumplido una pena impuesta con arreglo al Código Penal no vulnera el principio general del Derecho *non bis in idem* que informa el ordenamiento jurídico y que se desprende del principio de legalidad penal

contemplado en el art. 25.1 CE (“nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”).

Este principio, en su vertiente material, impide sancionar al mismo sujeto en más de una ocasión por el mismo hecho con el mismo fundamento; y en su vertiente procesal, proscribire la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento (SSTC 188/2005, de 7 de julio, y 334/2005, de 20 de diciembre, y ATC 513/2005, de 19 de diciembre). De forma particular, como ha destacado la STC 2/19981, de 30 de enero, el principio no impide que sea compatible la licitud penal y la ilicitud administrativa de unos mismos hechos si existe una relación de supremacía especial de la Administración - relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la Administración (ATC 150/1984, de 7 de marzo), situación esta última coincidente que se da en el caso del usuario de un servicio sanitario y del ciudadano que agrede, con o sin lesiones, a una autoridad o funcionario público. Mientras en un caso hablamos del incumplimiento de un usuario del servicio público de sus deberes básicos de respeto a las personas que lo prestan, por tanto sujeto a una relación de supremacía especial de la Administración en la organización y prestación del servicio, en el otro hablamos de un delito de atentado a funcionario público en el ejercicio de sus funciones públicas.

Quinta. La Administración autonómica debería crear una comisión técnica, con funciones de asesoramiento, consulta y participación, compuesta por expertos, representantes del personal de la Administración sanitaria, representantes de colegios profesionales, delegados de prevención laboral y otros que se considere oportuno, que centralizara toda la información sobre agresiones y realizase propuestas a la Administración en esta materia a partir de los hechos que se vayan conociendo. Esta Comisión debería actuar como permanente en la vigilancia de las agresiones.

Sexta. Cada Administración sanitaria debería realizar, a partir de las propuestas de esa Comisión, un estudio y una reorganización de sus servicios sanitarios para eliminar las causas objetivas que puedan inducir indirectamente a quejas graves de ciudadanos que puedan desembocar, en casos extremos, en violencia sanitaria.

La violencia es injustificable. No hay causa alguna que la justifique. No obstante, debe eliminarse por una Administración previsora y diligente el más mínimo atisbo de problema organizativo que pueda tener relación con o efecto directo o indirecto sobre el mismo.

Séptima. Cada Administración sanitaria competente debería elaborar, con participación de la Comisión Técnica, de los profesionales de la sanidad y sus representantes y de sus colegios profesionales y delegados de prevención laboral, aprobar y ejecutar un plan efectivo de eliminación o reducción de “puntos negros” en los que se detecte violencia sanitaria: urgencias hospitalarias, determinados centros de atención primaria o especializada, etcétera. Esto exige nuevamente estudiar las causas concretas que concurren en ese centro y poner remedios efectivos cuanto antes. Para ello la mejor información procederá del personal de ese centro quien nos dirá qué es lo que pase y nos propondrá las soluciones adecuadas.

El Servicio de Salud de las Illes Balears ha dado pasos para elaborar protocolos de actuación ante las agresiones a sus trabajadores y una comisión técnica creada al efecto diseñara un mapa con las zonas de especial riesgo.

Octava. Parece absolutamente necesariamente que la Administración sanitaria establezca protocolos de actuación e imparta la necesaria formación al personal de los centros sanitarios sobre cómo actuar en situaciones estándar de agresividad de pacientes o de sus acompañantes, mantener la calma, no elevar la voz, evitar enfrentamientos directos, no enervar más al potencial agresor, cómo avisar a otros compañeros, a la policía o a vigilantes de seguridad, quedarse con los detalles del potencial agresor para su posterior identificación y denuncia, establecer señales identificadoras en las recetas dadas o en los partes de

baja o alta que luego puedan ser anuladas o no tenidas en cuenta, buscar testigos de los hechos, saber luego a quién dirigirse, dónde, cómo denunciar, qué poner (para ello sería deseable la normalización de partes de lesiones o agresiones informatizados...).

Novena. La Administración Pública competente debería organizar cursos de formación al personal sobre esta cuestión y, en especial, sobre los protocolos de actuación.

Décima. La Administración debe prestar, sin excepción alguna, apoyo a la víctima, que debe ser, según los hechos:

- Médico: debe procederse inmediatamente de que se haya producido la agresión a la evaluación urgente del agredido, trasladándolo a urgencia o al centro que corresponda. Esa evaluación es esencial para la calificación de los hechos como delito, falta o infracción administrativa.
- Jurídico: la Administración debe asistir jurídicamente al agredido⁴ y, en los casos, de lesiones graves o que éste considere conveniente, permitir que elija un abogado de su confianza con cargo a los presupuestos públicos⁵. Además, la Administración, de forma sistemática y al margen de lo anterior debe proceder a: a) sancionar la conducta administrativamente si no ha habido lesiones y considera que se ha maltratado a su personal, o b) querellarse contra el agresor si ha habido lesiones (la simple denuncia no sirve a efectos prácticos, debe impulsarse el proceso penal a instancia de parte). En cualquier caso, y en el segundo de los supuestos, la Administración debe personarse como denunciante o querellante contra los agresores. No es suficiente con pagar un letrado elegido por el agredido y luego desentenderse de lo ocurrido, como si no fuera algo propio. Es necesario, cuando menos en el plano

jurídico, un respaldo mayor, que incluya la colaboración permanente y continua de la Administración y sus asesores jurídicos con los letrados elegidos por el agredido.

- Psicológico, si es necesario, sobre todo para eliminar o reducir el temor, la inseguridad, la pérdida de autoestima o de voluntad de trabajar, las angustias o ansiedades que se puedan haber creado en la víctima de la agresión... Debe hacerse comprender a la víctima que, salvo que haya mediado provocación suficiente por su parte, no es responsable de nada de lo ocurrido, que se trata de un incidente desagradable y aislado, difícilmente repetible, de cuyas causas es ajeno, que ha tenido lugar en su persona por puro azar y que no debe afectar ni a su integridad moral ni a su profesionalidad.
- Moral, arropando a la víctima, para que no sienta sola ni extraña, ni estigmatizada. Este apoyo tiene que venir tanto de los directivos, que deben sentirse como si hubiera sido ellos los agredidos, en cuanto superiores de la Administración que dirigen, y de los compañeros de trabajo, cuya solidaridad debe ser real y sentida.
- Económico, compensando los daños físicos y morales con alguna retribución complementaria, única, en función de los hechos, que puede ser objeto de contratación con una compañía de seguros por una prima módica. Todo ello sin perjuicio de que se obtenga del agresor la indemnización del daño moral en concepto de responsabilidad civil.

Undécima. La consideración de la incapacidad temporal derivada del suceso como accidente laboral.

Duodécima. La Administración debería dirigirse, allí donde no se haya hecho así, al Fiscal Jefe del Tribunal Superior de Justicia correspondiente para que éste asuma la persecución penal de este tipo de actos, cuando fueran graves, y exponerle su criterio acerca de la conveniencia de calificar o no los he-

4 CÁLIZ CÁLIZ, Rafael, "La asistencia jurídica activa al personal de los servicios de salud. El fenómeno de las agresiones", cit.

5 Véase al respecto PÉREZ GÓMEZ, José María, revista *Derecho y Salud*, volumen 14, marzo 2006, páginas 54-56.

chos como delito de atentado a la luz de las circunstancias concurrentes en todo caso y de la necesaria proporcionalidad que exija el castigo.

Decimotercera. La Administración sanitaria debería mantener conversaciones con las policías municipales, autonómicas o Nacional, con el fin de promover la organización de cursos a este personal sobre cómo actuar en estos casos, velando por la víctima, identificando al agresor y alejándolo de aquella.

Decimocuarta. La Administración sanitaria debería contratar guardas jurados en un número suficiente para los centros sanitarios donde se detectara un mayor número de agresiones o conflictos de los usuarios con el personal del centro, o establecer la presencia de la Policía Foral o autonómica. No se trata de militarizar los centros sanitarios, pero tampoco de dejar indefenso a su personal en aquellos lugares de mayor riesgo para la integridad de los trabajadores.

Decimoquinta. En puestos de atención directa al público o en las consultas, la Administración podría instalar avisadores a servicios de seguridad (como ocurre en los bancos o en los aviones para avisar al personal asistente).

Decimosexta. En centros de una mayor conflictividad, la Administración podría establecer plantillas de profesionales sanitarios y no sanitarios preparados y formados para actuar de forma protocolizada en casos de violencia hacia ellos. No se trata de establecer estos equipos preparados en todos los centros, sino en aquellos pocos en los que se detecte el problema o en aquellos a los que se adscriban forzosamente los usuarios conflictivos por haberlo acordado así la Administración.

En estos centros, el médico, el ATS, el celador, el personal de atención al público, debería ser reclutado, formado y preparado psicológicamente para situaciones peligrosas o extremas. Este personal debe saber a qué se enfrenta y cómo hacerlo. Sería un personal especialmente preparado para hacer frente a estas situaciones.

Si el personal se reclutase de forma voluntaria, estuviera mejor pagado con un complemento de pe-

ligrosidad y estuviera apoyado por los directivos del centro y de la sanidad pública, aguantaría mejor y durante más tiempo situaciones puntualmente tensas.

Debería evitarse la práctica tan extendida, tolerada por la Administración cuando no fomentada por ésta, de que la atención al público o la cercanía con él sea vista como algo desagradable y penoso que termina recayendo en los empleados más nuevos, menos experimentados, muchas veces temporales y casi siempre peor retribuidos (personal interno residente, becarios, temporales...).

Decimoséptima. La Administración debería realizar campañas divulgativas para sensibilizar a trabajadores y usuarios. En todos los centros de salud, podrían ubicarse folletos y carteles que, además de los derechos, recordasen al usuario y a sus acompañantes ciertos deberes esenciales: paciencia, respeto a todo el personal del centro (desde el que primero recibe hasta el médico), que el servicio no puede ser prestado de inmediato, que el personal no tiene la culpa de las masificaciones y dilaciones indebidas, que dicho personal no tiene el deber de aguantar nada a nadie que no sea lo estrictamente sanitario y conforme a los métodos establecidos, que prevalece el criterio del facultativo y no la petición del usuario, que para reclamar hay o debe haber hojas de reclamación en cada centro...

Debería impulsarse una campaña con folletos y hojas a repartir a la persona con unas sencillas tablas de deberes o instrucciones al llegar al centro, sobre todo en los problemáticos.

Conclusión.

En definitiva, se trata de que cada uno de los sectores implicados mejore un poco más en beneficio del conjunto:

- La Administración sanitaria debiera organizar mejor sus servicios y ser sensible a las reivindicaciones elementales de los usuarios y a los problemas de los profesionales de cada centro sanitario. En todo caso, debe apoyar siempre al agredido y actuar contra el agresor de forma proporcionada.

- El personal sanitario debiera comprender al paciente e intentar encauzar, en la medida de lo posible, las situaciones conflictivas en su fase inicial, sin tratar de hacer frente a las mismas si no está previamente preparado para ello.
- El usuario no debe pagar sus frustraciones, ansiedades y temores con el personal del

centro, ni exigir derechos que la ley no le otorga, ni imponer criterios médicos al personal sanitario (el profesional es el sanitario y no él).

Entendiendo mejor al otro, siempre se avanza más.

LA NUEVA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DE LOS RESIDENTES EN FORMACIÓN. ANÁLISIS DEL REAL DECRETO 1146/2006, DE 6 DE OCTUBRE.

Jesús Baz Rodríguez

Profesor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Salamanca

SUMARIO: I.- LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE RESIDENCIA. CONFIGURACIÓN NORMATIVA: 1.1.- Objeto y ámbito subjetivo de la relación laboral de residencia: inclusiones, exclusiones y supuestos especiales. 1.2.- Fuentes de regulación de la relación laboral de residencia. 1.3.- Forma, contenido y eficacia del contrato de trabajo de residencia. 1.4.- Régimen de duración del contrato de trabajo de residencia. II.- LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL RESIDENTE: 2.1.- La ordenación comunitaria sobre el tiempo de trabajo y los “médicos en periodo de formación”. 2.2.- La jornada laboral ordinaria y complementaria del personal residente. 2.3.- Los descansos del personal residente: en particular sobre los recortes al descanso mínimo interjornadas y al descanso semanal. 2.4.- El régimen de fiestas, permisos y vacaciones del personal residente. 2.5.- Condiciones especiales de la jornada laboral del residente por motivos de conciliación con la vida personal y familiar. 2.6.- Condiciones especiales de la jornada laboral del residente por motivos de discapacidad. III.- EL RÉGIMEN RETRIBUTIVO DEL PERSONAL RESIDENTE: 3.1.- El salario de los residentes en centros o unidades de titularidad pública. 3.2.- El salario de los residentes en centros o unidades de titularidad privada. IV.- LAS ROTACIONES DEL PERSONAL RESIDENTE: 4.1.- Las rotaciones externas. 4.2.- Las rotaciones internas. V.- SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y EXCEDENCIAS DEL PERSONAL RESIDENTE: 5.1.- Supuestos permitidos y prohibidos de suspensión y excedencia y peculiaridades de su ejercicio. 5.2.- Efectos particulares de la suspensión del contrato de trabajo de residencia. VI.- LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL RESIDENTE: 6.1.- Causas de extinción del contrato de trabajo de residencia. 6.2.- Efectos de la extinción del contrato de trabajo de residencia: repercusiones sobre la continuidad o no de la formación especializada. VII.- LA RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN: 7.1.- Responsabilidad disciplinaria. 7.2.- Responsabilidad profesional: algunas consideraciones básicas en materia penal, administrativa y civil.

I.- LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE RESIDENCIA. CONFIGURACIÓN NORMATIVA.

1.1.- Objeto y ámbito subjetivo de la relación laboral de residencia: inclusiones, exclusiones y supuestos especiales.

La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud,

regulada recientemente por el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre¹, es el soporte contractual a través del cual se constituye y se rige la práctica profesional programada, tutelada y evaluada que permite a dichos especialistas en formación alcanzar

1 Regulados reglamentariamente los aspectos laborales del sistema de residencia por parte del RD 1146/2006, está pendiente de aprobación, por parte del Ministerio de Sanidad la normativa reglamentaria sobre los aspectos formativos, que venga a sustituir al actual RD 127/1984 que regula la obtención de títulos de especialidades, aún vigente hoy día, junto a su normativa de desarrollo.

progresivamente los conocimientos y la responsabilidad profesional necesarios para el ejercicio autónomo de la especialidad. Ello se produce mediante su integración en la actividad asistencial, ordinaria y de urgencias de un centro sanitario, ya sea éste de titularidad pública o privada; percibiendo por tales servicios, en tanto que trabajadores por cuenta ajena, las retribuciones legalmente establecidas. Esta es la definición que cabría extraer de una interpretación conjunta del primero de los preceptos del citado Real Decreto, y de sus normas concordantes allí citadas (artículo 20.3 f) y D.A. 1ª LOPS), en relación con el artículo 4.1 c) del propio RD 1146/2006. Este último precepto constituye quizá, pese a su ubicación sistemática en cierto modo subalterna, una norma central en toda esta regulación: tratando de formular uno de los derechos básicos de los residentes, dicha norma es capaz de condensar a un tiempo la esencia y la función -o lo que es lo mismo, la causa y el objeto de la relación laboral de residencia-, erigiéndose, a nuestro juicio, en una clave interpretativa general de todo el conjunto normativo que aquí se analizará.

De este modo el ámbito subjetivo de la norma reglamentaria viene inicialmente circunscrito (artículo 1.2) al colectivo de los *“titulados universitarios que, previa participación en la convocatoria anual de carácter nacional de pruebas selectivas”*, accedan a *“una plaza en un centro o unidad docente acreditada para el desarrollo de un programa de formación especializada en Ciencias de la Salud, mediante el sistema de residencia (...) a efectos de la obtención del título de especialista”*. Superación de la prueba selectiva anual –sin que se exijan otros elementos propios de los contratos formativos laborales como la edad del titulado universitario², o el tiempo transcurrido desde la obtención de la titulación-; y acceso efectivo a una plaza de residencia, son, por

consecuente, los dos elementos que determinan el ámbito subjetivo de esta normativa. Este viene definido en atención al propio objeto específico de la misma: deja claramente sentado el citado precepto, en definitiva, que solamente puede recurrirse al contrato de residencia por parte de los centros sanitarios para el cumplimiento de las finalidades previstas en el ordenamiento sanitario, y no para satisfacer ordinariamente sus necesidades asistenciales³.

Por lo que se refiere a las convocatorias anuales de acceso a la formación especializada aquí aludidas, éstas serán las que se lleven a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 22 LOPS y en su normativa de desarrollo⁴. Por otra parte, en cuanto a los programas de formación especializada, la norma se refiere a los aprobados por el Ministerio de Sanidad y Consumo a través del procedimiento contemplado en el artículo 21 LOPS, que culmina preceptivamente con su publicación en el Boletín Oficial del Estado para su general conocimiento, una vez que el mismo es aprobado por medio de la correspondiente Orden ministerial. Así las cosas, como es bien sabido, en la actualidad existen programas de formación sanitaria especializada en Medicina, Farmacia, Enfermería, Química, Biología, Psicología y Radiofísica Hospitalaria⁵.

3 Cuestión que ya había dejado sentada, antes de la actual regulación, tanto la jurisprudencia como la doctrina: cfr. J.M. GOERLICH PESET: *“Los médicos residentes: un supuesto especial de contrato de trabajo en prácticas”*, R.E.D.T., nº 45, 1991, p. 59.

4 Actualmente, además de por el RD 127/1984, más específicamente por la Orden de 27 de junio de 1989, por la que se establecen las normas reguladoras de las pruebas selectivas para el acceso a plazas de formación sanitaria especializada (B.O.E. 28-6-1989).

5 Cfr. el listado completo y actualizado de especialidades sanitarias, según las titulaciones exigidas para su acceso, en la página web del Ministerio de Sanidad y Consumo: http://sis.msc.es/fse/PaginasDinamicas/Programas_Formacion/ProgramasDin.aspx?MenuId=QE-00&SubMenuId=QE-01. Hay que tener en cuenta además, que, como se dijo con anterioridad, el marco legal vigente permite la creación de especialidades relacionadas con cualesquiera de las demás profesiones sanitarias tituladas que se relacionan en los artículos 6 y 7 LOPS, e incluso con acceso desde titulaciones universitarias que proporcionen una formación de “pregrado” (rectius, grado) idónea para ello, según dispone el artículo 19.1 LOPS. Y, por otra parte, que, en todo caso, el elenco de especialidades que pueda existir en cada momento carece de un carácter cerrado o definitivo, dada la facultad del Gobierno de crear, cambiar de denominación, o suprimir aquellas especialidades sanitarias (y sus correspondientes programas formativos) que el progreso científico y tecnológico aconseje, atendiendo a criterios de atención a necesidades sociales y de protección de la salud (artículo 21 LOPS).

2 El texto definitivo del RD 1146/2006 ha suprimido la referencia existente en el primer borrador a propósito de la *“Residencia sin límite de edad”* (D.A. 3ª), que tenía un valor meramente aclaratorio. A falta de prohibiciones expresas, que por lo demás, resultarían dudosamente lícitas desde la óptica constitucional, el resultado de esta supresión hay que entender que carece, pues, de efecto práctico alguno. No obstante, conviene señalar la posible existencia de una cierta falta de sintonía de este planteamiento normativo en relación con la normativa específica que regula la exención de guardias médicas para los facultativos mayores de 45 y 55 años (RD 521/1987, artículo 33.3 y Acuerdo entre Administración y Sindicatos de julio de 1997).

Sentado lo anterior, la delimitación del ámbito subjetivo de esta relación laboral, por lo que se refiere al sujeto trabajador, debe ser completada efectuando algunas puntualizaciones que afectan al régimen de inclusiones y de exclusiones; así como, en tercer lugar, a la existencia de ciertos supuestos especiales de los que se derivan obligaciones específicas para el empleador.

Por lo que se refiere a las inclusiones, el artículo 1.2 del RD 1146/2006, en su segundo inciso, efectúa una alusión expresa a dos situaciones particulares, específicamente contempladas por la normativa legal, que tienen que ver con ciertas fórmulas que implican una continuidad en el itinerario formativo del especialista una vez obtenida la (primera) especialidad:

- Por un lado, la normativa reglamentaria resulta de aplicación a los especialistas en Ciencias de la Salud que cursen una nueva especialidad conforme a lo dispuesto en el artículo 23 LOPS⁶. Contempla esta norma un procedimiento especial, mediante el cual aquellos especialistas en Ciencias de la Salud que cuenten con, al menos, cinco años de ejercicio profesional como tales (u ocho años, a partir del tercer título o sucesivos), pueden obtener un nuevo título de especialista en relación con una especialidad del mismo tronco de la que ya posean, a través de un procedimiento (pendiente del desarrollo reglamentario), que debe concluir con la correspondiente prueba evaluadora de las capacidades del aspirante a la nueva especialidad⁷.
- En segundo lugar, también resulta de aplicación la relación laboral especial de residencia a aquellos especialistas que accedan a un tipo de formación de alta especialización conducente a la

obtención del denominado “Diploma de Área de Capacitación Específica”, regulado en los artículos 24 y 25 LOPS. Todo ello, siempre y cuando dicha formación se lleve a cabo a través de una formación programada (sistema de residencia)⁸; y no, en cambio –hay que entender–, cuando la misma se dispense a través del ejercicio profesional específicamente orientado al área correspondiente. La inclusión en el ámbito de aplicación de la relación laboral especial de residencia de este personal no ha resultado, no obstante, pacíficamente admitida en el plano sindical¹⁰, e incluso podría plantear problemas jurídicos, al tratarse de una decisión reglamentaria sin amparo legal explícito¹¹.

En lo referente las exclusiones, hay que hablar igualmente de dos situaciones; una de ellas recogida explícitamente en el RD 1146/2006, y la otra sólo de manera implícita:

- En primer término (D.A. 8ª del RD 1146/2006), la relación laboral de residencia no resulta de aplicación a los miembros de las Fuerzas Armadas; y ello con independencia de que éstos se formen tanto en las plazas de la red sanitaria militar¹² como en el resto de la red sanitaria. La justificación, por lo demás, obvia, es que a este personal le resulta de aplicación su normativa

⁶ Una inclusión introducida finalmente en el texto del RD 1146/2006, pese a su ausencia en los borradores previos de 4 de abril de 2005 y 9 de febrero de 2006.

⁷ Ni que decir tiene que con independencia de este procedimiento, cualquier especialista puede concurrir a las sucesivas convocatorias anuales ordinarias para la cobertura de plazas para la obtención de cualesquiera títulos de especialista (haya o no troncalidad) a través del sistema de residencia, sin necesidad del transcurso de los plazos temporales aludidos, siendo igualmente de aplicación a la relación laboral correspondiente el RD 1146/2006.

⁸ Tal y como se deduce de la propia D.A. 1ª LOPS, en su párrafo 3º.

⁹ Aunque también en esta segunda opción contemplada legalmente se prevea el preceptivo trámite de evaluación final de la competencia profesional para el acceso al citado Diploma, de carácter igualmente oficial. Dicho Diploma de Área no es un requisito *sine qua non*, como el título oficial de especialista, sino que simplemente “podrá ser valorado para acceder a puestos de trabajo de alta especialización en centros o establecimientos públicos y privados” (artículo 24 LOPS).

¹⁰ Vid., por ejemplo, críticamente, el documento “Propuestas de UGT sobre el borrador de Real Decreto que regula la relación laboral de carácter especial del Personal en Formación por el sistema de residencia”, de 12 de abril de 2005, p. 5.

¹¹ Cfr. en este sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA: “La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud. Comentario al RD 1146/2006, de 6 de octubre (BOE 7 de octubre de 2006), R.L., nº 3, 2007, p. 97.

¹² Hipótesis inicialmente contemplada por la D.A. 3ª LOPS, en sintonía con la D.A. 13ª de la Ley 55/2003.

especifica en lo que se refiere a derechos y obligaciones de naturaleza “laboral” o profesional¹³.

- Por otra parte, la realización de ciertos programas de formación especializada –particularmente aquellos que no requieren formación hospitalaria-, a falta de lo que disponga la futura normativa sobre los aspectos formativos, no se realizan actualmente a través del sistema de residencia, sino que los adjudicatarios de las plazas están sometidos, según dispone su normativa específica, al “régimen de alumno” de las correspondientes “unidades docentes y escuelas profesionales”; ya sea prestando los servicios susceptibles de contraprestación que se establezcan; ya sea sin derecho al percibo de remuneración alguna¹⁴. Pues bien, tales especialistas en formación quedan implícitamente fuera del ámbito subjetivo de aplicación del RD 1146/2006, el cual se circunscribe literalmente *ex artículo 1.2*, a los especialistas en formación “*mediante el sistema de residencia*”. De hecho, en estos supuestos, según ha entendido la jurisprudencia, no existe, en principio, vinculación contractual laboral alguna, sino más bien una pura relación docente sometida a la formalización de la matrícula correspondiente¹⁵, en términos análogos a lo que sucede con las prácticas profesionales de los estudiantes como parte integrante de sus estudios académicos o de los cursos de formación profesional¹⁶.

El supuesto especial, por lo que se refiere al perfil subjetivo del trabajador, viene dado por la específica atención dispensada por parte de la D.A. 2ª del RD 1146/2006, al personal residente discapacitado¹⁷. En este sentido, la normativa reguladora del contrato especial de los residentes –aplicable una vez que éstos hayan superado las pruebas selectivas anuales previas las adaptaciones que hubiesen resultado necesarias-, se preocupa de remover obstáculos y de aplicar medidas compensatorias específicas para conseguir la efectiva participación de los residentes discapacitados en el proceso formativo en condiciones de igualdad con el resto de los especialistas en formación, actuando en un doble plano.

Por una parte, se establece con carácter vinculante, una garantía de accesibilidad en favor del residente discapacitado: el centro o unidad docente en los que se adjudique plaza de residente a una persona con discapacidad¹⁸ está obligado a realizar aquellas obras, adaptaciones y “demás ajustes razonables” que resulten precisos para lograr el acceso a todas las actividades del programa formativo, así como a facilitar las ayudas técnicas necesarias al efecto, para lo cual puede solicitar asesoramiento y apoyo al Centro de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEA-PAT) o a cualquier otra entidad pública o privada especializada¹⁹. Si tales actuaciones no pudiesen finalmente realizarse, debido a “motivos arquitectónicos insalvables”, “graves problemas presupuestarios” u “otras razones análogas”, es la Administración sanitaria en la que se ubique la unidad docente

¹³ Otra cuestión es la regulación de los aspectos formativos del sistema de residencia, contenidos en el artículo 20.3 LOPS y en su desarrollo reglamentario, que sí resultan obviamente de aplicación al proceso de obtención de una especialidad sanitaria por parte del citado personal militar.

¹⁴ Por lo que se refiere a especialidades médicas: Estomatología; Hidrología; Medicina Espacial; Medicina de la Educación Física y el Deporte; Medicina Legal y Forense y Medicina del Trabajo. Vid. artículo 14.3 de la Orden de 27 de junio de 1989, modificado por la Orden de 22 de noviembre de 1996 (B.O.E. 27-11-1996), en relación con el Anexo 3 del RD 127/1984.

¹⁵ Vid. STS 19-10-1988 (RJ 1988/8120; ó más recientemente, sobre tal distinción, STSJ Madrid 4-4-2001 (Sala de lo contencioso administrativo) (RJCA 2001/883).

¹⁶ Vid. D.A. 1ª RD 488/1998, de 27 de marzo, por el que se desarrolla el artículo 11 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos formativos.

¹⁷ Las previsiones contempladas al efecto suponen un desarrollo del principio de igualdad de oportunidades, no discriminación y compensación de desventajas dispuesto con carácter general en los artículos 37 y 37 bis de la Ley 12/1982, de 7 de abril para la integración laboral de los trabajadores con discapacidad, y que además, en relación con el conjunto de la formación sanitaria especializada, viene proclamado a nivel legal por parte del artículo 22.3 LOPS.

¹⁸ Se entiende por persona con discapacidad, a los efectos de la regulación de la relación laboral de residencia, a aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento; y en todo caso, a los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad.

¹⁹ Cfr. el reciente RD 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones (B.O.E. 11-5-2007).

la que viene obligada a ofrecer al residente discapacitado otra plaza en una unidad docente que reúna las condiciones de accesibilidad requeridas para su plena integración en condiciones de igualdad. Tales obligaciones que atañen, en un caso, al centro o unidad docente, y en el otro, a la Administración responsable, resultan exigibles por parte del residente como un verdadero derecho subjetivo a la accesibilidad, sin perjuicio del juego de los diversos conceptos jurídicos indeterminados -como los reproducidos anteriormente entre comillas- que aderezan su formulación normativa. El personal residente discapacitado tiene derecho igualmente- como se verá mas adelante- a una organización del tiempo de trabajo particularizada cuando, como consecuencia de su discapacidad, sea incapaz de soportar jornadas de trabajo excesivamente prolongadas.

Las anteriores consideraciones han de completarse con una breve referencia al ámbito subjetivo de la relación jurídica desde la posición del empleador. El régimen jurídico-laboral establecido por el RD 1146/2006, en tanto que marco general homogéneo para todos los residentes, resulta aplicable con independencia de la titularidad pública o privada de los establecimientos sanitarios (artículo 1.3)²⁰. Otra cosa serán, obviamente, las particularidades en las condiciones de trabajo derivadas de las diferentes regulaciones convencionales que resulten aplicables, en lo que se refiere, como se verá más adelante, al sistema retributivo (artículo 7.4 y D.T. 2ª, punto 3), o al régimen disciplinario (artículo 13.2); o al disfrute de días de libre disposición (artículo 6.2, *a sensu contrario*); e incluso, como se verá, a propósito de la responsabilidad profesional.

1.2.- Fuentes de regulación de la relación laboral especial de residencia.

La relación laboral especial de residencia se regula, así pues, por el RD 1146/2006, de 6 de octubre, rigiendo con carácter supletorio, en relación con aquellas cuestiones no expresamente previstas por dicha norma reglamentaria, lo dispuesto en la legislación laboral común, esto es, tanto en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores como “*en la demás legislación laboral que resulte aplicable*” (artículo 1.4). Esta relación laboral especial se sitúa así en la órbita de las que podríamos calificar como más intensamente *laboralizadas*. Una aplicación supletoria de la normativa laboral común que procederá, en todo caso, -pese a que esta cláusula no se contiene expresamente en el artículo 1.4 RD 1146/2006, a diferencia de otras disposiciones anteriores equivalentes- cuando ello no se oponga a la especial naturaleza formativa de la relación laboral especial de residencia; o a la preservación del funcionamiento ordinario del sistema nacional de salud. Este grado de laboralización “máxima” del contrato de trabajo de los residentes, resulta no obstante compatible con la acogida o remisión expresa, por lo que se refiere estrictamente a condiciones de trabajo y empleo, de ciertas pautas reguladoras propias del personal estatutario de los servicios de salud. Así sucede señaladamente, como se verá, en relación con importantes extremos de la regulación: *v. gr.*, ordenación de la jornada y tiempo de trabajo de los residentes; régimen disciplinario; ordenación salarial; o aplicación al personal residente de los pactos y acuerdos referentes al personal estatutario.

Y es que el sistema de fuentes diseñado para la relación laboral de residencia por parte del artículo 1.4 RD 1146/2006, más allá de la aplicabilidad prevalente de su normativa reglamentaria específica, carece de variaciones sustanciales en relación con lo dispuesto en el artículo 3 ET. Tras las fuentes de derecho estatal, que conforman, ante todo, según subraya el Preámbulo de la norma, un estatuto básico, mínimo y homogéneo, la determinación de los derechos y obligaciones laborales de los residentes vendrán determinados “por los convenios colectivos y por la voluntad de las partes manifestada en los contratos de trabajo, sin que en ningún caso puedan

²⁰ *Para adjudicar las plazas de formación que correspondan a centros privados, no obstante, es preciso como requisito previo que los candidatos acompañen su solicitud de plaza previa al contrato con un documento acreditativo de que el centro está conforme en admitirlos tras superar la prueba selectiva. Conformidad que sólo puede ser denegada cuando en los aspirantes no concurren las condiciones objetivas establecidas con carácter general, a estos efectos, por el correspondiente centro; las cuales deben además ser homologadas conjuntamente por los Ministerios de Educación y Ciencia y de Sanidad y Consumo previamente a la convocatoria anual (artículo 5.4 RD 127/1984).*

establecerse en ellos condiciones menos favorables al trabajador o contrarias a las previstas en las disposiciones legales y convenios colectivos antes referidos”. Sólo la falta de mención a los usos y costumbres locales y profesionales (artículo 3.1 d) ET) diferencia la literalidad de ambos preceptos; si bien la propia aplicabilidad supletoria del ET determinaría, a la postre, la aplicación supletoria en último grado de dichos usos y costumbres, en defecto de ley, convenio y contrato, a no ser que éstos cuenten con una recepción o remisión expresa (artículo 3.4 ET).

Una vez sentadas reglamentariamente las condiciones de trabajo básicas y mínimas comunes del colectivo de los residentes, teniendo en cuenta el ámbito competencial de gestión sanitaria afectado, corresponderá fundamentalmente a la negociación colectiva de ámbito autonómico, y particularmente, a la que se desarrolle en el seno de las Mesas Sectoriales correspondientes –al menos por lo que se refiere al colectivo mayoritario de los residentes adscritos a plazas en centros o unidades docentes de titularidad pública- la determinación de los innumerables aspectos no abordados, así como la mejora de esas condiciones básicas, y la eventual adaptación de las condiciones de trabajo de los residentes a las circunstancias particulares de cada territorio²¹. Todo ello, con independencia de la conservación del ámbito estatal de negociación en el seno de la Comisión de Recursos Humanos del Consejo Interterritorial del SNS²². Téngase en cuenta que más allá de la determinación del sustrato estructural básico de esta relación laboral especial, innumerables aspectos adicionales son susceptibles de pactación colectiva²³.

Junto a lo anterior, no hay que olvidar el papel que igualmente corresponde desempeñar en este terreno a los convenios colectivos que resulten aplicables a los centros y unidades docentes de titularidad privada. El propio reglamento contiene reenvíos concretos a la regulación de estos convenios en materia de especialidades retributivas (artículo 7.4 y D.T. 2ª, párrafo 3) y disciplinarias (artículos 13.2 y 14); así como, en sentido inverso, se pronuncia por la prohibición de tales peculiaridades a efectos de la aplicación progresiva de la jornada máxima (D.T. 1ª)-. Resulta esperable, por consiguiente, que se produzca un mayor protagonismo de la negociación colectiva del ámbito sanitario privado que supere la actual postura de olvido de este colectivo²⁴, cuando no directamente de exclusión expresa del personal residente del ámbito de los convenios, con manifiesto defecto a nuestro juicio, en este último caso, de ilegalidad e inconstitucionalidad por vulneración del principio de igualdad y no discriminación (artículos 14 CE, y 15.6 y 17 ET)²⁵.

Por lo que se refiere, en último lugar, a la autonomía individual como fuente de la relación laboral especial de residencia, el RD 1146/2006 ha optado finalmente -en contra de las preferencias manifestadas en su fase de elaboración por parte de algunas organizaciones sindicales, recelosas de que se repita una situación de contractualización de la relación laboral de los residentes como la anteriormente existente²⁶-, por permitir su libre juego dentro del respeto a las disposiciones legales y reglamentarias, y a los convenios colectivos, en los propios términos del artículo 3.1 c) ET. La solución normativa final

²¹ La jurisprudencia ha venido rechazando la aplicabilidad de la negociación colectiva de los empleados públicos a los residentes: de entre los pronunciamientos más recientes, cfr. STS 22-3-2005 (JUR. 2005/127945).

²² Cuyos primeros frutos han sido justamente los pactos en torno al régimen jurídico de la relación laboral de residencia y el marco retributivo común, y del cual es esperable que a corto plazo siga avanzando en sus contenidos, al menos con la creación de una Comisión de seguimiento y con la fijación de una periodicidad para la revisión de dichos acuerdos. No en vano, el citado órgano constituye un foro con participación ministerial, interautonómica y social que resulta idóneo para el reforzamiento y desarrollo posterior, en su caso, del marco general homogéneo establecido por el RD 1146/2006.

²³ Tales como, por ejemplo, aspectos de concreción en materia de jornada y retribuciones, cláusulas de revisión salarial; o eventuales mejoras

voluntarias en materia de Seguridad Social; o incluso cuestiones profesionales específicas como el aseguramiento de la responsabilidad civil, entre otros temas que se encuentran presentes ya en las tablas reivindicativas de las organizaciones sindicales: vid., por todos, el documento de UGT-FSP: Las condiciones laborales del personal en formación de especialidad por el sistema de residencia, op. cit., pp. 2-3.

²⁴ Dejando a salvo excepciones: vid., por ejemplo, Conv. Col. de Hospitales del XHUP y de los Centros de Atención Primaria concertados de Cataluña para los años 2005-2008 (D.O.G.C. 4-10-2006).

²⁵ Vid. por ejemplo, Conv. Col. interprovincial de la empresa “Fremap, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales de la Seguridad Social, nº 61” (B.O.E. 1-6-2005: artículo 1).

²⁶ Cfr. el documento UGT-FSP: Propuestas de UGT sobre el borrador de Real Decreto que regula la relación laboral de carácter especial del Personal en Formación por el Sistema de Residencia, op. cit., p. 7.

debe ser valorada, no obstante, de modo positivo, en cuanto que se opta en definitiva, con carácter general, tanto por posibilitar expresamente la estipulación contractual *ad futurum* de condiciones más beneficiosas, cuanto por garantizar explícitamente el respeto de aquellas otras, de origen igualmente contractual, que se viniesen disfrutando con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1146/2006 (D.T. 4ª) y que reúnan los requisitos de licitud, voluntariedad y mejora exigidos jurisprudencialmente²⁷. Todo ello, sin perjuicio de la posible alteración ordinaria de tales condiciones más beneficiosas, por medio de vicisitudes tales como la estipulación de pactos novatorios, la compensación y absorción (artículo 26.5 ET) o la modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 ET).

El juego de la autonomía individual topa, no obstante, con tres prohibiciones dentro del propio RD 1146/2006: concretamente, la ilicitud de la estipulación de pactos sobre periodo de prueba (artículo 3.5); sobre establecimiento de jornada a tiempo parcial (artículo 5.3); y sobre suspensión del contrato tanto por causas consignadas inicialmente en el contrato como por mutuo acuerdo sobrevenido (artículo 9.1). Si las dos últimas tienen que ver con la incompatibilidad de tales cláusulas con el cumplimiento de los programas formativos, la primera se orienta a preservar la competencia en materia de evaluación del rendimiento y la capacidad profesional del residente exclusivamente en favor de las instancias competentes para ello, y a través de los procedimientos reglados al efecto. Se refuerza con ello, en definitiva, el derecho del residente que ha obtenido una plaza, a través de un proceso selectivo en convocatoria pública, para desarrollar dicho programa de formación especializada sin que pueda ser desposeído de aquella si no concurre alguna de las causas de extinción normativamente taxadas (artículos 4.1 o) y 11 RD 1146/2006).

1.3.- Forma, contenido y eficacia del contrato de trabajo de residencia.

El contrato de trabajo de residencia ha de celebrarse preceptivamente por escrito (artículo 2.1 RD 1146/2006), al igual que todos los contratos temporales que superen las cuatro semanas de duración (artículo 8.2 ET), así como con la regulación del resto de las relaciones laborales especiales; sin que se exija ningún modelo oficial al efecto²⁸. Es sabido que el ordenamiento laboral español en ninguno de tales casos erige el elemento formal en un requisito constitutivo o *ad solemnitatem* del que se derive el reconocimiento objetivo de la existencia del contrato, sino que simplemente se le confiere un valor *ad probationem*, con virtualidad declarativa o probatoria de la propia naturaleza especial o temporal del contrato de trabajo. De esta suerte, la inobservancia del mandato de la forma escrita, por lo que se refiere a los contratos de duración determinada, implicará – aplicando supletoriamente el artículo 8.2 ET– el desencadenamiento de una presunción *iuris tantum* de conversión en indefinido, que, no obstante, permite la prueba de la temporalidad por parte del empleador. En el caso de la relación laboral especial de residencia, la posibilidad de probar la verdadera naturaleza del contrato, y por tanto de abortar su conversión en indefinido, resultará evidentemente sencilla, a partir de la constatación de la adjudicación de la plaza correspondiente al residente, una vez superada por este la prueba selectiva anual. De este modo, la inobservancia de la forma escrita únicamente será susceptible de acarrear, en la práctica, la correspondiente responsabilidad administrativa ex artículo 7.1 TR-LISOS, donde se califica como infracción laboral grave la no formalización por escrito del contrato de trabajo cuando este requisito sea exigible o cuando lo haya solicitado el trabajador.

El contrato de trabajo se formalizará por cuadruplicado²⁹, figurando como sujetos que lo suscri-

²⁷ Vid., por todas, STS 13-6-1994 (RJ 1994/4767).

²⁸ Tampoco se acoge, en este punto, la demanda sindical formulada en tal sentido, encaminada a lograr una homogeneidad máxima de los contratos-tipo de residencia empleados por las distintas entidades públicas y privadas: vid. UGT-FSP: Propuestas de UGT sobre el borrador de Real Decreto, op. cit., p. 7.

²⁹ Se consolida así una práctica previa según la cual son cuatro los receptores del contrato: el residente, el centro hospitalario o entidad

ben, por una parte, el residente, en su condición de trabajador, y por la otra, la “entidad titular de la unidad docente acreditada para impartir la formación”, en su condición de empleador: esto es, el centro, organismo, o entidad de naturaleza pública o privada, dotada en principio del atributo de la personalidad jurídica, de la que dependa dicha unidad docente acreditada³⁰.

Así las cosas, en relación con las especialidades de formación básicamente hospitalaria, la unidad docente se ubicará, en principio en el interior de un centro hospitalario (v. gr., Servicio), caso en el que podrá figurar como titular del contrato de trabajo el propio centro hospitalario o, en su caso, la entidad jurídica pública o privada que lo represente; o bien estar integrada por más de un centro hospitalario, cuando se trate de complejos sanitarios o agrupaciones funcionales de centros hospitalarios creados por las CC.AA. en virtud de las competencias organizativas que les corresponden, supuesto, este segundo, en el que el empleador podría ser tanto la propia agrupación, como, por ejemplo, el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma. En relación con las especialidades de formación intra-extra hospitalaria (v. gr., medicina de familia), la unidad docente, en cambio, está integrada por los dispositivos extra-hospitalarios de naturaleza asistencial, formativa, investigadora o de otro carácter, así como por el/los centro/s de Atención especializada que sean necesarios para garantizar la formación extra e intra-hospitalaria correspondiente, por lo que parece reservarse la posición de empleador para sujetos y entidades con competencias de gestión sanitaria más amplia sobre un ámbito geográfico determinado (Gerencias, Servicios de salud, etc.).

titular de la unidad docente que figure como empleador, el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma y el Ministerio de Sanidad y Consumo. Todo ello, sin perjuicio de la necesidad de entregar la preceptiva copia básica del contrato a los representantes de los trabajadores, a partir de la vigencia supletoria de los artículos 64.1 2º ET y 10.3.1º LOLS.

³⁰ Téngase en cuenta que la noción de “unidad docente” no equivale a un sujeto de derecho, sino a un conjunto de recursos asistenciales, materiales, personales y de proceso necesarios para impartir este tipo de formación reglada por el sistema de residencia y acreditados a través del procedimiento correspondiente (artículo 26 LOPS).

En cuanto a los contenidos que preceptivamente ha de albergar el contrato de trabajo de residencia, el artículo 2.2 RD 1146/2006 acoge en esencia, con retoques y adaptaciones, aquellos extremos sobre los cuales, en tanto que elementos esenciales del contrato o principales condiciones de su ejecución, versa la obligación de informar por escrito al trabajador en el régimen laboral común (artículo 8.5 y RD 1659/1998, de 24 de julio, artículo 2.2)³¹. Habrán de figurar así en el contrato: a) la identidad de las partes que suscriben el contrato; b) el domicilio social de la empresa; c) la unidad docente donde se desarrollará el programa de formación y el centro al que pertenece o, en su caso, los dispositivos que la integran; así como las rotaciones “internas” que, en su caso, se prevean en la acreditación de dicha unidad; d) la convocatoria en la que el residente ha obtenido la plaza e) fecha de comienzo de la relación laboral y su duración -incorporándose al contrato las diligencias de las sucesivas renovaciones anuales que correspondan según el programa formativo de la especialidad-; f) el título universitario del residente y el programa de formación que va a cursar; g) la cuantía de las retribuciones; h) la jornada laboral; i) la duración de las vacaciones y modalidad para su atribución y determinación; y j) el convenio colectivo aplicable.

Nótese que las únicas peculiaridades que se extraen del contraste entre ambos preceptos van referidas a la constancia en el contrato de trabajo de residencia, en vez del centro de trabajo, de la unidad docente y la posible existencia de rotaciones “internas” (ex artículo 8.4) como circunstancias determinantes del lugar de prestación de los servicios; la convocatoria en la que el residente obtuvo la plaza; el título universitario ostentado por el residente; y el programa de formación que va a cursar –en lugar de la referencia, en este caso, a la categoría o grupo profesional del puesto de trabajo desempeñado por el trabajador común-. Cumplida así la información al trabajador sobre los elementos esenciales del con-

³¹ Quizá debido a este mimetismo, no se ha incluido como un extremo necesario del contrato la designación del tutor, como sucede, por ejemplo, en el contrato para la formación: artículo 11 RD 488/1998, de 27 de marzo.

trato a través de su formalización por escrito con la constancia de los elementos señalados, resultará de aplicación supletoria el citado RD 1659/1998, de 24 de julio, en los términos y plazos allí señalados, particularmente en lo que se refiere a la información adicional que ha de suministrarse al trabajador en los supuestos de prestación de servicios del residente en el extranjero³², o en caso de existencia de modificaciones en las condiciones esenciales de la relación laboral que no se deriven de modificaciones en las fuentes legales o convencionales aplicables (v. gr., cambio en el domicilio social de la empresa).

Por lo que se refiere a la eficacia del contrato de residencia, esta queda expresamente condicionada, en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.4 RD 1146/2006, a la superación del **examen médico** preceptivo a que el residente ha de someterse obligatoriamente para que se compruebe que no padece ninguna enfermedad o limitación física o psíquica que resulte incompatible con las actividades profesionales que exige el correspondiente programa formativo. Un carácter obligatorio que se justifica, obviamente, -en los términos del artículo 22.1 LPRL-, en la medida en que resulta imprescindible para verificar si su estado de salud puede constituir un peligro para el mismo, para los demás trabajadores o para otras personas relacionadas con la empresa, en este caso, los pacientes de los servicios de salud; sin que pueda por ello mismo considerarse una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador³³. Se trata aquí, no obstante, de un examen médico que ha de realizarse, no con carácter periódico, sino en un momento temporal anterior a la formalización del contrato de trabajo de residencia, de suerte que su no superación determinaría la falta de eficacia *ab initio* del propio contrato de trabajo: pese a la deficiente e incoherente redacción del precepto, puesta de manifiesto por el Dictamen del Consejo de Estado³⁴ (“el contrato que-

dará sin efecto...”), si se efectúa una interpretación lógica del mismo debe llegarse a la conclusión interpretativa de que no se trata propiamente de una condición resolutoria del contrato, ni tampoco de un supuesto de nulidad sobrevenida ex artículo 9.2 ET, sino más bien de una especie de condición de eficacia inicial del contrato de residencia encaminada a impedir el propio nacimiento del vínculo contractual³⁵.

En fin, téngase en cuenta, en relación con el examen médico inicial, que la D.A. 2ª, en su párrafo 3º, rechaza la posibilidad de que al residente que padezca una discapacidad se le pueda declarar no apto para la formalización del contrato de trabajo, cuando la imposibilidad de realizar las actividades propias del programa formativo se deba a deficiencias de accesibilidad al centro de trabajo no subsanables, y no a limitaciones funcionales del residente: estará en este caso la Administración sanitaria, como se vio más atrás, obligada a ofrecer al residente discapacitado otra plaza en otra unidad docente que reúna las necesarias condiciones de accesibilidad.

1.4.- Régimen de duración del contrato de trabajo de residencia.

La inserción de la realización de un programa formativo de especialización sanitaria en la mecánica de este contrato de trabajo, cuya especialidad reside justamente en su peculiar objeto, acarrea necesariamente repercusiones tanto en relación con la duración del vínculo jurídico-laboral, cuanto en relación con las consecuencias del resultado de las evaluaciones preceptivas que han de realizarse durante el transcurso del programa formativo -tanto con carácter anual, como al final del mismo-, especialmente si dicho resultado es de carácter negativo. La parquedad de la regulación anteriormente contenida en el RD 127/1984, implicaba, de hecho, la existencia de

³² Téngase en cuenta que las denominadas rotaciones, o episodios de “movilidad geográfica” del residente, han de realizarse “en centros nacionales o extranjeros de reconocido prestigio” (artículo 8.1 b) RD 1146/2006).

³³ Cfr. STC 196/2004, de 15 de noviembre, f.j. 6º. Episodios trágicos recientes, como el caso “Ramón y Cajal” justifican suficientemente esta preocupación de la norma reglamentaria.

³⁴ Dictamen 1717/2006 (Trabajo y Asuntos Sociales), de 28-9-2006, p. 8.

³⁵ La propia razón de ser del reconocimiento médico, y su carácter necesariamente previo a la formalización del contrato que el precepto comienza subrayando, impone, a nuestro juicio, la necesidad de interpretar el artículo 2.4 RD 1146/2006 como una verdadera prohibición, dirigida al empleador, de suscribir y formalizar el contrato de residencia -y, con ello, de la consiguiente posibilidad de que se inicien las actividades profesionales vinculadas al programa formativo-, hasta el momento en que se haya comprobado la aptitud física y psíquica de quienes hayan sido adjudicatarios de la plaza de residencia.

un auténtico vacío normativo en relación con estas dos trascendentales cuestiones. Ante ello, el modo de incardinar el desarrollo del programa formativo en el marco del vínculo contractual laboral que *de facto* vino funcionando en la práctica durante todos estos años consistió precisamente en asentar o justificar la temporalidad del contrato en base a los requerimientos en materia de evaluación derivados del cumplimiento del programa formativo: de esta suerte, los contratos de trabajo de residencia se venían suscribiendo con una duración inicial “anual”, desde el momento de la firma hasta el 31 de diciembre del año natural en curso, entendiéndose prorrogados si al finalizar este periodo se hubieran superado las pruebas de evaluación. En tal caso, la prórroga se extendía por un año más, al final del cual procedía la realización de una nueva evaluación, y así sucesivamente hasta completarse el programa formativo de la especialidad, de duración variable, como se sabe, según cada caso (2, 3, 4 ó 5 años). Caso de existir evaluaciones negativas, el contrato-tipo preveía, sin más paliativos, la extinción del contrato, bien al final de su periodo inicial de vigencia o bien de las sucesivas prórrogas.

La finalidad formativa específica de este contrato era considerada, en definitiva, como el elemento que aportaba licitud a este juego de estipulaciones contractuales resolutorias albergadas en los contratos-tipo³⁶; un punto de partida que es el que acaba acogiendo la D.A. 1ª LOPS, cuando ordena que la regulación de la relación laboral especial por vía reglamentaria contemple “los supuestos de resolución de los contratos cuando no se superen las evaluaciones establecidas”, así como “la duración máxima de los contratos en función de la duración de cada uno de los correspondientes programas formativos, y los supuestos excepcionales para su posible prórroga cuando se produzcan casos, no imputables al interesado, de suspensión de la relación laboral”.

Pues bien, en esencia, el sistema de encaje del desarrollo evaluado del programa formativo en el molde del contrato de trabajo ideado por la práctica

de los contratos-tipo anteriores, es el que se acoge en el artículo 3 RD 1146/2006. No obstante, la nueva regulación no está desprovista de algunas novedades o aportaciones que le confieren un cierto “valor añadido”: si, por una parte, al amparo del mandato legal, se contemplan soluciones normativas en forma de prórroga del contrato para ciertos supuestos de interrupción de la prestación laboral –y consiguientemente, del seguimiento del programa formativo–, por otro lado se crea una importante garantía, igualmente en forma de prórroga contractual, para la realización de un “plan de recuperación” en los supuestos en los que el residente obtenga una evaluación anual negativa³⁷.

Así las cosas, en principio, la duración del contrato de residencia (artículo 3.1 RD 1146/2006) “*será de un año, renovable por periodos iguales durante el tiempo que dure su programa de formación, siempre que, al final de cada año, el residente haya sido evaluado positivamente por el Comité de evaluación de la especialidad correspondiente*”. El contrato de trabajo de residencia constituye, pues, un vínculo sometido a término resolutorio. Pero las sucesivas renovaciones anuales del contrato de trabajo, hay que entender, resultan obligatorias para el sujeto empleador, sin que este disponga de margen alguno de discrecionalidad tras la resolución positiva emanada del Comité de evaluación: éste, de hecho, habrá de incorporar de modo expreso al contrato las denominadas “*diligencias de las renovaciones*”, siguiendo lo establecido en el artículo 2.3 RD 1146/2006. En caso contrario; esto es, en ausencia de tramitación de la prórroga del contrato tras una evaluación positiva, habrá que entender que lo que se ha producido es un despido. Despido cuya calificación, en sentido estricto, bien podría ser la de nulidad radical, no sólo en atención a los intereses que se encuentran en juego y a la conexión indudable de este contrato con los derechos fundamentales contenidos

³⁶ En este sentido se pronunciaba J.M. GOERLICH PESET: “Los médicos residentes: un supuesto especial...”, *op. cit.*, p. 64.

³⁷ Se trata así de paliar la drástica consecuencia de que una evaluación negativa suponga definitivamente la pérdida de la plaza conseguida en convocatoria pública por parte del residente: *vid.* el documento presentado en el Foro Marco de Diálogo Social: Propuesta del SIMAP. Documento sobre la regulación de la relación laboral de residencia, p.15 (www.elmedicointeractivo.com/docs/documentos/ESTATUTO%20DEL%20RESIDENTES.doc).

en los artículos 23 y 27 CE³⁸, sino también por probable vulneración del principio de igualdad y no discriminación (artículo 14 CE)³⁹.

En cambio, cuando el residente obtenga una evaluación anual negativa por no alcanzar los objetivos fijados a juicio del Comité de evaluación, cabe, como se apuntó anteriormente, que éste considere que puede alcanzarlos mediante *“un plan de recuperación específica y programada”*. En este caso, el contrato se prorrogará por el periodo de duración de dicho plan, que deberá realizarse dentro de los tres primeros meses del siguiente año lectivo conjuntamente con las actividades propias de éste, quedando supeditada la prórroga por los restantes nueve meses al resultado de la evaluación de la recuperación” (artículo 3.3 RD 1146/2006). Una prórroga de recuperación que puede igualmente ser autorizada, tras la finalización del último año de residencia, “si el Comité de evaluación considera posible la recuperación mediante dicho plan”. Nótese que, en este punto, es sólo al Comité de Evaluación, como órgano administrativo –y no propiamente a la entidad empleadora, como tal-, al que se le concede el correspondiente margen de discrecionalidad para dictaminar sobre dos extremos: a) si procede o no la realización del plan de recuperación, y b) cuál ha de ser su duración, dentro del periodo máximo de tres meses. Considerada esta prórroga de recuperación como un verdadero derecho subjetivo del residente (artículo 4.1 j) RD 1146/2006), éste se satisface con la correlativa obligación de la entidad titular de la unidad docente de prorrogar el contrato de trabajo por el tiempo que se establezca para la realización, en su caso, del plan de recuperación; así como también ulteriormente, por el tiempo restante de la anualidad si el resultado de la evaluación de la recuperación es positivo. Obligaciones del empleador que, caso de ser incumplidas, implicarían, al igual que en el caso de las evaluacio-

nes positivas otorgadas inicialmente, la existencia de un despido.

En definitiva, sólo en los casos extremos de evaluación negativa sin que sea posible a juicio del Comité de evaluación que el residente pueda alcanzar los objetivos formativos citados mediante la realización de un plan de recuperación, o de evaluación negativa posterior al correspondiente plan, será admisible la ausencia de prórroga del contrato⁴⁰. Resultará aplicable en ambos supuestos, la causa extintiva dispuesta en el artículo 11.1 b) RD 1146/2006, sin que proceda indemnización alguna por la extinción del contrato. Una causa extintiva que, sin perjuicio de la preceptiva publicación del resultado evaluatorio en los tabloneros del centro, parece necesario que se manifieste expresamente por parte del empleador a través de un acto extintivo expreso en forma de denuncia, en el sentido del artículo 49.1 c) ET, ya que, si no lo hubiese, y especialmente si el trabajador continuase prestando servicios asistenciales ordinarios en el centro hospitalario, el contrato podría considerarse tácitamente convertido en otro por tiempo indefinido.

La operación de acompasamiento entre la duración del vínculo contractual y el transcurso del programa formativo, exige además –como anunciaba la D.A. 1ª LOPS-, que el RD 1146/2006 se pronuncie sobre los supuestos excepcionales para su posible prórroga cuando se produzcan casos, no imputables al interesado, de suspensión de la relación laboral. Siguiendo tal mandato, el artículo 3.4 dispone que *“cuando la evaluación negativa se deba a la imposibilidad de prestación de servicios superior al 25 por ciento de la jornada anual como consecuencia de la suspensión del contrato o de otras causas legales, se autorizará la prórroga del contrato por el tiempo necesario para completar el periodo formativo o su repetición completa, previo informe de la Comisión de Docencia correspondiente”*, habiendo de ser resuelta la propuesta de repetición por el Ministerio de

³⁸ Tal fue la opinión mostrada en su momento por J.M. GOERLICH PESET: “Los médicos residentes: un supuesto especial...”, op. cit., p. 65.

³⁹ No obstante, como se verá, el RD 1146/2006 garantiza igualmente el que, cuando la calificación judicial del despido sea la de improcedente, el residente tenga derecho a optar entre la readmisión o la indemnización (artículo 11.3): bastará así con una demanda por despido disciplinario solicitando judicialmente dicha calificación para disponer de la citada opción por parte del residente.

⁴⁰ Queda abierta entonces para el residente, la posibilidad de solicitar la revisión de la evaluación final negativa, a través del procedimiento previsto en la D.A. 5ª, párrafo 1º –aunque sólo, textualmente, cuando el Comité de Evaluación considere que no procede recuperación, y no, en cambio, cuando tras el plan de recuperación volviese a repetirse una calificación negativa-.

Sanidad y Consumo. El supuesto de hecho aquí contemplado se construye como una sub-especie con respecto del anterior: se trata aquí de canalizar las consecuencias contractuales derivadas igualmente de una evaluación negativa, pero fundamentada ahora sobre una causa cuantitativa y objetiva: la falta de cumplimiento de una cuarta parte de la jornada anual, como consecuencia de un supuesto de suspensión del contrato no procedente de la autonomía individual⁴¹, o bien de “otras causas legales”, mención reglamentaria que hay que entender referida, en principio, a las excedencias forzosas reguladas en el ET, a las que se remite el artículo 10 RD 1146/2006. En cuanto a las consecuencias jurídicas, la principal diferencia estriba en la duración de la prórroga, que no viene aquí limitada a un periodo máximo de tres meses: se entiende, a partir de una interpretación lógica, que la extensión de la prórroga del contrato habrá de corresponderse con la jornada anual dejada de realizar por el residente (entre el 25% y el 100%: “repetición completa”). Todo ello, sin perjuicio de que, como se verá más adelante, de resultar la suspensión contractual superior a dos años, el residente se haya de reincorporar en la parte del programa de formación que estime la comisión de docencia, aunque ello pueda suponer la repetición de algún periodo ya evaluado positivamente (artículo 9.2 RD 1146/2006). Recuérdese que se trata, también aquí, de un verdadero derecho subjetivo del residente a la prórroga contractual (artículo 4.1 j) RD 1146/2006), del que deriva una correlativa obligación empresarial cuyo incumplimiento desencadena las consecuencias jurídicas ya vistas con anterioridad.

Finalmente, la normativa reglamentaria contempla, en su artículo 3.2, un régimen propio de prórroga de la residencia en relación con un grupo de supuestos en los que, en principio, y salvo una excepción (víctimas de violencia doméstica), la imposibilidad de completar el programa formativo por parte del residente tiene que ver con factores referentes a la esfera del empresario, y en los que, por consiguiente, no existe evaluación negativa alguna. Esta

recopilación de supuestos, en principio extintivos (aunque alguno, en origen, es suspensivo) se extrae de un complejo juego de remisiones entre el citado precepto y el artículo 11.2 RD 1146/2006, el cual remite a su vez al artículo 49 ET⁴².

Se trata de supuestos que implican la interrupción del programa de residencia por causas no imputables al residente, y cuyo denominador común reside en la necesidad (o conveniencia, en el caso de la fuerza mayor suspensiva de duración superior a seis meses) de que la continuación del programa formativo se produzca en otra unidad docente diferente de aquella a la que inicialmente estaba adscrito el trabajador. No se trata aquí, por tanto, de una simple prórroga del contrato, sino de un “nuevo contrato” –como expresamente reconocen los artículos 3.2 y 11.2 RD 1146/2002- con un sujeto empleador diferente. Y es que producida la extinción del contrato de residencia inicial como consecuencia de las causas citadas, la Administración sanitaria asume la obligación de ofrecer a los residentes afectados la posibilidad de continuar su formación como especialistas en otras unidades docentes⁴³, en las que se reconocerán los periodos de formación ya realizados y evaluados positivamente en la unidad docente de procedencia. De este modo, el nuevo contrato que se suscriba cuenta con reglas excepcionales en lo que se refiere a su duración: esta puede ser inferior a un

⁴² A saber: a) muerte, jubilación o extinción de la personalidad jurídica del empresario contratante (artículo 49.1 g) ET); b) fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo (artículo 49.1 h) ET); c) fuerza mayor suspensiva, o suspensión por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción: prolongándose la suspensión por un tiempo superior a seis meses, ésta se convierte en un supuesto extintivo del contrato de residencia (artículo 11.1 f) RD 1146/2006); d) despido colectivo (artículos 49.1 i) y 51 ET); e) voluntad del trabajador fundamentada en incumplimiento grave del empresario (artículos 49.1 j) y 50 ET); y f) decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (artículo 11.1 j) RD 1146/2006).

⁴³ El artículo 11.2 RD 1146/2006 configura aquí una verdadera obligación normativa vinculante para la Administración sanitaria que, sin embargo, criticablemente, el artículo 4.1 j) se olvida de tipificar como un derecho subjetivo del residente, a diferencia del derecho a las prórrogas del contrato con el empleador inicial de los artículos 3.3 y 3.4. Que la satisfacción de dicho derecho no sea exigible frente a quien a la sazón es la contraparte del contrato, sino frente a la Administración (como sucede con otros de los tipificados en el artículo 4), no supone una justificación aceptable al respecto. Otra cosa será que las vías para hacer efectiva la obligación de la Administración sanitaria de adjudicación de un nuevo destino sean las de los recursos administrativos y posteriormente jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo.

⁴¹ El artículo 9 RD 1146/2006 prohíbe la suspensión del contrato de residencia tanto por mutuo acuerdo de las partes, como por causas consignadas en el contrato.

año, celebrándose únicamente “*por el tiempo necesario para finalizar el curso que fue interrumpido*”. Una vez modificada la adscripción del residente, será pues sobre el nuevo empleador sobre quien recaigan las sucesivas obligaciones de prorrogar ordinariamente el contrato de residencia, en los términos vistos más atrás, para la continuación del programa de formación hasta su finalización.

II.- LA ORDENACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN.

El apartado que aquí comienza se enfrenta sin duda a uno de los puntos más delicados y polémicos de todo el régimen jurídico del contrato de trabajo especial de residencia: la temática de la ordenación del tiempo de trabajo de los residentes. Esta ha de disciplinarse efectuando una adecuada ponderación de al menos tres parámetros básicos que, con carácter general, se encuentran afectados: en primer término, el de la protección de la salud de los trabajadores residentes; en segundo lugar, el de la preservación y garantía de la calidad asistencial de los centros y unidades a los que están adscritos; y, en tercer término, la consecución de los objetivos docentes ligados al programa de formación. Junto a ello, la normativa trata de no descuidar otros dos elementos, de carácter no ya general sino particular, como son el imperativo de la conciliación de la residencia con la vida familiar y laboral, así como la adecuación del tiempo de trabajo en relación con el personal residente discapacitado.

Precisamente el objetivo de proteger a estos trabajadores frente a los efectos perjudiciales para su salud y seguridad derivados de una duración del trabajo excesiva, de un descanso insuficiente, o de una organización del trabajo irregular fue, junto a las repercusiones de dichos efectos sobre la prestación y calidad de la asistencia sanitaria (dado, en especial, el elevado número de “guardias” efectuados por los residentes en los servicios de salud de los distintos países europeos), las dos motivaciones centrales que impulsaron la inclusión de este colectivo en el ámbito de aplicación de la actual Directiva

2003/88/CE⁴⁴. Si bien esta contiene, como se verá seguidamente, una labor de adaptación de sus disposiciones relativas a los tiempos de trabajo y descanso a la naturaleza específica de los servicios sanitarios, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar la continuidad del servicio: por una parte, permitiendo que las legislaciones estatales puedan efectuar recortes sustanciales en torno a ciertos extremos de la regulación (artículos 3, 4, 5 y 8); y por otra, estableciendo una normativa transitoria excepcional a propósito de la duración del tiempo de trabajo semanal de los “médicos en periodo de formación” (artículo 17.5), mención que, en base a una interpretación lógica, sistemática y teleológica parece conveniente entender referida a todos los profesionales sanitarios en formación.

La transposición al ordenamiento español de las reglas comunitarias sobre tiempo de trabajo y régimen de descansos en relación con el personal sanitario comenzó, de hecho, con la aprobación de la Ley 55/2003, sobre el Estatuto Marco del Personal Sanitario (EM)⁴⁵. De este modo, el RD 1146/2006 vino a completar dicha transposición en relación con el personal sanitario en formación, estableciendo las correspondientes “peculiaridades” o diferencias entre el régimen jurídico de los residentes y el del personal (normalmente estatutario) adscrito a los respectivos servicios de salud en lo referido a tres aspectos, como son la duración de la jornada ordinaria, el descanso interjornadas y la jornada complementaria (artículo 5), y regulando paralelamente el régimen de festivos, permisos y vacaciones (artículo 6). Por su trascendencia, y su directa influencia en la regula-

⁴⁴ Para una evaluación de los efectos, en particular, de las guardias médicas sobre la salud, calidad de vida y calidad asistencial de los médicos residentes en España, cfr. el estudio empírico elaborado por M. MENÉNDEZ GONZÁLEZ – P. RYAN MURÚA – B. GARCÍA SALAVERRI: “Efecto subjetivo de las guardias sobre la salud, calidad de vida y calidad asistencial de los médicos residentes en España”, *Archivos Médicos*, Vol. 1, Nº 1, nº 19, 2005, pp. 1-12.

⁴⁵ Vid. concretamente su Capítulo X (artículos 46-61). Para un comentario integral de esta normativa, cfr. I. GONZÁLEZ DEL REY – P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN: “La ordenación del tiempo de trabajo del personal estatutario del Sistema Nacional de Salud”, *R.L.*, nº 20, 2006, pp. 15-49. La D.T 1ª EM, por lo demás, se adelantaba a la normativa específica sobre la relación laboral de residencia, regulando anticipadamente la aplicación paulatina de la jornada de trabajo al personal en formación mediante residencia; términos de regulación que se incorporarán después a la D.T 1ª del RD 1146/2006.

ción que aquí se analiza, se reparará seguidamente sobre el tratamiento por parte del Derecho Comunitario, de la temática del tiempo de trabajo de los “médicos en periodo de formación”.

2.1.- La ordenación comunitaria sobre el tiempo de trabajo y su evolución en relación con los “médicos en periodo de formación”:

En contraste con la postura omisiva del legislador laboral interno, el Derecho Social Comunitario, particularmente en lo que se refiere a la ordenación del tiempo de trabajo, sí que ha venido efectuando una contemplación específica de la actividad si no textualmente de todos los profesionales sanitarios en periodo de formación, sí al menos de los médicos⁴⁶: inicialmente, por cierto, a los efectos de la exclusión de dicho colectivo respecto del ámbito de aplicación de sus disposiciones. Concretamente la Directiva 93/104/CE, del Consejo, de 23 de noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, se encargaba de señalar, en su artículo 1.3, su inaplicabilidad, entre otros colectivos, a “*las actividades de los médicos en periodo de formación*”. Teniendo como objetivo primordial la protección de los trabajadores contra los efectos perjudiciales para su salud y seguridad derivados de una duración de trabajo excesiva, de un descanso insuficiente, o de una organización del trabajo irregular, el texto aprobado por el Consejo achacaba difusamente al “carácter específico del trabajo” la necesidad de adoptar “medidas separadas” por lo que

se refería a la distribución del tiempo de trabajo en los sectores y actividades excluidos de la Directiva⁴⁷.

La iniciativa a este respecto, partió de la Comisión, la cual ya durante la segunda lectura se comprometió con el Parlamento Europeo a adoptar iniciativas relativas a los sectores y actividades excluidos del ámbito de aplicación de aquella. Concretamente en 1997, el *Libro Blanco sobre los sectores y las actividades excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo*⁴⁸, se preocupaba de destacar los efectos negativos de una ordenación inadecuada del tiempo de trabajo en tales sectores y actividades excluidos, no solamente desde el prisma de la seguridad y salud de los trabajadores, sino también para preservar el bienestar y la seguridad de las demás personas en general: en particular, por lo que se refiere a los profesionales sanitarios en formación, por las posibles repercusiones sobre la prestación y la calidad de la asistencia sanitaria. Teniendo en cuenta especialmente el elevado número de servicios “de guardia” efectuado por estos profesionales en formación en los servicios de salud de los distintos Estados miembros⁴⁹, llegaba

⁴⁷ Considerando 16º de la Directiva 93/104/CE. Excepto los médicos en formación, el resto de los sectores y actividades excluidos tenían como característica común el tratarse generalmente de trabajadores obligados a ausentarse de su hogar para realizar su trabajo (“trabajadores móviles”: transporte por carretera, aéreo, por ferrocarril, marítimo, navegación interior, pesca marítima y otras actividades marítimas), por lo que la motivación de la exclusión de aquellos quedaba aún más evanescente en la propia motivación de la Directiva.

⁴⁸ COM (97) 334 final.

⁴⁹ Un estudio realizado para la Comisión en 1994 (Coshape Ltd.: *The Working Hours of Doctors in Training in the context of the Directive 93/104/CE*) revelaba que, pese a que el trabajo “de guardia” de los médicos en formación variaba considerablemente en cada Estado miembro, en varios países los médicos en formación trabajaban un gran número de horas semanales y periodos excesivamente largos de servicio continuo, permaneciendo durante la noche o el fin de semana en adición a la jornada de trabajo normal u ordinaria. Y es que “a falta de disposiciones expresamente garantizadoras de descansos suficientes, o a falta de otras restricciones del número de horas de trabajo, muchos horarios de servicio obligan a los médicos en formación a trabajar más de 32 horas (seguidas), e incluso más de 70 horas en los casos más extremos, sin un tiempo de descanso suficiente”. El informe concluía además que, si bien los horarios de trabajo semanales de los médicos en formación eran muy variados, estos superaban por lo general las 55 horas por semana en muchos países. Por lo demás, el informe resaltaba que pese a que en algunos países europeos, su situación es especial, puesto que no son ni trabajadores por cuenta propia, ni trabajadores por cuenta ajena, ni trabajadores en prácticas, por lo general, en la gran mayoría de los países se les considera trabajadores por cuenta ajena a los efectos de la legislación laboral.

⁴⁶ De hecho, esta mención literal a los “médicos en formación” contenida en la Directiva podría plantear la duda de si el legislador español, al efectuar la transposición de la Directiva 2003/88/CE, puede extender este régimen restrictivo de derechos contenido en la Directiva, incluida la regulación transitoria de la duración del tiempo de trabajo semanal, al resto del colectivo de residentes, esto es, a los “no médicos”. A nuestro juicio, dicha posibilidad se derivaría, en primer término, de una interpretación sistemática de los artículos artículo 17.3 c) i) y 17.5. Si bien el segundo se refiere sólo, textualmente, a los “médicos en formación”, el primero hace referencia, de modo más amplio, a los “servicios relativos a la recepción, tratamiento y/o asistencia médica prestados por hospitales o centros similares (incluyendo las actividades de médicos en periodo de formación)”. El sentido de este inciso recuerda simplemente la inclusión en el ámbito de la norma comunitaria de un colectivo anteriormente excluido, pretendiendo en buena lógica y en atención a la finalidad del precepto, abarcar a los profesionales sanitarios en formación que presten su actividad en dichos servicios de asistencia sanitaria prestados por hospitales o centros similares: desde enfermeros hasta bioquímicos, farmacéuticos, biólogos, etc.

este documento a la conclusión no sólo del evidente riesgo para la salud y la seguridad de un número considerable de médicos en formación, sino también para la seguridad del público en general, dada la participación directa de estos profesionales en los procedimientos y decisiones médicas que afectan a los pacientes.

Partiendo de estas consideraciones, el documento venía a proponer en definitiva, por lo que se refiere a los médicos en formación, no ya la adopción de “medidas específicas” –lo cual se reserva para los trabajadores “móviles”–, sino pura y llanamente, la extensión de las disposiciones de la Directiva 93/104/CE a los mismos, aunque introduciéndose en la misma los ajustes necesarios en las redacción de las excepciones existentes en varios de sus preceptos, para que los Estados miembros pudiesen después abordar, a escala nacional, el tratamiento de las polémicas “guardias”, velando así por la continuidad del servicio de asistencia sanitaria. Y es que, no en vano, el Libro Blanco de 1997 era consciente de que la ampliación de la Directiva, con el otorgamiento de los derechos en ella contemplados a los médicos en formación, podría también “tener repercusiones sobre la prestación y la calidad de la asistencia sanitaria”⁵⁰, por lo que se propugnaba no ya la elaboración de una normativa *ad hoc* para la regulación del tiempo de trabajo de los médicos en formación⁵¹, pero sí la búsqueda de un equilibrio a través de la introducción de ciertos ajustes en el texto de la norma para atender a las circunstancias y consideraciones operativas que anteriormente se encontraban en la raíz de la exclusión de los médicos en formación⁵².

Pues bien tales ajustes vinieron de la mano de la aprobación de la **Directiva 2000/34/CE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de

2000, por la que se modifica la Directiva 93/104/CE del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, para incluir los sectores y actividades excluidos de dicha Directiva⁵³. Ambos textos normativos vendrían con posterioridad a ser refundidos o codificados a cargo de la **Directiva 2003/88/CE**, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo⁵⁴.

La nueva regulación, incluyendo en su ámbito de aplicación “*las actividades de los médicos en periodo de formación*”, declaraba así tomar en consideración su “*naturaleza específica*”, para emprender una labor de “*adaptación*” de las disposiciones vigentes relativas al tiempo de trabajo y de descanso⁵⁵. De este modo, una vez establecido que su nuevo ámbito de aplicación ampliado comprende “a todos los sectores de actividad privados y públicos, en el sentido del artículo 2 de la Directiva 89/391/CEE” (artículo 1.3), la Directiva vigente (2003/88/CE) abre la vía a la existencia de disposiciones comunitarias más específicas para determinadas ocupaciones o actividades profesionales (artículo 14); al tiempo que decreta también la posibilidad de “*excepciones*”⁵⁶ a la vigencia de algunos de su parámetros reguladores a cargo bien de disposiciones internas de los Estados, o bien de convenios y acuerdos colectivos (artículos 17, 18 y 19). Ello es precisamente lo que se dispone, en el artículo 17.3 c) i), “para las actividades caracterizadas por la *necesidad de garantizar la continuidad del servicio o de la producción*; en particular cuando se trate de “*servicios relativos a la recepción, tratamiento, y/o asistencia médica prestados por hospi-*

⁵⁰ Vid. “Libro Blanco...”, especialmente pp. 15-16 y 18-19.

⁵¹ Vid. , en este sentido, el Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Libro Blanco (D.O.C.E., n° C 157, 25-05-1998, p. 74. (apartado 3.4).

⁵² Para una síntesis del equilibrio propuesto por la Comisión, vid. también la Resolución sobre el Libro Blanco sobre los sectores y actividades excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva relativa a la ordenación del tiempo de trabajo (COM (97) 0334 C4-0434/97).

⁵³ D.O.C.E. n° L 195, 1-08-2000, pp. 41-45.

⁵⁴ D.O.C.E. n° L 299, 18-11-2003, pp. 9-19.

⁵⁵ Vid. Considerandos 3, 7 y 10 de la Directiva 2004/34/CE.

⁵⁶ La Directiva sobre tiempo de trabajo ha sido calificada por la propia Comisión como un acto legislativo “relativamente complejo” del Derecho Comunitario, dada la histórica confluencia de “exclusiones” y de “excepciones”. La idea que informa estas últimas, contempladas en el artículo 17, sería, pues, la de “mantener los principios establecidos en la Directiva, permitiendo al mismo tiempo aplicarlos de manera flexible”. Cfr. Informe de la Comisión sobre el Estado de aplicación de la Directiva 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo: COM (2000) 787 final.

tales o centros similares (incluyendo las actividades de médicos en periodo de formación)". La presencia de dicho bien jurídico colectivo (necesidad de garantizar la continuidad de un servicio público esencial) es la que justifica, en suma, la posibilidad de establecer recortes sustanciales, por parte de las legislaciones nacionales, en torno a ciertos extremos de la regulación⁵⁷.

Pero sobretodo, destaca en esta regulación el establecimiento desde el derecho comunitario de una detallada normativa excepcional a propósito de la duración del tiempo de trabajo semanal que afecta exclusivamente a los médicos en periodo de formación, y no, en cambio, al resto de profesionales de la asistencia sanitaria (artículo 17.5). Siendo la regla general (artículo 6) la de que la duración media del trabajo no ha de exceder de 48 horas, incluidas las extraordinarias, por cada periodo de siete días, la Directiva venía a establecer un periodo transitorio de cinco años, a partir del 1 de agosto de 2004⁵⁸, en el cual los Estados miembros habrían de velar por que "el número de horas semanales de trabajo no supere en ningún caso una media de 58 horas durante los tres primeros años del periodo transitorio, una media de 56 horas durante los dos años siguientes y una media de 52 horas durante el periodo, en su caso, restante". Periodo transitorio de excepcionalidad o recorte de derechos de los médicos en formación que, además, admite su prolongación incluso hasta tres años más (dos años de "plazo suplementario", más un "año adicional"), para posibilitar el que los Estados miembros puedan atender a su responsabilidad en la organización y prestación de los servicios médicos y de salud⁵⁹, si bien bajo el control de la

Comisión⁶⁰. Todo ello, con independencia de los acuerdos colectivos que pudiesen alcanzarse entre empresarios y representantes de los trabajadores para dulcificar, o bien, en su caso, para acortar el alcance temporal de este régimen transitorio⁶¹.

El mero análisis de la literalidad de este pasaje normativo regulador del periodo transitorio permite extraer sin muchas dudas una importante conclusión, como es la del efecto directo que del mismo cabría seguramente predicar, ante la hipotética falta de normativa interna de transposición en nuestro país de esta normativa dentro de los plazos establecidos al efecto. De hecho, los precedentes jurisprudenciales ya habían apuntado hacia el efecto directo de la Directiva 93/104/CE, y más concretamente, entre otros preceptos, del artículo 6, referido a la duración máxima del tiempo de trabajo semanal⁶².

Y es que, por otra parte, el tratamiento comunitario del tiempo de trabajo de los médicos en formación no queda agotado con la referencia al puro análisis de la evolución normativa. Resulta imprescindible traer a colación dos importantísimas resoluciones dictadas por el TJCE cuyo impacto sobre disposiciones fundamentales de la Directiva ha resultado considerable. Se trata de las sentencias dictadas en los

⁵⁷ 1) el derecho a un periodo mínimo de descanso diario de once horas consecutivas (artículo 3); 2) el derecho a disfrutar de pausas de descanso en jornadas diarias de duración superior a 6 horas (artículo 4); 3) el derecho a disfrutar de un periodo mínimo de descanso semanal (artículo 5); y 4) las limitaciones a la duración del trabajo nocturno, sobretodo cuando éste implique riesgos especiales o tensiones físicas o mentales importantes (artículo 8).

⁵⁸ Plazo específico, diferente del plazo general de transposición de la Directiva 2000/34/CE (1 de agosto de 2003).

⁵⁹ Cfr. ampliamente al respecto T. PICKERSGILL: "The European working time Directive for Doctors in Training", *British Medical Journal*, 23-3-2001, p. 1266 y ss.

⁶⁰ "Los Estados miembros podrán disponer de un plazo suplementario de hasta dos años, en caso necesario, con el fin de atender las dificultades que entrañe el cumplimiento de las disposiciones relativas al tiempo de trabajo por lo que respecta a su responsabilidad en la organización y prestación de servicios médicos y de salud. Al menos seis meses antes del fin del periodo transitorio el Estado miembro de que se trate deberá informar a la Comisión exponiendo sus motivos, de modo que la Comisión pueda emitir un dictamen, tras evacuar las consultas pertinentes, en los tres meses siguientes a la recepción de dicha información. Si el Estado miembro no sigue el dictamen de la Comisión, deberá motivar dicha decisión (...). Los Estados miembros podrán disponer de hasta un año adicional, en caso necesario, con el fin de atender cualquier dificultad especial que entrañe el cumplimiento de las responsabilidades contenidas en el párrafo tercero (anterior)".

⁶¹ Por lo demás, no es casual que, tras establecerse en la Directiva 2000/34/CE este régimen transitorio excepcional, como "remedio" a una situación muy particular, como la de los médicos en formación, haya desaparecido en el texto de la Directiva 2003/88/CE la anterior posibilidad de los Estados miembros de decretar la inaplicación global del artículo 6 (duración máxima del tiempo de trabajo semanal) en cualquier situación en la que el trabajador diese individualmente su beneplácito: antiguo artículo 18.1 b) i) de la Directiva 93/104/CEE.

⁶² Vid., sobre este particular, M. CIENFUEGOS MATEO – F. ARMEN-GOL FERRER: "Principios fundamentales del Derecho Comunitario y ordenación del tiempo de trabajo de los profesionales sanitarios", *R.E.D.T.*, n° 124, 2004, especialmente pp. 731-734.

asuntos **SIMAP** (STJCE 3-10-2000)⁶³ y **Jaeger** (STJCE 9-10-2003)⁶⁴, las cuales vinieron a declarar la calificación como tiempo de trabajo de los periodos de atención continuada de los médicos en régimen de presencia física en el centro de trabajo.

Por lo que se refiere a la primera, las cinco cuestiones prejudiciales globales planteadas por el órgano jurisdiccional español giraban básicamente en torno a un gran interrogante central: dilucidar si el tiempo dedicado a la atención continuada (“guardias”) prestado por los Equipos de Atención Primaria, tanto mediante el régimen de “presencia física” en los centros de trabajo, como mediante el régimen denominado de “localización”, debería ser considerado como tiempo de trabajo, y en su caso, horas extraordinarias, en el sentido de la Directiva comunitaria. El TJCE respondió que *“el tiempo dedicado a atención continuada prestado por los médicos de los Equipos de Atención Primaria en régimen de presencia física en el centro sanitario debe considerarse tiempo de trabajo en su totalidad y, en su caso, horas extraordinarias en el sentido de la Directiva 93/104/CE”*, mientras que *“Por lo que respecta a la prestación de servicios de atención continuada por dichos médicos en régimen de localización, sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios de atención primaria”*. Se basaba esta interpretación del concepto de tiempo de trabajo, construido técnicamente la Directiva en torno a tres elementos aparentemente cumulativos⁶⁵, en el propio objeto central de este instrumento comunitario; a saber: el garantizar la seguridad y salud de los trabajadores, de suerte que excluir del tiempo de trabajo el periodo de atención continuada en régimen de presencia física, se

entiende por el TJCE, *“equivaldría a poner seriamente en peligro la consecución de dicho objetivo”*.

En la sentencia Jaeger, en un asunto cuyo supuesto de hecho resultaba sustancialmente similar al anterior, el TJCE hubo de pronunciarse sobre si los servicios de atención continuada debían ser considerados como tiempo de trabajo en su totalidad, aun cuando el interesado no desarrollase efectivamente sus actividades profesionales, sino que, por el contrario, se le permitiese descansar, e incluso dormir durante tales servicios; cuestión ésta que, según el órgano jurisdiccional remitente de la cuestión prejudicial, no se había planteado ni resuelto en la sentencia SIMAP. Una cuestión, que, a la postre, es declarada irrelevante, por cuanto que tales periodos de inactividad profesional se consideran como inherentes a los servicios de atención continuada⁶⁶. Por segunda vez el Tribunal, por tanto, descarta la autonomía de los tres criterios de la definición del tiempo de trabajo, delimitando claramente el margen de maniobra de las legislaciones internas en lo referente a las definiciones de “tiempo de trabajo” y de “tiempo de descanso”; las cuales constituyen conceptos de Derecho Comunitario que es preciso definir según características objetivas, garantizando una aplicación uniforme en relación con el sistema y la finalidad de la Directiva.

Resulta evidente el impacto de esta jurisprudencia en aquellas legislaciones internas de los Estados miembros que no consideraban el periodo de atención continuada con presencia física en el lugar de trabajo como un concepto que se hallara íntegramente dentro de la noción técnica de tiempo de trabajo. Pero, por lo que aquí interesa, es especialmente relevante resaltar la trascendencia que revestía la proyección de este criterio interpretativo sobre la situación de los médicos en periodo de formación a

⁶³ Asunto C-303/98, Cuestión prejudicial planteada por el TSJ de la Comunidad Valenciana, a propósito de conflicto colectivo planteado por el Sindicato de Médicos de Asistencia Pública (SIMAP) contra Conselleria de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana.. Recopilación de Jurisprudencia 2000, p. I-07963. (TJCE 2000/234).

⁶⁴ Asunto C-151/02, petición dirigida al Tribunal por el Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein (Alemania) en el marco del litigio pendiente ante este órgano jurisdiccional entre el Landeshauptstadt Kiel y Norbert Jaeger. (TJCE 2003/250).

⁶⁵ Téngase en cuenta que la Directiva define el tiempo de trabajo como todo periodo durante el cual el trabajador a) permanezca en el trabajo, b) a disposición del empresario y c) en ejercicio de su actividad o de sus funciones de conformidad con las legislaciones o prácticas nacionales.

⁶⁶ El TJCE, en suma, confirmó que *“la Directiva (...) ha de interpretarse en el sentido de que debe considerarse que un servicio de atención continuada (...) que un médico efectúa en régimen de presencia física en el hospital constituye en su totalidad tiempo de trabajo con arreglo a dicha Directiva, aun cuando al interesado se le permita descansar en su lugar de trabajo durante los periodos en que no se requieran sus servicios, de modo que ésta se opone a la normativa de un Estado miembro que califica de tiempo de descanso los periodos de inactividad del trabajador en el marco de un servicio de atención continuada de esta índole”* (punto 61).

partir del 1 de agosto de 2004, y especialmente, al final del periodo de transición que en tal fecha comenzaba. Y ello teniendo en cuenta que en muchos de los países de la Unión Europea, éstos son los que realizan la mayoría de las guardias con presencia física en los centros sanitarios. De ello es bien consciente la Comisión, como también de la difícil situación que puede llegar a plantearse para los sistemas de atención sanitaria como consecuencia del cumplimiento de la duración máxima del trabajo semanal de 48 horas para los médicos en formación, incluyendo en dicha cifra todo el tiempo de atención continuada⁶⁷. Una situación que, se estima, ha de llevar consigo, en la mayoría de los Estados miembros, la contratación de un número adicional de médicos para prestar el mismo nivel de calidad en los servicios asistenciales; lo cual, al margen de las dificultades presupuestarias, podría resultar imposible en la práctica por la falta actual de personal con la formación necesaria para ocupar tales puestos de trabajo.

Como colofón a estas consideraciones, simplemente señalar que la magnitud del problema que la jurisprudencia SIMAP plantea, ha provocado ya el surgimiento de iniciativas legislativas, coprotagonizadas ahora por el Parlamento Europeo y el Consejo, encaminadas a introducir modificaciones en el propio texto de la Directiva para aminorar el impacto de aquel criterio interpretativo. Concretamente la Propuesta en marcha para modificar la actual Directiva 2003/88/CE⁶⁸ se plantea la introducción, en el texto

de la misma (artículo 2, 1 *bis* y 1 *ter*), de dos nuevos conceptos: el de “*tiempo de atención continuada*”, entendiendo por tal “todo periodo durante el cual el trabajador debe estar disponible en su lugar de trabajo a fin de intervenir, a petición del empresario, para ejercer su actividad o sus funciones”; y junto al mismo, el de “*periodo inactivo del tiempo de atención continuada*”, que sería “todo periodo durante el cual el trabajador está disponible (...) pero no es requerido por el empresario para ejercer su actividad o sus funciones”. Así las cosas, este segundo concepto⁶⁹ “no se considerará tiempo de trabajo, a menos que la legislación nacional o, de conformidad con la legislación o prácticas nacionales, un convenio colectivo o un acuerdo entre interlocutores sociales dispongan de otro modo”. En cambio, el periodo durante el cual el trabajador ejerce efectivamente su actividad o sus funciones durante el tiempo de atención continuada “se considerará siempre tiempo de trabajo”.

En fin, baste señalar, en último término, que los cambios acaecidos en el tratamiento comunitario de la ordenación del tiempo de trabajo de los residentes tuvo ya repercusiones en el plano interno antes de la aprobación del RD 1146/2006; y ello hasta el punto de provocar una cierta rectificación de la anterior postura de inflexibilidad jurisprudencial ante la tesis de que la naturaleza formativa del contrato pudiese condicionar la aplicabilidad de la normativa laboral general contenida en el Estatuto de los Trabajadores⁷⁰.

⁶⁷ Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, y al Consejo Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, y a los interlocutores sociales a nivel comunitario en relación con la revisión de la Directiva 93/104/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo: COM (2003) 843 final, especialmente, pp. 22-23. Conclusiones provisionales que se formulan, estando pendiente la realización de un estudio completo y detallado, tanto a escala nacional como comunitaria, sobre el impacto de las sentencias SIMAP y Jaeger. A título de ejemplo, en Alemania, de momento, se estima que, tras la citada jurisprudencia, las necesidades de personal habrían aumentado en un 24% (entre 15.000 y 27.000 médicos suplementarios); en el Reino Unido, entre 6.250 y 12.550; y en Holanda, unos 10.000, con un coste adicional de unos 400 millones de euros.

⁶⁸ Vid. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se modifica la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo: 2004/0209 (COD). La cual, no obstante, cuenta con el visto bueno de la Comisión, que admite ahora expresamente, en relación con este punto, que “los periodos inactivos de atención continuada no requieren el mismo nivel de protección que los periodos activos”: vid. apartado III de la Exposición de Motivos (Justificación de la propuesta), p. 4, punto 15.

⁶⁹ La Propuesta declara, no obstante, que “estas dos nuevas definiciones tienen por objeto introducir en la Directiva un concepto que no es en realidad una tercera categoría, que se añade a las otras dos, sino una categoría que integra en distintos grados, los dos conceptos de “tiempo de trabajo” y “periodo de descanso”, teniendo en cuenta que el concepto de “tiempo de atención continuada” propuesto abarca situaciones en las que el trabajador tiene la obligación de permanecer en el puesto de trabajo, punto 18, p. 5.

⁷⁰ Cfr. STS de 18 de febrero de 2003 (RJ 2003/3805); y, con remisión a la anterior, STS 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005/874); donde lo que el TS vino a reconocer, de algún modo, fue una suerte de efecto directo ante tempus de la normativa comunitaria sobre ordenación del tiempo de trabajo de los residentes, pese que el plazo de transposición al respecto no había aún vencido (1 de agosto de 2004), declarándose aplicables a los residentes los límites máximos de tiempo de trabajo semanal previstos en la Directiva comunitaria 2000/34/CE para el periodo transitorio.

2.2.- La jornada laboral ordinaria y complementaria del personal residente en formación:

Como premisa de partida de la regulación interna contenida en el RD 1146/2006, la jornada laboral del residente en formación, que lo es siempre a tiempo completo⁷¹, es el resultado de la adición de dos componentes (artículo 5.1): la jornada ordinaria de trabajo y la jornada complementaria. Si la primera se corresponde con la labor asistencial ordinaria y regular desempeñada como consecuencia de la plena integración del residente en una unidad o servicio, la segunda hace referencia a la prestación de servicios de atención continuada (“guardias”). A diferencia del personal estatutario, no se prevé formalmente –salvo lo que luego se dirá–, la posibilidad de que los residentes en formación realicen la denominada “jornada especial de trabajo” (artículo 49 EM), prevista para afrontar aquellas situaciones en las que, por medio de las prestaciones de jornada complementaria, no pueda garantizarse la adecuada atención sanitaria continuada y permanente.

A) La **jornada ordinaria** habrá de ser determinada mediante convenio colectivo, sin que, a diferencia del régimen laboral común (artículo 37.1 ET) se haga referencia al contrato de trabajo: la autonomía individual carece, a nuestro entender, de todo margen de actuación en este terreno⁷². De este modo, en defecto de convenio, dicha jornada ordinaria “será la establecida a través de normas, pactos o acuerdos para el personal estatutario de la especialidad que el residente esté cursando en cada servicio de salud”. Ahora bien, tanto lo determinado específicamente

para el colectivo de residentes en la negociación colectiva, como la aplicación subsidiaria, en su caso, del conjunto normativo correspondiente al personal estatutario de la misma especialidad, han de respetar el límite inderogable de *37,5 horas semanales de promedio en cómputo semestral*. Dicho cómputo, no obstante, sí que puede ser alterado por medio del correspondiente acuerdo, pacto o convenio que resulte aplicable.

B) Por lo que se refiere a la **jornada complementaria**, el residente está obligado a realizar exclusivamente “las horas de jornada complementaria que el programa formativo establezca para el curso correspondiente”, sin que en todo caso puedan realizarse más de *siete guardias al mes*. Son dos, por tanto, los elementos limitadores del número de guardias: el programa formativo, como elemento que destinado a prestar atención a incompatibilidad de un exceso de guardias con las exigencias formativas, y que ha de prestar atención, en su determinación, al propio estadio formativo del residente. Y, por otra parte, el límite reglamentario que atiende a exigencias de índole propiamente laboral: se trata, con el tope máximo de las siete guardias mensuales, de impedir que se concentren en los residentes la realización de los periodos de atención continuada en épocas determinadas del año, tales como periodos vacacionales, etc.⁷³. No parece que la negociación colectiva pueda, en este terreno intervenir, ni aumentando ni disminuyendo el número de guardias médicas que debe realizar el residente: ello compete exclusivamente al programa formativo (relación de exclusión), siempre dentro del respeto al límite legal⁷⁴.

Como se dijo anteriormente, la jurisprudencia comunitaria ha declarado la calificación como tiem-

⁷¹ No cabe, como es sabido, la celebración del contrato de trabajo de residencia a tiempo parcial (artículo 5.3 RD 1146/2006), siendo un deber laboral específico del residente la dedicación a tiempo completo a su formación en régimen de residencia, sin que ello sea compatible con ninguna otra actividad profesional, ni tampoco formativa, “siempre que esta se desarrolle dentro de la jornada laboral de la relación laboral especial de residencia” (artículo 20.3 a) LOPS, modificado por la D.F. 3ª Ley Orgánica 4/2007, de modificación de la Ley Orgánica de Universidades. Anteriormente dicha disposición aludía únicamente a los “estudios de doctorado”, como actividad formativa compatible con la residencia.

⁷² A lo cual no obsta lo dispuesto en el artículo 2.2 h), sobre la constancia, en el contenido del contrato, de la “jornada laboral”, que será la que se derive de la aplicación del conjunto normativo que resulte de aplicación.

⁷³ Si bien no se ha acogido, como garantía adicional propuesta desde algún sindicato, la de que los residentes no puedan realizar más de dos guardias por semana, previsión de distribución semanal que podrá obviamente realizarse en sede de la negociación colectiva. Vid. Propuesta de CC.OO. para el desarrollo de un Real Decreto del Personal en Formación en Residencia, op. cit., p. 3.

⁷⁴ En relación con la realización de la jornada complementaria, los convenios sólo podrían, hipotéticamente, establecer criterios de distribución del número de guardias marcado por los programas formativos en módulos temporales inferiores al mes, de modo que se cumpliera, en todo caso con el mandato reglamentario de la no realización de más de siete guardias al mes (v. gr.: previsión convencional de no exceder de dos guardias por semana).

po de trabajo en su totalidad de estos periodos de atención continuada de los profesionales sanitarios prestados en régimen de presencia física en el centro de trabajo (STJCE 3-10-2000; Asunto Simap; y STJCE 9-10-2003; Asunto Jaeguer)⁷⁵; aunque no así, en cambio, la prestación de servicios de atención continuada en régimen de localización, en cuyo caso sólo debe considerarse tiempo de trabajo el correspondiente a la prestación efectiva de servicios. Dicha jornada complementaria, en todo caso, carece de la consideración de horas extraordinarias en el sentido laboral del término, y en consecuencia, no resulta de aplicación, en particular, el régimen de limitaciones contenido en el artículo 35 ET, sin perjuicio de que su retribución específica quede determinada de un modo independiente en las normas, pactos o acuerdos que resulten en cada caso de aplicación.

Y es que, de hecho, sobre el resultado de esta adición de jornada ordinaria más jornada complementaria han de aplicarse los parámetros limitadores de la jornada máxima semanal establecidos, para su aplicación progresiva, en la D.T. 1ª: *58 horas* semanales de promedio *en cómputo anual* hasta el 31 de julio de 2007; *56 horas* semanales de promedio *en cómputo semestral* entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de julio de 2008; y finalmente *48 horas* semanales de promedio *en cómputo* también *semestral* a partir del 1 de agosto de 2008 en adelante. Sólo llegada dicha fecha se producirá la equiparación normativa en este punto entre el personal residente y los profesionales sanitarios sometidos al EM⁷⁶.

Es obviamente a la negociación colectiva, y subordinados a ella, a los instrumentos de programación funcional de cada centro o servicio, como emanación del poder de dirección, a los que corresponderá realizar la distribución regular o irregular de la jornada dentro de dichos módulos temporales -sólo inicialmente en el anual, para pasar definitivamente al semestral-, respetándose los periodos mínimos de descanso diario y semanal previstos normativamente.

⁷⁵ Para el personal estatutario, acoge dicho criterio interpretativo, procedente de la jurisprudencia comunitaria, el artículo 48.2 EM.

⁷⁶ Vid. artículo 48.2 EM, si bien éste permite que mediante acuerdo, pacto o convenio colectivo se establezca otro cómputo distinto del semestral.

Una distribución a través de la cual se debe asegurar no sólo la labor asistencial sino también el cumplimiento de los programas formativos por parte de los residentes, procurando, en particular, que la ordenación de la jornada de trabajo de los residentes “no perjudique su formación” (artículo 5.2).

2.3.- Los descansos del personal residente en formación: en particular sobre los recortes al descanso mínimo interjornadas y al descanso semanal:

En el plano del **descanso diario o interjornadas** reside uno de los aspectos más polémicos de toda la ordenación del tiempo de trabajo del personal residente. Sobre este punto, el artículo 5.1 b) establece dos previsiones:

- 1). en primer lugar, que, al igual que en el régimen laboral común (artículo 34.3 ET), “entre el final de una jornada y el comienzo de la siguiente deberá mediar, como mínimo, un periodo de descanso continuo de 12 horas”; y junto a lo anterior,
- 2). que “en todo caso, después de 24 horas de trabajo ininterrumpido, bien sea de jornada ordinaria que se hubiera establecido excepcionalmente, bien sea de jornada complementaria, bien sea de tiempos conjuntos de ambas, el residente tendrá un descanso continuo de 12 horas, *salvo en casos de especial interés formativo según criterio de su tutor o en casos de problemas organizativos insuperables*”. En tales supuestos, resultará de aplicación el régimen de descansos alternativos previstos en el artículo 54 EM⁷⁷.

Para comprender el sentido de estas previsiones, que no obstante, podrían ser objeto de modificación

⁷⁷ Descansos alternativos cuyo régimen jurídico se resume en los siguientes tres puntos básicos: 1) su duración total no puede ser inferior a la reducción del descanso experimentada; 2) la compensación por descansos alternativos se entiende producida cuando se haya disfrutado, en cómputo trimestral, de un promedio de 96 horas de descanso, incluyendo los descansos semanales disfrutados, y computando para ello todos los periodos de descanso de duración igual o superior a 12 horas consecutivas; y 3) la imposibilidad de sustitución de estos descansos por compensación económica, salvo en los casos de finalización de la relación de servicios o de las circunstancias que pudiesen derivar del hecho insular.

a corto o medio plazo⁷⁸, es preciso pasar revista a algunas de las pautas básicas que rigen la ordenación del tiempo de trabajo prevista para el personal estatutario. Sucede que en los centros sanitarios públicos pueden establecerse, mediante los instrumentos que disciplinen su programación funcional, jornadas de hasta 24 horas para determinados servicios o unidades sanitarias con carácter excepcional, cuando así lo aconsejen razones organizativas o asistenciales (artículo 51.1 EM): en tales casos, al igual que ocurre con el personal estatutario, el descanso mínimo de los residentes entre el fin de una jornada y el inicio de la siguiente se posterga al momento de la finalización de dicha jornada prolongada “excepcional”. E igualmente sucederá cuando la realización de 24 horas de trabajo ininterrumpido lo sea por la realización de jornadas complementarias de tal duración, o bien por acumulación sucesiva de jornada ordinaria más jornada complementaria. La diferencia entre ambas regulaciones reside en que el RD 1146/2006, en su actual redacción, deja abierta la posibilidad de que existan jornadas de trabajo ininterrumpidas superiores a 24 horas, en dos concretos supuestos, como son los casos de *especial interés formativo* según criterio del tutor, y la existencia de *problemas organizativos insuperables*⁷⁹.

Ambas previsiones normativas llevan a cabo una amputación del derecho al descanso diario reconocido en el artículo 3 de la Directiva 2003/88/CE, sobre la base de la excepción contenida en el artículo 17.3 c) i) del propio texto comunitario, fundada en la necesidad de garantizar la continuidad de los servicios de asistencia sanitaria; excepción que incluye expresamente a los “médicos en periodo de formación”).

⁷⁸ De hecho, el Ministerio de Sanidad y las asociaciones de médicos internos residentes (MIR) han acordado en abril de 2007 (vid. *El País* 11-04-2007), en sede del Foro de Recursos Humanos, que su jornada laboral quede en 24 horas seguidas como máximo, guardias incluidas, “salvo en caso de emergencias asistenciales imprevisibles”, pacto que acaso acabe incorporándose al contenido de la norma en el futuro próximo.

⁷⁹ El EM, en cambio, no contempla en ningún caso dicha posibilidad de jornadas superiores a 24 horas, sino sólo la de que el descanso entre jornadas de 12 horas pueda reducirse (lo cual no equivale a eliminarse), en los términos que exija la causa que lo justifique, tanto en los casos de trabajo a turnos, como cuando se sucedan en un intervalo inferior a doce horas, tiempos de trabajo correspondientes a jornada ordinaria, jornada complementaria o en su caso, jornada especial, aplicándose, en tales casos, el régimen de descansos alternativos del artículo 54 EM.

Pero dicha amputación se produce de un modo y con un alcance diferente, sin que tal decisión se derive directamente -ni quizá pueda derivarse- del texto comunitario, que sólo establece particularidades para los segundos en relación con el régimen transitorio de su jornada máxima semanal. En relación con el descanso mínimo interjornadas, por consiguiente, el derecho interno establece una desigualdad de trato normativo que podría carecer de una justificación objetiva, razonable y proporcionada, y por ende, ser contraria al artículo 14 CE y a la propia Directiva 1999/70/CE, que recoge el Acuerdo Marco Europeo sobre el trabajo de duración temporal. Siendo la relación jurídica de residencia un contrato de carácter formativo, la primera de las justificaciones podría teóricamente resultar admisible: pueden ciertamente existir actuaciones médicas revestidas de un especial interés formativo para el residente, que justifiquen quizá la prolongación “superexcepcional” de su jornada según criterio del tutor, como responsable último de garantizar la calidad de la formación especializada de cada residente. Más difícil de compatibilizar con las exigencias constitucionales resulta, a nuestro juicio, la segunda causa de prolongación de la jornada, referida a la existencia de “problemas organizativos insuperables”, que, sin embargo, es la que parece destinada a mantenerse ante una hipotética reforma del precepto⁸⁰.

A primera vista no parece sostenible, en nuestra opinión, pensar que la naturaleza formativa del contrato pueda ofrecer una justificación suficiente para sustentar la desigualdad de trato normativo recién señalada, de la que se derivan garantías desproporcionadamente desiguales para uno y otro colectivo en las situaciones descritas por ambas normas, en términos aparentemente equiparables, que remiten, en definitiva, a situaciones de sobresaturación de los

⁸⁰ Y es que, en relación con este tipo de contingencias, la disparidad de trato normativo entre ambos tipos de personal quizá resulte más difícil de justificar: al personal estatutario, en tales casos, le resulta aplicable el régimen de las denominadas “jornadas especiales”, a través de las cuales puede superarse la duración máxima conjunta de la jornada ordinaria y la jornada complementaria pero sólo cuando dicho personal manifieste por escrito, individualizada y libremente su consentimiento (artículo 49 EM). Al personal residente, en cambio, se le puede imponer materialmente la realización de dichas jornadas especiales, a través de la segunda excepción del 5.1 b) RD 1146/2006, sin que opere, además, todo el resto de garantías previsto en la norma estatutaria.

servicios sanitarios: mientras que a los primeros se les protege mediante la necesidad de que presten su consentimiento expreso y formalizado por escrito, mediante el régimen de las jornadas especiales de trabajo, los segundos quedan desamparados ante la posible existencia de órdenes obligatorias por parte de los órganos de dirección de los centros y servicios sanitarios de prolongación de su jornada laboral más allá de las 24 horas de duración, o lo que es lo mismo, de realización materialmente (aunque no formalmente) de jornadas especiales de trabajo⁸¹.

A falta de un pronunciamiento expreso de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la adecuación al ordenamiento jurídico legal y constitucional del RD 1146/2006, entendemos, no obstante, que, de compartir el razonamiento sustantivo anteriormente expuesto (vulneración del principio de igualdad ante la ley *ex* artículo 14 CE), los tribunales del orden social, ante una orden del centro o servicio sanitario, podrían considerar inaplicable en este punto concreto el artículo 5.1 b) RD 1146/2006 -esto es, su alusión a la existencia de “*problemas organizativos insuperables*” como justificación para extender la jornada de los residentes más allá de las 24 horas de trabajo ininterrumpidas-, fundamentando dicha inaplicación de un precepto reglamentario sobre la base del principio de jerarquía normativa (artículos 9.3 CE, 6 LOPJ y 3.2 ET)⁸². En todo caso, y hasta tanto este precepto reglamentario no sea expresamente modificado –opción, a nuestro entender, más conveniente-, queda abierta la posibilidad de que la negociación colectiva logre establecer previsiones encaminadas a impedir el recurso a esta prolongación involuntaria de la jornada laboral de los residentes más allá de las 24 horas ininterrumpidas.

⁸¹ De hecho, durante el periodo de elaboración del RD 1146/2006, los representantes de los residentes habían manifestado su oposición a la posibilidad de que éstos realizaran dichas “jornadas especiales”, dada la especialísima situación de subordinación en la que se encuentran los residentes, para evitar que dicho consentimiento favorable pudiese resultar en la práctica forzado, teniendo en cuenta además el hecho de que su realización podría perjudicar seriamente el cumplimiento de los programas formativos.

⁸² Téngase presente que la cuestión de constitucionalidad del artículo 163 CE sólo puede ser planteada en relación con normas con rango de ley.

Pero es que además de albergar los recortes anteriormente vistos sobre el derecho al descanso mínimo interjornadas, la ordenación del tiempo de trabajo de los residentes omite implícita pero conscientemente toda referencia a **la obligatoriedad del respeto al descanso mínimo semanal** previsto, para el régimen laboral común, en el artículo 37.1 ET. Dicha omisión se formula justamente a través de una formulación normativa elíptica, al afirmarse explícitamente la vigencia del resto de las reglas contenidas en el artículo 37 ET, relativas a fiestas, permisos laborales y reducciones de jornada, y no en cambio, la regla contenida en el primer apartado que queda así excluido, empleándose, por cierto, una técnica legislativa de remisión que, como luego se verá, resulta criticable.

También en este punto se contiene una amputación o recorte de derechos autorizada por el ordenamiento comunitario: la aplicación del artículo 5 de la Directiva 2003/88/CE puede, como se vio, igualmente ser exceptuada por las legislaciones internas en aras de garantizar la continuidad de los servicios de asistencia médica prestados por hospitales y centros similares (artículo 17.3 c) i)). Pero de nuevo aquí el derecho español acaba estableciendo un trato normativo desigual entre personal residente y personal estatutario del SNS: a este último, su normativa aplicable sí que le concede el derecho a un periodo mínimo de descanso ininterrumpido con una duración media de 24 horas semanales, que se incrementa con el mínimo de descanso diario (artículo 52 EM), en términos prácticamente equiparables con el artículo 5 de la Directiva, si bien el periodo de referencia para el cálculo de dicho periodo de descanso es de dos meses -no ya de 14 días como en el ET-, y además, cabe su no disfrute en tales términos, si se produce su compensación a través del régimen de descansos alternativos del artículo 54 EM. De nuevo cabe plantear, en este punto, la cuestión de si resulta conforme con el artículo 14 CE esta desigualdad de trato normativo, y más en concreto, si el recorte “adicional” efectuado por el artículo 6.1 RD 1146/2006 resulta justificado en base a la causa y el objeto formativo del contrato laboral de residencia.

Nuestra opinión en este punto es, de nuevo, negativa⁸³.

En tercer lugar, en materia de descansos, el RD 1146/2006 guarda silencio a propósito del derecho de los residentes al disfrute de un **descanso o pausa de quince minutos en jornadas de trabajo que superen las seis horas de duración**. Al no existir en relación con este aspecto ningún tipo de regulación reglamentaria específica, se ha de entender que procede en este punto, por mandato del artículo 1.4 RD 1146/2006, la aplicación supletoria de lo dispuesto en el artículo 34.4 ET: por consiguiente, siempre que la duración de la jornada diaria continuada exceda de seis horas, deberá establecerse un periodo de descanso durante la misma de duración no inferior a quince minutos; un periodo de descanso que se considerará tiempo de trabajo efectivo cuando así esté establecido o se establezca por convenio colectivo o contrato de trabajo. No existe en este punto, por consiguiente, amputación ni recorte alguno del derecho regulado en el artículo 4 de la Directiva 2003/88/CE, como tampoco se efectuó en la Ley 55/2003 en relación con el personal estatutario. Otra cuestión es que, como parece lógico, el momento de disfrute de este periodo de descanso haya de supeditarse al mantenimiento de la atención de los servicios sanitarios - como se encarga de recordar, para dicho personal, el artículo 50 EM-: queda plenamente abierta a la negociación colectiva la determinación de las modalidades y las condiciones de concesión y de disfrute de esta pausa.

2.4.- El régimen de fiestas, permisos y vacaciones del personal residente en formación:

Contrariamente a lo que sucede con el régimen de los descansos, son escasas las peculiaridades normativas que afectan al personal residente en relación con el resto de derechos laborales vinculados a la ordenación del tiempo de trabajo, tales como el régimen de festivos, de permisos retribuidos y reducciones de jornada y de vacaciones. En virtud de la remisión efectuada al régimen laboral común (artículo 6.1 RD 1146/2006)⁸⁴, el personal residente tiene derecho al disfrute de las catorce fiestas laborales anuales retribuidas y no recuperables (artículo 37.2 ET) en su proyección sobre la jornada ordinaria de trabajo; esto es, sin perjuicio de la realización de jornadas complementarias o “guardias” en tales fechas, cuando su realización se derive de la programación funcional correspondiente, al igual que sucede con el resto del personal sanitario.

E igualmente, el personal residente podrá disfrutar de los permisos retribuidos regulados en el artículo 37.3 ET; esto es: a) quince días naturales en caso de matrimonio; b) dos días por el nacimiento de hijo, o por fallecimiento, accidente o enfermedad graves u hospitalización de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (que aumentan hasta cuatro días en caso de ser necesario un desplazamiento); c) un día por traslado del domicilio habitual; d) el tiempo indispensable para la realización de un deber inexcusable de carácter público y personal, como el sufragio activo; e) el crédito de horas mensuales retribuidas para la realización de

⁸³ En efecto, no parece, en principio, que exista una fundamentación objetiva, razonable ni proporcionada que sirva para sostener la existencia de un trato normativo desigual, como el que se deriva de la no aplicación al personal residente en formación del régimen de descanso semanal previsto en el artículo 52 EM. Una omisión normativa que no se produce en relación con otros derechos (v. gr., días de libre disposición: artículo 6.2 RD 1146/2006), y que tiene como velada finalidad la de la utilización de este personal en formación como pieza de ajuste para resolver los problemas de programación funcional en los centros y servicios sanitarios en periodos concretos como los fines de semana, en los que la prestación de servicios por parte de este personal sanitario suele resultar, por cierto, menos costosa a las administraciones y centros sanitarios.

⁸⁴ No obstante, hay que decir que la técnica legislativa empleada por el artículo 6.1 RD 1146/2006 resulta criticable porque, pretendiendo enmascarar -o al menos disimular- la privación para los residentes del derecho mínimo indisponible contenido en el artículo 37.1 ET, efectúa remisiones expresas e individualizadas al resto de los distintos párrafos del artículo 37 ET existentes en el momento de la entrada en vigor de aquella norma reglamentaria (apartados 2, 3, 4, 4 bis, 5, 6 y 7). Como quiera que algunos de los diversos apartados de dicha norma se han ido añadiendo de modo aluvional, al irse aprobando sucesivas leyes laborales modificativas del ET (Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral; Ley 12/2001, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo; y finalmente, LO 1/2004, de protección integral de las víctimas de violencia de género), podría suceder que, de aprobarse, por parte de leyes posteriores al propio reglamento otros párrafos que vengan a añadirse a los actualmente enumerados en dicho precepto, surgiesen dificultades para sostener su aplicabilidad a la relación laboral de residencia.

funciones sindicales o de representación del personal, según lo establecido legal y/o convencionalmente; y f) el tiempo indispensable para la realización de exámenes prenatales y de técnicas de preparación para el parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo.

Por lo que se refiere a la conciliación de la vida familiar y laboral, resultarán aplicables todas las previsiones provenientes de las Leyes 39/1999 y 12/2001, contenidas en los artículos 37.4, 37.4 bis, 37.5 y 37.6 ET, referidas respectivamente, a las situaciones de lactancia de hijos menores de nueve meses; de hospitalización de hijos tras el parto; de guarda legal y cuidado directo de menores de seis años, minusválidos físicos, psíquicos o sensoriales; y de cuidado directo de familiares por razones de edad, accidente o enfermedad⁸⁵. Si bien en estas dos últimas situaciones -guarda legal por cuidado directo de menores y discapacitados, y cuidado directo de familiares-, la norma reglamentaria ofrece, como se verá, la opción alternativa de la organización particularizada del tiempo de trabajo en jornadas diarias no superiores a doce horas. Y en fin, las trabajadoras residentes víctimas de violencia de género cuentan igualmente con los derechos contemplados en el ET -tras su modificación a cargo de la LO 1/2004-, a la reducción de la jornada de trabajo, o alternatively a la reordenación del tiempo de trabajo, en aras de posibilitar su protección o su derecho a la asistencia social integral.

Junto a estos derechos, que se conceden en igualdad de condiciones con los trabajadores por cuenta ajena del régimen común, se reconoce también a los residentes en formación el derecho a disfrutar de los mismos días de libre disposición que el personal estatutario de cada servicio de salud, siem-

pre y cuando se trate de residentes que presten servicios en las entidades titulares docentes dependientes del SNS (artículo 6.2 RD 1146/2006). Siendo ésta una cuestión que la legislación estatutaria no regula directamente, sino que se remite a lo que se establezca en el ámbito de cada Comunidad Autónoma (artículo 61 EM), el disfrute de este derecho y los términos de su ejercicio habrán de producirse siguiendo lo establecido en sede de la normativa administrativa aplicable y, en su caso, en la negociación colectiva. Se trata, pues, de un derecho del que, en principio, se encuentran privados los residentes adscritos a otros centros sanitarios (particularmente, los del sector sanitario privado), a los cuales resultará de aplicación en este punto su propio régimen convencional.

Por lo que se refiere a las vacaciones anuales retribuidas, el artículo 6.3 RD 1146/2006 establece que su disfrute (al igual que el de las fiestas) “se fijarán atendiendo al cumplimiento de los programas de docencia y a las necesidades asistenciales, de acuerdo con la programación funcional del centro”. Esta escueta referencia presupone e implica la vigencia supletoria, en este punto, del artículo 38 ET y del Convenio 132 OIT: en lo que se refiere a duración, obligatoriedad y retribución de las vacaciones no ha de existir, por consiguiente, peculiaridad alguna en relación con lo dispuesto en el régimen laboral común.

2.5.- Condiciones especiales de la jornada laboral del residente por motivos de conciliación con la vida personal y familiar:

El carácter extraordinariamente prolongado de la jornada laboral de los residentes en formación, que deriva esencialmente de la acumulación, sin solución de continuidad, de jornadas ordinarias y complementarias de trabajo, motiva la existencia de ciertas previsiones específicas en la normativa reglamentaria, contempladas en la D.A. 3ª RD 1146/2006, encaminadas a posibilitar la -por lo demás, nada sencilla- conciliación entre la formación en residencia y la atención a responsabilidades y situaciones personales y familiares. El difícil equilibrio de intereses que en este punto se plantea se trata de resolver ofreciendo una pauta básica de actuación que, al mismo tiempo,

⁸⁵ No parece factible, sin embargo, que como consecuencia del ejercicio por parte del residente de los derechos a la reducción de jornada contemplados en los artículos 37.4 bis (hospitalización de hijos tras el parto) y 37.5 ET (guarda legal y cuidado directo de familiares), la entidad titular de la unidad docente acuda a la contratación de trabajadores interinos para complementar dicha jornada reducida, siguiendo lo dispuesto al efecto en el artículo 5.2 b) RD 2720/1998. Por otra parte, si dos o más residentes generasen el derecho a la reducción de jornada en virtud del mismo sujeto causante, el empresario sí que podría limitar su ejercicio simultáneo por razones de funcionamiento del centro sanitario, en virtud de lo dispuesto en el artículo 37.5 ET in fine.

queda formulado como un derecho subjetivo del residente: la conciliación ha de venir dada por medio de una *organización del tiempo de trabajo* que, sin suponer una disminución del número de horas anuales establecido, le permita no realizar, en ningún caso, jornadas superiores a doce horas. El cumplimiento del programa de formación, por tanto, en lo que se refiere a tanto a la realización de las actividades formativas como asistenciales correspondientes a cada una de sus anualidades ha de quedar intacto⁸⁶, debiendo ello hacerse compatible con que la dedicación laboral no absorba en ningún caso más de la mitad del tiempo vital diario del residente. Este mandato normativo, expresado en términos de resultado a conseguir, habrá de ser puesto en práctica con motivo del ejercicio ordinario de los poderes empresariales en relación con la determinación del tiempo de trabajo del residente, dentro del respeto, en su caso, a lo dispuesto por parte de la negociación colectiva, cuya concurrencia en este punto parece más que conveniente⁸⁷.

Son cuatro las situaciones en las que el o la residente⁸⁸ tienen derecho a una organización de su tiempo de trabajo en los términos anteriormente señalados, siempre bajo el propósito, declarado por el Preámbulo de la norma, de permitir al personal residente la conciliación de la vida familiar y laboral sin hacer uso de la reducción de jornada o de la suspensión del contrato, ya que ello imposibilitaría la realización de un curso formativo completo en un año:

- En primer lugar, durante el *embarazo*. La trabajadora residente, durante todo el estado de gestación, y una vez comunicado su estado a las ins-

⁸⁶ Sin que proceda, por tanto, la prórroga del contrato de trabajo, que se reserva para las situaciones de suspensión del contrato y otras causas legales (artículo 3.4 RD 1146/2006).

⁸⁷ A los convenios colectivos podría corresponder, en particular, el diseño de pautas de ordenación del tiempo de trabajo encaminadas a que la combinación de jornadas ordinarias y complementarias no tenga como resultado el rebasar el límite de las doce horas diarias: v. gr., guardias de duración reducida; alternativas al encadenamiento de ambas, etc.

⁸⁸ Los datos estadísticos ofrecen un panorama caracterizado por una muy acentuada feminización del colectivo de residentes en nuestro país, hasta el punto de que en algunas de las últimas convocatorias anuales, en un porcentaje cercano al 75% de la adjudicación de plazas de residencia han correspondido a mujeres (concretamente el 74,76% en el año 2004).

tancias gestoras del centro sanitario, tiene derecho a no realizar jornadas de trabajo superiores a doce horas diarias. En tales términos prevé la norma reglamentaria la adaptación del tiempo de trabajo de la trabajadora residente embarazada, sin necesidad de que ello se derive de la evaluación de riesgos prevista en el artículo 26 LPRL, que regirá supletoriamente en el resto de sus previsiones⁸⁹. Así las cosas, hay que tener en cuenta que, junto con tal adaptación, la residente tendrá igualmente el derecho concedido por el artículo 26.1 LPRL a la no realización de trabajo nocturno o de trabajo a turnos, cuando ello resulte necesario para preservar su salud o la del feto; un mandato éste que condicionará también, particularmente, la realización de “guardias”, sobre todo en ciertas fases del periodo de gestación, y, en todo caso, siempre que exista un informe médico que estime inconveniente la realización de dicho trabajo nocturno o a turnos.

De no resultar posible la adaptación del tiempo de trabajo, la residente tendría teóricamente, como se sabe, el derecho a desempeñar un puesto de trabajo o función diferente, compatible con su estado de gestación: el problema que se plantea es que habría que analizar, en concreto, si dicho puesto de trabajo o función diferente dentro del centro o del servicio permite en la práctica cumplir con las exigencias de dedicación marcadas por la realización del programa formativo, y en particular, con la realización de un número determinado de guardias. De no ser ello así, la residente no tendrá otra salida que acogerse a la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante el embarazo, que acarreará, en su caso -superación del 25% de la jornada anual-, la prórroga del contrato prevista en el artículo 3.4, para el caso en que se produzca una evaluación negativa debido a dicha contingencia. En fin, téngase también presente que la residente

⁸⁹ Dicho precepto constituye la transposición al ordenamiento español de las previsiones contenidas al efecto en la Directiva 1992/85/CE, de 19 de octubre, sobre aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia: vid. especialmente, en relación con la ordenación del tiempo de trabajo los artículos 5, 7 y 9.

embarazada dispone del permiso retribuido para realizar exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo -previo aviso al empresario, y siempre que se justifique su realización dentro de dicha jornada- previsto en los artículos 37.3 f) ET y 26.5 LPRL.

- En segundo lugar, también tiene derecho a no realizar jornadas de trabajo diarias superiores a doce horas el o la residente que, por *razones de guarda legal*, tengan a su cuidado directo a menores de seis años o a personas aquejadas de discapacidad física, psíquica o sensorial que no desempeñen una actividad retribuida. Aquí sí que el supuesto de hecho de la norma coincide con el que posibilita, *ex* artículo 37.5 ET, el derecho a una reducción de jornada –entre un tercio y la mitad de la jornada ordinaria- con la correlativa disminución proporcional de salario. La norma ofrece al residente, así pues, una doble alternativa: o bien acogerse a la ordenación particularizada del tiempo de trabajo; o bien acogerse a la reducción de jornada (dado el reenvío que el 6.1 RD 1146/2006 efectúa al propio 37.5 ET), en cuyo caso procederá la prórroga del contrato como consecuencia de una indefectible evaluación negativa debida a la imposibilidad de prestación de servicios por un tiempo superior al 25% de la jornada anual. Puede así suceder, por tanto, que en alguna de las anualidades de que se compone el periodo de residencia, el residente afectado por estas circunstancias se decante por la opción estatutaria de la reducción de jornada, pero lo que es claro es que, de hacerlo en todas y cada una de las anualidades, el periodo de residencia se acabaría alargando de manera excesiva, quedando afectadas, a la postre las expectativas profesionales del futuro especialista. Este es pues, el sentido de la alternativa ofrecida por la D.A. 3ª RD 1146/2006.
- En tercer lugar, el derecho a la limitación de la jornada diaria también procede cuando al residente le sea necesario encargarse del *cuidado directo de un familiar*, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no

pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida. La coincidencia de este supuesto de hecho, igualmente, con el de la correlativa reducción de jornada del artículo 37.5 ET, segundo inciso, hace que sean reproducibles las mismas consideraciones efectuadas con anterioridad en cuanto al carácter alternativo de ambos derechos y el sentido último de la previsión reglamentaria.

- Y, en fin, en cuarto lugar, cuando el o la residente tengan la *guardia y custodia no compartida de un hijo menor de edad*. Llama la atención el establecimiento de un requisito *sine qua non*, como es el del carácter “no compartido” de la guardia y custodia por parte del residente para poder beneficiarse de la ordenación particularizada de la jornada, que otorga a este mecanismo una dimensión verdaderamente excepcional. Huye la norma pues, deliberadamente, de la concesión “estructural” de esta ventaja por razones genéricas de cuidado de hijos: siendo ello más respetuoso con los intereses de las personas implicadas, parece pensarse que ello podría sin duda complicar la organización del trabajo del colectivo de los residentes, repercutiendo las dificultades de ordenación sobre los residentes, masculinos o femeninos, que carezcan de tales obligaciones⁹⁰. Este mecanismo puede obviamente también resultar una alternativa, en los tres primeros años de vida de un hijo, al recurso a la excedencia por cuidado de hijos –recurso que podría resultar casi ineludible en quien no comparta la guardia y custodia de tales hijos-, que acarreará en todo caso un retraso en la culminación del periodo de formación en régimen de residencia, e incluso, de ser superior a dos

⁹⁰ Por otra parte, dado, en particular, el elevado grado de feminización del colectivo de residentes –como se ha dicho, cercano al 75% en algunas convocatorias anuales-, y la propia franja de edad mayoritaria en el mismo –entre los 25 y los 30 años- la previsión bien puede interpretarse también como una norma formulada en clave de implicación de los progenitores de sexo masculino en el cuidado de los hijos, en la línea de la de la remoción de obstáculos en forma de estereotipos sociales que impiden alcanzar la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, como principio transversal informador de todo el ordenamiento jurídico a partir de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de hombres y mujeres (vid., en particular, apartado II de su Exposición de Motivos y artículo 4).

años, la posible incorporación posterior del residente a partes del programa ya superadas, como se verá más adelante.

2.6.- Condiciones especiales de la jornada laboral del residente por motivos de discapacidad:

En relación con el personal residente afectado por alguna discapacidad, el RD 1146/2006, en su D.A. 2ª, párrafo 4, contiene también ciertas previsiones enfocadas a propiciar una organización particularizada del tiempo de trabajo. En este sentido, se dispone que “si la discapacidad impide al residente realizar jornadas de trabajo prolongadas, no se disminuirá el número de horas que determina el programa formativo, pero sí se organizarán de forma que tenga los descansos necesarios y adecuados a sus capacidades funcionales”.

Se trata, pues, de una previsión formulada en términos subjetivos, y no objetivos, como la dedicada a la conciliación de la vida personal y familiar. En primer término, por venir sometido su supuesto de hecho a una condición relativa a las condiciones personales del residente: además de haberse reconocido al residente un grado de minusvalía del 33%⁹¹, la norma parece requerir adicionalmente que la discapacidad le impida la realización de jornadas prolongadas; siendo éste, a su vez, un concepto jurídico indeterminado cuyo sentido dependerá del propio alcance de la discapacidad. En segundo lugar, por lo que se refiere a la consecuencia jurídica, la organización del tiempo de trabajo a que se tiene derecho no queda determinada tampoco sobre la base de una limitación objetiva e irrebasable en cuanto a la duración máxima de la jornada: el objetivo que debe lograrse aquí es el de que el residente discapacitado pueda disfrutar de un régimen de descansos igual-

mente apropiado a sus concretas capacidades funcionales. Tratándose, por consiguiente, de una norma de textura abierta en todos sus términos, su proyección a cada supuesto concreto será una labor que corresponda efectuar a las instancias directivas de los centros y servicios sanitarios, guiándose por criterios comprensivos y flexibles a la hora de encajar la prestación laboral del residente discapacitado en la programación funcional del centro, y siempre en atención al objetivo de la superación de los obstáculos que, desde el punto de vista de la ordenación del trabajo, dificulten la realización plena del programa formativo por su parte, sin menoscabo, por tanto, de la dedicación horaria correspondiente a éste.

III.- EL RÉGIMEN RETRIBUTIVO DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN

Indudablemente uno de los propósitos que intenta perseguir la regulación de la relación laboral especial de residencia es el de la dignificación salarial del colectivo de residentes, enmarcado dentro del objetivo global de instaurar una cierta homogeneización en torno una serie de mínimos en la ordenación de sus condiciones de trabajo en todo el territorio nacional⁹². Dicha dignificación pasaba al menos, según una reivindicación sindical históricamente arraigada y unánimemente compartida⁹³, por la exigencia de una equiparación del salario base de los residentes, tanto del sector público como del privado, al “sueldo” correspondiente al personal estatutario en función del título exigido para el desempeño de la plaza que se ocupe⁹⁴. Ahora bien, el principal obstá-

⁹¹ El párrafo 5 de la D.A. 2ª establece que “A los efectos de la relación laboral especial regulada en este real decreto, se entiende por personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento. En todo caso, se considerarán afectados por una minusvalía igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad”.

⁹² Muestra la precariedad económica a que ha venido estando sometido este colectivo el hecho de que el salario total anual de un residente licenciado venía oscilando para el año 2005, de promedio interautonómico, entre los 12.656 euros mensuales para los R-1, y los 17.412 euros para los R-5. En el caso de los diplomados, las cifras oscilaban entre los 10.779 euros y los 11.658 euros anuales (Fuente: Comisión de Recursos Humanos del SNS).

⁹³ Vid., por todos, Propuesta de CC.OO. para el desarrollo de un Real Decreto del Personal en formación en residencia, aprobado en el Consejo Federal de 24 de febrero de 2005, p. 4.

⁹⁴ La estructura retributiva del personal estatutario, regulada por los artículos 42 y 43 EM, se compone de retribuciones básicas (sueldo, trienios y pagas extraordinarias), que responden a un modelo común para todo el SNS; y, en su caso, de retribuciones complementarias (complemento de destino, complemento específico, complemento de productividad, complemento de atención continuada y complemento de carrera), que son determinadas –unas de carácter fijo, y otras variable-

culo para ello era lograr el consentimiento de todas las Comunidades Autónomas, competentes en materia de gestión de sus respectivos servicios sanitarios públicos, para hacer frente al coste financiero de la correspondiente mejora retributiva. Dicho acuerdo unánime se lograría finalmente en el Pleno de la Comisión de Recursos Humanos del SNS, celebrado el 21 de noviembre de 2005, aprobándose así, al igual que sucede con el personal estatutario, un marco retributivo común para todos los residentes del territorio estatal, hecho que se encarga de destacar el Preámbulo del RD 1146/2006. Y es que la consecución de dicho acuerdo unánime suponía una condición necesaria para la inclusión, en el seno de la normativa reglamentaria finalmente aprobada, de una regulación retributiva basada en una serie de principios y criterios mínimamente homogéneos⁹⁵; una regulación que, a la postre, no sólo ha afectado al salario base, sino que también aborda la determinación de complementos salariales.

Dicho esto, conviene efectuar dos consideraciones adicionales. La primera, que se trata de un marco retributivo común pero sólo relativamente homogéneo puesto que permite que en los respectivos Servicios de Salud y demás entidades titulares -dentro de sus competencias, y de acuerdo con las fuentes reguladoras de la propia relación laboral especial de residencia- puedan establecerse diferencias retributivas específicas acordes con la política sanitaria que se lleve a cabo. La segunda, que al acarrear esta nueva regulación un importante incremento de la masa salarial global correspondiente al colectivo de residentes (calculada estimativamente en torno al 18%), su aplicación se efectuaría de forma progresiva a lo largo de tres años y a partir del 1 de enero de 2006. Ambas cuestiones han resultado, por cierto, aspectos desencadenantes de un cierto grado de conflictividad

entre la Administración sanitaria estatal y algunos de los colectivos de residentes más reacios a la aceptación de la normativa reglamentaria, tanto antes como después de su entrada en vigor.

Entrando ya en el análisis de la regulación correspondiente, el primer rasgo a destacar es el hecho de que el artículo 7 RD 1146/2006 establece una bifurcación de la ordenación salarial aplicable al contrato de trabajo de residencia, según que el empleador sea una entidad docente dependiente del SNS (Párrafos 1, 2 y 3), o bien se trate de entidades privadas titulares de unidades docentes acreditadas.

3.1.- El salario de los residentes en centros y unidades de titularidad pública:

En el caso de los contratos de residencia que se ejecutan en el marco del SNS, la retribución de los residentes queda vinculada, al igual que sucede con el personal estatutario, a lo establecido anualmente en las respectivas leyes de presupuestos -en primer lugar, a la Ley de Presupuestos Generales del Estado, y dentro del respeto a ésta, por lo dispuesto en las Leyes de Presupuestos de las distintas CC.AA.-. Dicha retribución habrá de estar compuesta en todo caso⁹⁶ por los siguientes cuatro conceptos salariales:

1) *Sueldo*: concepto que cabe equiparar al salario base ex artículo 26 ET, cuya cuantía se hace equivalente a la asignada, en concepto de sueldo base en las citadas leyes presupuestarias⁹⁷, para el personal estatutario de los servicios de salud en función del título universitario exigido para el desempeño de su profesión, atendiendo, en el caso de los residentes, al asignado para el ingreso en el correspondiente programa de formación. Así las cosas, el salario base o sueldo de los residentes que accedan al

en el ámbito de cada Servicio de Salud de las respectivas CC.AA. Cfr. ampliamente P. GONZÁLEZ SALINAS – E. LIZÁRRAGA BONELLI (Coord.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, 2ª Ed., Thompson - Civitas, Madrid, 2005, pp. 607 y ss.; así como T. SALA FRANCO: *El Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 71-75.

⁹⁵ Tal y como refleja el Acta nº 5 de las sesiones de dicha Comisión de Recursos Humanos, correspondiente a la celebrada el día 21 de noviembre de 2005 (Punto 3 del Orden del Día).

⁹⁶ Tal y como se desprende indubitadamente del término “comprenderá” empleado, para recalcar su imperatividad, por el artículo 7.1 RD 1146/2006.

⁹⁷ En relación con la Comunidad Foral de Navarra, la D.A. 1ª del RD 1146/2006 elimina la aplicabilidad para el colectivo de residentes de las peculiaridades que sí existen para el personal estatutario, previstas en la D.A. 1ª EM: se establece así una absoluta equiparación de esta regulación de mínimos para todos los residentes de las diversas CC.AA. En este sentido, la citada disposición ordena el que se tome como referencia del sueldo base igualmente el concepto establecido para el personal estatutario en el artículo 42.1 a) EM, pero sin considerar a estos efectos lo previsto en la D.A. 1ª de dicha norma.

programa de formación en virtud de una licenciatura queda así normativamente equiparado -y ligado en su evolución- al de los “licenciados sanitarios” del artículo 6.1 a), 2º EM); mientras que aquellos otros que lo hayan hecho en virtud de una diplomatura universitaria lo estarán a los “diplomados sanitarios” (artículo 6.2 a), 4º EM). El salario base o “sueldo” constituye, así pues el único concepto o componente de lo que podríamos denominar como la retribución básica mensual de los residentes, sin que estos, a diferencia del personal estatutario, tengan reconocido el derecho a la percepción de trienios, aunque sí, como se verá seguidamente, a retribuciones extraordinarias. Las retribuciones básicas de todos los residentes del Estado quedan así equiparadas, sin perjuicio de las oscilaciones en las cuantías establecidas para el “sueldo” del personal estatutario en las respectivas Leyes de Presupuestos de las CC.AA., que, en todo caso, habrán de respetar lo dispuesto en la L.P.G.E. correspondiente a cada anualidad.

Ahora bien, como se apuntó con anterioridad, la regulación salarial finalmente acogida en el RD 1146/2006 no sólo abarca el terreno de las retribuciones básicas, sino que se adentra en el establecimiento de algunas pautas comunes en relación con la estructura de las retribuciones complementarias. Se contemplan así los siguientes complementos salariales:

2) *Complemento de grado de formación*: su percepción se devenga a partir del segundo año de formación, dado que está destinado a retribuir el nivel de conocimientos así como la progresiva asunción de responsabilidades en el ejercicio de las tareas asistenciales, en coherencia con el principio de progresividad que informa el régimen de residencia. Se trata de una retribución complementaria de cuantía fija para cada anualidad del periodo de residencia, si bien ésta se determina mediante la aplicación de un porcentaje diferente y creciente, según el año de formación, sobre el sueldo o salario base: 8% para los residentes de segundo año (R-2); 18% para los residentes de tercer año (R-3); 28% para los residentes de cuarto año (R-4) y 38% para los residentes de quinto año (R-5). De la percepción de esta retribución complementaria sólo están excluidos, por consiguiente, los residentes en su primer año de formación (R-1),

sin que ello pueda considerarse como una vulneración del principio de igualdad⁹⁸, dado el propio diseño normativo que se efectúa de este complemento salarial.

La peculiarísima razón de ser de esta retribución complementaria la distingue de otros conceptos retributivos relativamente afines percibidos por el personal sanitario estatutario (complemento de destino, complemento específico o complemento de productividad), y le otorga una naturaleza especial, si bien lo cierto es que éste viene a asumir o incorporar una mezcla de rasgos propios de todos ellos: su importe anual se percibe en catorce pagas –al igual que el complemento de destino del personal estatutario–; viene a retribuir condiciones particulares del desempeño del trabajo relacionadas con la dificultad técnica, dedicación (en todo caso, como se sabe, a tiempo completo) y en especial, asunción de responsabilidades –en lo que se asemeja al complemento específico–; e incluso también puede entenderse que –como una suerte de complemento de productividad– retribuye un especial rendimiento, interés o iniciativa del residente, así como, en su caso, su participación en programas o actuaciones concretas o su contribución al logro de objetivos programados, previa evaluación de los resultados obtenidos. De hecho, la propia superación de las sucesivas evaluaciones anuales del residente son la circunstancia que, amén de la renovación del contrato, determina la percepción o el incremento de la cuantía de este complemento. Con todo, por lo que se refiere a su naturaleza *ex* artículo 26.3 ET, no es tanto un complemento relativo al trabajo realizado, sino que se trata más bien de un complemento salarial que retribuye una circunstancia relativa a la persona del trabajador, como es la sucesiva superación de etapas dentro del programa formativo por parte del residente; carácter personal del complemento del que se deriva no sólo su carácter consolidable sino su propio incremento cuantitativo en cada anualidad.

3) *Complemento de atención continuada*: se destina este complemento salarial del personal sani-

⁹⁸ Tal y como se sostenía, por ejemplo, por parte de la organización sindical CC.OO.

tario a remunerar la atención a los usuarios de los servicios sanitarios de manera permanente y continuada. Se trata, pues, de un complemento establecido en función del trabajo realizado, cuya cuantía mensual dependerá, en principio, de la combinación los diversos parámetros cuantitativos y cualitativos que puedan resultar de aplicación en cada caso⁹⁹. Los residentes serán retribuidos, así las cosas, en virtud del número concreto de horas efectivamente trabajadas por este concepto en cómputo mensual -y en su caso, según la modalidad correspondiente-, dentro del límite imperativo de la realización, como máximo, de siete guardias al mes (artículo 5.1 c) RD 1146/2006).

La determinación cuantitativa de este complemento salarial se remitirá, de ordinario, a los acuerdos y convenios procedentes de las respectivas Mesas Sectoriales de los Servicios autonómicos de Salud; un terreno en el cual las diferencias retributivas entre los servicios de salud de las diversas CC.AA. han venido siendo ciertamente notables¹⁰⁰. Por otra parte, dentro de cada acuerdo autonómico, nada impide el establecimiento de valores-hora diferenciados según el año de residencia, proyectándose así igualmente sobre este concepto salarial el elemento del incremento progresivo del valor del trabajo asistencial, en función del año de residencia dentro del programa formativo -en sintonía con los criterios informadores del complemento de grado de formación- así como de la propia titulación ostentada para el

acceso al programa formativo -siguiendo la lógica propia del “sueldo” o salario base-¹⁰¹.

Salvo que ello se prevea expresamente en la negociación colectiva, nada se dispone en el RD 1146/2006 sobre la percepción del complemento de atención continuada en las vacaciones o en las pagas extraordinarias. Dada la importancia que tiene este complemento de atención continuada sobre la retribución global de los residentes, serán igualmente la negociación colectiva la que podrá determinar, en particular, las repercusiones que, sobre la percepción del mismo acarreen los diversos supuestos de suspensión del contrato de trabajo de residencia (v. gr., a través de la percepción de un promedio trimestral o semestral, etc.)¹⁰², puesto que la normativa reglamentaria no dispone de criterio alguno al respecto. Si lo hace, en cambio, en relación con las rotaciones externas, situaciones en las cuales, no existiendo suspensión del contrato, y realizándose efectivamente dichas jornadas complementarias aunque en beneficio de un centro sanitario diferente del pagador, el residente tiene derecho a que la gerencia del centro de origen se comprometa expresamente a continuar abonando al residente la totalidad de sus retribuciones, “incluidas las derivadas de la atención continuada que realice durante la rotación externa” (artículo 8.1 d) RD 1146/2006).

Recuérdese, en fin, que según el criterio firmemente establecido por la jurisprudencia comunitaria (Sentencias SIMAP y Jaeguer), el tiempo dedicado a atención continuada prestado en régimen de presen-

⁹⁹ Dentro de dicha causa genérica, la regulación administrativa en la materia, ya antes del EM (RD-Ley 3/1987), ha venido distinguiendo ciertas modalidades específicas que, de ordinario, proyectan su inercia sobre la mecánica retributiva en los distintos servicios de salud: a) nocturnidad; b) domingos y festivos; c) turnos rotatorios; d) jornada de mañana y tarde; e) turnos de atención continuada a urgencias en los centros de salud; f) servicios localizados; g) guardias médicas de presencia y servicios localizados. Vid. P. GONZÁLEZ SALINAS – E. LIZÁRRAGA BONELLI (Coord.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, op. cit., pp. 678-679.

¹⁰⁰ En este sentido, los colectivos representativos de los residentes han venido denunciando la existencia de una elevada disparidad en relación con el valor-hora del complemento por atención continuada en los distintos territorios autonómicos, y reclamando mayores cotas de igualdad en este terreno. Los procesos de negociación entablados en sede de las distintas CC.AA. -previa la celebración de huelgas de residentes en algunos territorios autonómicos en los meses de enero y febrero de 2007- han ido de hecho encaminados, entre otros aspectos, a lograr un cierto acercamiento en este terreno.

¹⁰¹ Vid. en este sentido, por ejemplo, el Acuerdo de la Mesa Sectorial de negociación de Sanidad, de determinación de los importes en concepto de atención continuada del personal sanitario de los equipos de atención primaria, del personal facultativo de servicios jerarquizados y del personal residente en formación, así como del sistema de atención continuada y de urgencias de la atención primaria del Instituto Catalán de la Salud (Código Conv. n° 7902012) (B.O.C.G. 27-12-2006), el cual determina valores-hora diversos según tres variables: personal residente licenciado o diplomado; día laborable o sábado, domingo o festivo; y año de residencia (entre los 7,81 euros/hora para el personal diplomado residente en formación en día laborable y los 19,50 euros/hora para el personal residente de 4° y 5° año).

¹⁰² Así lo hace, por ejemplo, el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Negociación de Sanidad de Cataluña, para el periodo 2007-2010 (D.O.G.C. 28-12-2006), el cual establece, para los supuestos de incapacidad temporal por accidente de trabajo o enfermedad profesional y disfrute de permiso por adopción, la percepción del promedio de atención continuada que haya percibido en el último trimestre; y para las bajas por maternidad, el promedio del último semestre.

cia física en los centro sanitarios debe considerarse tiempo de trabajo efectivo en su totalidad. Un recordatorio que se alberga igualmente en el artículo 7.3 RD 1146/2006, el cual dispone, con carácter general, que el conjunto de los conceptos retributivos establecidos reglamentariamente corresponden al tiempo de trabajo efectivo de los residentes, sin que quepa computar como tal los periodos de descanso entre jornadas.

4) *Plus de residencia*: concepto salarial que, no obstante, sólo se percibirá en aquellos territorios en los que esté expresamente establecido; particularmente en Ceuta, Melilla, Baleares y Canarias: en este último caso, con la posibilidad de tomar en consideración la diferencia existente entre las grandes islas de Gran Canaria y Tenerife y el resto del archipiélago¹⁰³.

Al margen de estos cuatro componentes del salario de los residentes del SNS, cuya existencia, como se destacó con anterioridad, es de carácter necesario, será a la negociación colectiva –y eventualmente a la propia autonomía individual– a quien corresponda, en su caso, crear otro tipo de complementos salariales, inspirándose en el régimen salarial de otros facultativos sanitarios del sistema público: *v. gr.*, pluses de disponibilidad, para los supuestos en los que la cobertura de las guardias obligue a los residentes a mantener una expectativa de alerta ante eventuales fallos en la cobertura de las mismas; o pluses por desplazamiento, en los casos de actividades formativas del residente que impliquen desplazamientos del residente fuera de la localidad en la que se encuentre su centro de formación, etc¹⁰⁴.

Junto a las retribuciones ordinarias de devengo mensual, al igual que los trabajadores por cuenta ajena del régimen común, los residentes tienen dere-

cho a percibir dos pagas o gratificaciones extraordinarias, según lo dispuesto en el artículo 7.2 RD 1146/2006. Estas se abonarán en los meses de junio y diciembre, conjuntamente con los salarios correspondientes a tales meses, siendo el importe de cada una de ellas, como mínimo, de una mensualidad del sueldo y del complemento de formación, en el caso de los residentes de 2º año y sucesivos, a salvo, lógicamente, de las posibles mejoras que pueda introducir la negociación colectiva. Lo que no puede establecerse por vía convencional es el prorrateo de las gratificaciones extraordinarias en las doce mensualidades del año, puesto que, a diferencia del artículo 31 ET, la normativa especial se decanta, de modo imperativo, por el devengo semestral de las gratificaciones extraordinarias.

3.2.- El salario de los residentes en centros y unidades de titularidad privada:

En el caso de los contratos de residencia suscritos entre residentes y unidades docentes acreditadas de titularidad privada, la retribución será la establecida en el convenio colectivo que resulte de aplicación (artículo 7.4 RD 1146/2006), el cual, en principio, será otro diferente del negociado por las Mesas Sectoriales de las administraciones autonómicas. Ahora bien, la normativa reglamentaria se preocupa de garantizar un mínimo retributivo inderogable por parte de los convenios: dicha retribución ha de estar compuesta al menos por el sueldo y el complemento del grado de formación que corresponda según el año de residencia, así como por las dos retribuciones extraordinarias –que albergarán a su vez, como se sabe, ambos componentes–. De este modo, en atención al principio de igualdad y no discriminación, se viene a establecer un cierto grado de equiparación, aunque sólo relativa, entre ambos tipos de residentes: por una parte, se viene a vincular también la evolución del salario de los residentes que prestan sus servicios en entidades privadas a los aumentos salariales establecidos presupuestariamente para el personal sanitario estatutario. Pero, por otra parte, la equiparación sólo alcanza a la retribución de la jornada ordinaria de trabajo, y no a la de la jornada complementaria o de atención continuada, que constituye, como se viene señalando, una parte propor-

¹⁰³ De igual modo, el régimen de descansos compensatorios o alternativos del artículo 54 EM contempla como excepción, la posibilidad de sustituir dichos descansos por compensación económica tanto en caso de finalización de la relación de servicios como “de las circunstancias que pudieran derivar del hecho insular”.

¹⁰⁴ Algunos de estos conceptos, que han quedado fuera de la regulación reglamentaria, han sido de hecho reclamados en el proceso de elaboración de la misma: *cfr.*, por ejemplo, el Documento-Borrador: “Aspectos que debe contemplar un futuro estatuto especial del residente desde el punto de vista de la red de comisiones de docencia de Madrid”, Madrid, febrero de 2005 (original multicopiado), p. 5.

cionalmente importante del salario global de los residentes -ni tampoco al eventual plus de residencia, en su caso-. De este modo, queda obviamente un portillo abierto para la existencia de una disparidad salarial importante entre ambos tipos de residentes¹⁰⁵.

Como se apuntó con anterioridad, el consenso interautonómico en materia retributiva quedó condicionado, durante la génesis del RD 1146/2006, a la aplicación gradual del modelo retributivo pactado. De este modo, la D.T. 2ª regula dicha aplicación gradual, permitiendo la reducción progresiva, en tres anualidades sucesivas, del diferencial existente entre las cuantías que venían percibiendo los residentes y las establecidas en el artículo 7 del RD 1146/2006. Así las cosas, un 25% de la citada diferencia habría de reducirse a partir de la entrada en vigor del RD 1146/2006, con efectos retroactivos desde el 1 de enero de 2006; otro 25% habría de reducirse a partir del 1 de enero de 2007; y el 50% restante a partir del 1 de enero de 2008.

Se trata de criterios de aplicación progresiva del nuevo sistema retributivo que se articulan a través del establecimiento de sucesivos incrementos anuales proporcionales, como se ha visto, al diferencial existente entre las viejas retribuciones y el resultado de la aplicación de los nuevos criterios. Todo ello, sin que dicha aplicación progresiva en base a los citados porcentajes pueda implicar, en ningún caso, la percepción de una retribución inferior a la que el residente viniese percibiendo en cada caso con anterioridad a la entrada en vigor del RD 1146/2006 (D.T. 2ª, párrafo 2º), en coherencia con el principio de condición más beneficiosa formulado con carácter general en la D.T. 4ª. Obviamente esta regulación transitoria contiene una regulación de porcentajes mínimos que podrán resultar mejorados en sede de las diferentes CC.AA.

¹⁰⁵ Lo cual no significa, ni mucho menos, que el artículo 7.4 RD 1146/2006 permita a los convenios colectivos aplicables a los centros sanitarios privados la no contemplación del complemento de atención continuada para retribuir la horas de jornada complementaria que lleve a cabo, en su caso, el personal residente en formación. Antes al contrario, el citado precepto establece palmariamente que, al igual que en los centros públicos, la retribución mensual mínima compuesta por el sueldo y el grado de formación solamente retribuyen el trabajo prestado durante la jornada ordinaria, y no las horas de atención continuada o jornada complementaria que en su caso sean desempeñadas.

La aplicación gradual del sistema retributivo se proyecta igualmente por la normativa transitoria sobre los residentes contratados por entidades privadas. De este modo, si las cuantías efectivamente percibidas fuesen inferiores a las que se derivan de la aplicación del artículo 7.4 RD 1146/2006 (sueldo + complemento de grado de formación + pagas extraordinarias), podrán aplicarse gradualmente las nuevas cuantías en la forma indicada con anterioridad, esto es, estableciéndose incrementos sucesivos delimitados porcentualmente en relación con el diferencial existente entre el viejo y el nuevo sistema retributivo. Todo ello, sin perjuicio de que el convenio colectivo aplicable pueda obviamente contemplar incrementos salariales cuantitativamente superiores a los que se derivarían de la aplicación de dichos porcentajes (D.T. 2ª, párrafo 3).

IV.- LAS ROTACIONES DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN.

En el capítulo de las vicisitudes específicas del contrato de trabajo del personal residente en formación, la normativa recoge una única institución peculiar, como es el régimen de las denominadas rotaciones (artículo 8 RD 1146/2006), que albergan un supuesto particular de movilidad geográfica. Más concretamente, lo que la norma regula en dicho precepto son las rotaciones *externas*, esto es, una suerte de desplazamientos temporales del residente para llevar a cabo periodos formativos en centros no previstos en el programa de formación ni en la acreditación otorgada al centro o unidad docente. Se trata, pues, de una regulación especializada que sustituye, por inadecuado en relación con dichas situaciones, el régimen jurídico de los desplazamientos temporales de los trabajadores previsto en el artículo 40.4 ET: no en vano, no se trata aquí de regular los términos del ejercicio de un poder unilateral del empleador para preservar la adecuada organización de sus recursos, sino de articular un régimen jurídico para llevar a cabo estancias en otros centros sanitarios que redunden en beneficio de la adecuada formación especializada del residente.

Por el contrario, aquellos otros desplazamientos que sí que estén previstas en el programa de forma-

ción o en la acreditación del centro serán considerados como rotaciones puramente *internas*, no resultando de aplicación las previsiones específicas del artículo 8. Se analizará a continuación por separado el régimen de ambas figuras.

4.1.- Las rotaciones externas:

La disciplina reguladora de las rotaciones externas se compone de un conjunto de hasta siete previsiones: procedimiento, objetivos de la rotación, cualificación del centro de destino, duración temporal de la rotación, garantías retributivas, compensación de gastos, y finalmente, formalización de la rotación a efectos evaluatorios. Los cinco primeros extremos de este régimen jurídico son expresamente calificados por la norma como “requisitos” (artículo 8.1), lo cual revela la voluntad explícita de la misma de condicionar la realización regular de las rotaciones al cumplimiento previo de las correspondientes garantías:

1) Por lo que se refiere a los *requisitos de procedimiento*, las rotaciones externas han de ser “propuestas” y “autorizadas” por los órganos competentes (artículo 8.1 a) RD 1146/2006). No se preocupa la normativa laboral de concretar quienes son tales órganos competentes, albergando en este punto, por consiguiente, un reenvío implícito a la normativa de carácter formativo¹⁰⁶.

2) En cuanto a los objetivos de las rotaciones externas, estos habrán de ser especificados en la propuesta de rotación suscrita por el tutor, debiendo referirse a la ampliación de conocimientos o al aprendizaje de técnicas no practicadas en el centro y que, según el programa de formación, sean necesarias o complementarias a éste (artículo 8.1 a) RD 1146/2006).

3) Las rotaciones externas han de realizarse, además, preferentemente en centros acreditados para la docencia; o, en todo caso, en centros nacionales o extranjeros de reconocido prestigio (artículo 8.1 b) RD 1146/2006). Al no quedar precisado este concepto jurídico indeterminado, parece conveniente que, si el destino de la rotación es un centro nacional o extranjero no acreditado, la propuesta de rotación trate de justificar el prestigio del centro o unidad de destino en relación con el objeto del aprendizaje. A partir de aquí, corresponderá *de facto* al órgano autorizante la apreciación de tal requisito, si bien una hipotética resolución en sentido negativo, en tanto que acto administrativo, debería estar suficientemente motivada para resultar ajustado a derecho; una motivación que debería estar fundamentada a partir de argumentos y criterios técnico-científicos encaminados a desvirtuar las razones de conveniencia de la rotación esgrimidas por parte de la propuesta de rotación.

4) La duración temporal de la rotación no puede superar los cuatro meses continuados dentro de cada periodo de evaluación anual. Una interpretación cabal de esta regla contenida en el artículo 8.1 c) RD 1146/2006 implicaría, en realidad, una doble exigencia: por una parte, que la rotación no se fragmente en periodos discontinuos dentro de la anualidad, sino que se lleve a cabo en un periodo ininterrumpido; y por otro lado, que dicho periodo no se prolongue más allá de cuatro meses dentro de cada periodo de evaluación anual, esto es, que la rotación no pueda “invadir” más de una cuarta parte del tiempo disponible para la consecución de los objetivos de la anualidad dentro del programa formativo. La norma no parece oponerse, no obstante, a la posibilidad de que dentro de dicho periodo de cuatro meses dentro de una misma anualidad, pueda llevarse a cabo más de una rotación externa, si es que se cumplen los demás requisitos: antes bien, la propia redacción en plural del precepto (“que no *superen* los cuatro meses”) podría de hecho estar habilitando tal posibilidad.

5) La gerencia del centro ha de comprometerse expresamente, con carácter previo al inicio de la rotación, a continuar abonando al residente la totalidad de sus retribuciones, incluyendo las derivadas de

¹⁰⁶

Así las cosas, corresponderá en principio proponer la realización de rotaciones externas –siguiendo lo dispuesto en el Borrador de la futura normativa sobre los aspectos formativos de la residencia– al tutor, siendo el destinatario de dicha propuesta, en primer término, el jefe de estudios o coordinador de la unidad docente acreditada. No obstante, su autorización trasciende del ámbito de la unidad docente acreditada, situándose en el nivel estatal de gestión de la formación en régimen de residencia: ésta corresponderá al órgano competente del Ministerio de Sanidad y Consumo, previo informe favorable, eso sí, de las Comisiones de Docencia de ambos centros o unidades afectados por la rotación.

la atención continuada que realice durante la rotación externa (artículo 8.1 d) RD 1146/2006). Dicho compromiso resulta, de hecho, un requisito imprescindible para que los órganos ministeriales competentes autoricen la realización de la rotación. La insistencia en que se formalice este compromiso con carácter previo a la consecución de la propia rotación tiene que ver con la peculiar circunstancia que aquí se produce, la cual resulta, a la postre, bien cercana a las “puestas a disposición”: la entidad docente titular del contrato se ve obligada a retribuir al residente durante un periodo de tiempo en que ésta no se beneficia de su actividad asistencial. Durante la rotación, el residente queda integrado en la actividad asistencial ordinaria y de urgencias de otro centro, y por tanto la realización de jornadas complementarias también se produce en beneficio de dicha entidad a cuya organización funcional el residente se encuentra plenamente sometido durante la rotación¹⁰⁷.

Dicho compromiso tendrá pues, a la postre, un valor jurídico similar al de un reconocimiento de deuda: el sujeto obligado a satisfacer las retribuciones íntegras del trabajador sigue siendo la entidad empleadora, incluyendo el complemento de atención continuada, cuya cuantificación dependerá, como se sabe, de parámetros variables según las circunstancias concretas que rodeen la realización de la jornada complementaria (número de horas de guardia desempeñadas, jornada laboral o festivos, año de residencia, etc.)¹⁰⁸, sin que proceda –puesto que la norma no lo contempla ni explícita ni implícitamente– ningún tipo de repetición o ejercicio de acción de regre-

so frente al centro beneficiario de los servicios. En este sentido, se plantearía un interrogante adicional: el de determinar cuál debería ser el marco convencional aplicable para determinar la retribución del residente durante la rotación, y en particular, por lo que se refiere a la jornada complementaria, ya que, como se sabe, las diferencias pueden ser especialmente acusadas entre diferentes CC.AA. A nuestro juicio, tanto a la vista de lo anterior, como de la propia literalidad del precepto –compromiso de “continuar abonando”–, como de lo que seguidamente se dispone en relación con los gastos de viaje, parece que deberían seguir siendo de aplicación los convenios, pactos o acuerdos del centro sanitario de origen, y no los del centro donde se lleve a cabo la prestación de los servicios¹⁰⁹.

6) Las rotaciones externas otorgan derecho a percibir gastos de viaje, de acuerdo con lo dispuesto en las normas y acuerdos que resulten de aplicación a las entidades titulares de la correspondiente unidad docente (artículo 8.2 RD 1146/2006)¹¹⁰. Por otra parte, la remisión a dichas normas y acuerdos también lo es en lo referido al plano modal o temporal de la exigibilidad del derecho. En este sentido, parece que del precepto reglamentario no cabe derivar –como hace alguna jurisprudencia en relación con el artículo 40 ET¹¹¹– un derecho a la percepción antici-

¹⁰⁷ La analogía de esta situación con las “puestas a disposición” lícitas –que en nuestro país, salvo lo dispuesto en el régimen jurídico de algunas otras relaciones laborales especiales: v. gr., deportistas profesionales, estibadores portuarios– se circunscribe a la actividad de las ETT, podría llevar a la utilidad de algunas previsiones de la Ley 14/1994 para recomponer el régimen jurídico de estas rotaciones en aspectos no previstos: utilización del transporte o instalaciones colectivas, posibilidad de elevar quejas ante los órganos de representación colectiva, reparto de obligaciones y responsabilidades entre los dos empleadores o incluso, imputabilidad del recargo de prestaciones en caso de siniestralidad laboral por incumplimientos de medidas de seguridad.

¹⁰⁸ Es esta una previsión normativa que obliga a que, con motivo de la realización de rotaciones, las gerencias de los centros sanitarios afectados deban mantener vínculos de comunicación en relación con todos los datos relevantes a los efectos de confeccionar la nómina mensual del residente: de lo contrario, la percepción exacta y puntual de los ingresos que correspondan al residente durante la rotación no se verá en la práctica plenamente garantizada.

¹⁰⁹ Una interpretación que, por otra parte, evita que la propia diferencia retributiva existente en relación con el complemento de atención continuada entre diferentes territorios autonómicos pueda llegar a funcionar, de facto, como un incentivo –positivo o negativo, según los casos– para la propuesta de realización de rotaciones. De este modo, el criterio normativo resulta plenamente “neutral” a estos efectos.

¹¹⁰ Es esta una previsión análoga a las que formula el régimen laboral común para los supuestos de movilidad geográfica (artículos 40.1 párrafo 4º y 40.4 ET), si bien con alguna diferencia, como es la remisión exclusivamente a las normas y acuerdos aplicables en relación con la determinación de la cuantía indemnizatoria por los gastos de viaje, y no al acuerdo individual de las partes del contrato. No parece razonable pensar que ello suponga una prohibición de la pactación individual o particularizada de las cantidades indemnizatorias, lo cual resultaría en su caso, perfectamente lícito a la luz del propio sistema de fuentes de la relación laboral de residencia (artículo 1.4 RD 1146/2006), siempre respetándose los mínimos indemnizatorios previstos en las normas y acuerdos correspondientes. Más bien, la verdadera virtualidad del precepto quizá sea sólo realmente la de funcionar como recordatorio de la necesidad de que la cuantificación de tales gastos se refleje en dichos instrumentos.

¹¹¹ Cfr., por ejemplo, STSJ Extremadura 13-6-1998 (A.S. 1998/439); STSJ Andalucía/Granada 25-9-1995 (A.S. 1995/1893); Castilla y León/Valladolid 27-4-1993 (A.S. 1993/2110); ó Galicia 9-5-1995 (A.S. 1995/1893).

pada de los gastos de viaje: antes bien, tal derecho parece que sólo existirá si así se prevé en la normativa y en los acuerdos colectivos que resulten aplicables.

7) Cada rotación externa que cumpla con los requisitos normativamente previstos habrá de figurar debidamente visada en el libro del especialista en formación; y además, el centro o unidad donde se haya realizado habrá de emitir el correspondiente “informe de evaluación”¹¹². Ambas previsiones constituyen, pues, el soporte formal a los efectos de que las rotaciones sean tenidas en cuenta en la evaluación continuada y anual.

4.2.- Las rotaciones internas:

Como se apuntó con anterioridad, en ocasiones las rotaciones del personal residente constituyen una exigencia derivada del programa de formación, o bien de las condiciones en que se ha concedido la acreditación a la unidad docente titular del contrato. En tales casos, interpretando *a sensu contrario* lo dispuesto en el primer párrafo, el propio artículo 8.4 RD 1146/2006 las cataloga como rotaciones *internas*. Obviamente estas rotaciones no se encuentran sujetas a los requisitos y previsiones analizados con anterioridad, que se reservan expresamente en la norma para las rotaciones externas. No obstante, de modo redundante, el precepto recién citado se preocupa por remarcar el hecho de que las rotaciones internas “no conllevarán derecho económico alguno”. Una previsión que debe interpretarse como referida estrictamente al derecho a la inexistencia del compensación de los gastos de viaje previsto en el artículo 8.2; y no desde luego, a la retribuciones derivadas de la atención continuada que se realicen durante la rotación interna, a las que el residente tendrá un indiscutible derecho en todo caso. Otra cosa es que la norma no considere necesario, como requisito previo para su realización, la formalización de compromisos de retribución de las mismas; lo cual no equivale, ni mucho menos, a negar el dere-

cho a la percepción de dicho concepto retributivo, en su caso.

Ahora bien, al margen de su formulación hasta cierto punto defectuosa, se trata de una previsión reglamentaria criticable también en su contenido, en la medida en que viene a legitimar un trato desfavorable de las rotaciones internas en comparación, no ya con las externas, sino con el régimen de los desplazamientos del régimen laboral común, a los que ciertamente se asimila. De hecho, la propia literalidad del artículo 8.4 RD 1146/2006 (“no conllevarán derecho económico alguno”) viene a excluir la aplicabilidad supletoria del artículo 40.4 ET, al menos en lo que se refiere a la percepción de los gastos de viaje y dietas allí regulados, e incluso a la posibilidad de disfrute de permisos para estancia en el domicilio habitual -en caso de que la estancia sobrepasase los tres meses de duración-, cuyos gastos de viaje igualmente costea el empresario. Así las cosas, de todo el régimen jurídico estatutario previsto para los desplazamientos temporales, sólo resultaría aplicable supletoriamente a las rotaciones internas, si acaso, la obligación del centro sanitario de informar al residente con una antelación suficiente a la fecha de su efectividad, no pudiendo dicho plazo ser inferior a cinco días en el caso de desplazamientos de duración superior a tres meses.

Como último apunte, simplemente señalar que en relación con las rotaciones internas, la normativa reglamentaria contempla la necesidad, a los efectos de su conocimiento por parte del residente, de que las mismas de queden reflejadas en el contrato de trabajo de residencia formalizado por escrito, concretamente cuando en la acreditación del centro se prevea dicha circunstancia (artículo 2.2 c) RD 1146/2006). En el caso de que las rotaciones sean en centros previstos en el programa de formación no resulta, en cambio, necesario su reflejo en el contrato, puesto que el propio contrato de residencia formalizado por escrito albergará una necesaria remisión al programa formativo (artículo 2.2 f) RD 1146/2006).

¹¹² Dicho informe o ficha de evaluación ha de seguir los mismos parámetros que las rotaciones internas previstas en el programa formativo o en la acreditación otorgada a la unidad docente.

V.- SUSPENSIÓN DEL CONTRATO Y EXCEDENCIAS DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN.

La interrupción de la ejecución del contrato de trabajo de residencia, articulada a través de figuras laborales como las suspensiones y excedencias, es una circunstancia que ocasiona repercusiones sobre la realización plena del programa de formación, acarreando pérdidas de aprovechamiento formativo. De ello era bien consciente la normativa anteriormente vigente (OM de 24 de junio de 1984), la cual venía directamente a prohibir la propia interrupción de los programas formativos –al igual que las permutas de personal, o los traslados de centro-, dejando solamente a salvo los supuestos excepcionales de revocación de la acreditación docente al centro sanitario (artículo 14.5). No obstante, tal rigidez normativa venía siendo en la práctica flexibilizada a través de ciertas cláusulas-tipo estipuladas en los contratos individuales de residencia: dada la aplicabilidad de la normativa laboral general (artículos 45-48 ET), el ejercicio por parte de los residentes de los derechos contenidos en dichos preceptos podía propiciar, de hecho, situaciones de pérdida de dedicación en las cuales se preveía la intervención de la Comisión de Docencia. Esta se erigía en la instancia competente para valorar, supuesto por supuesto, si procedía o no completar la formación del residente, y en su caso, a través de qué fórmula; e incluso eventualmente para determinar la resolución del contrato de residencia por frustración de la finalidad formativa¹¹³.

La doctrina laboral se había mostrado reacia a admitir, más que si acaso excepcionalmente, la extinción del contrato de residencia en tales casos. Además de vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores –sobretudo en ciertos supuestos-, ha de tenerse en cuenta que el contrato de trabajo de residencia funciona como un soporte para la adquisición

de un determinado título académico –el de especialista- a cuyas enseñanzas se accede a través de un concurso. Teniendo en cuenta todo ello, se propugnaba la consideración prevalente del juego de las causas suspensivas de la relación laboral, con posterior recuperación de los tiempos de formación perdidos, bien a través de una prórroga, o bien de la repetición de módulos concretos de la formación, correspondientes a la respectiva anualidad del programa formativo¹¹⁴.

Tomando como punto de partida estos precedentes, la nueva regulación del contrato de trabajo de residencia integra el conflicto que se plantea entre los derechos del trabajador residente y los imperativos formativos, por medio de la adopción de cuatro grandes reglas o premisas básicas: 1) La prohibición de los pactos suspensivos y de las excedencias voluntarias (artículos 9.1 y 10.1 RD 1146/2006); 2) La previsión de prórrogas del contrato de residencia como consecuencia de suspensiones del contrato que impliquen la imposibilidad de prestación de servicios superior al 25% de la jornada anual (artículo 3.4 RD 1146/2006); 3) La posibilidad de recuperar o repetir fragmentos del programa formativo en supuestos de suspensión del contrato o excedencias de duración superior a dos años (artículos 9.2 y 10.2 RD 1146/2006); y 4) El derecho a continuar la formación en otra unidad docente acreditada –mediante otro contrato de trabajo- cuando la suspensión del contrato de residencia motivada por fuerza mayor temporal o razones económicas, técnicas, organizativas o de producción exceda de seis meses (artículos 11.1 f) y 11.2 RD 1146/2006).

Se analizarán seguidamente las peculiaridades que atañen a la suspensión del contrato de trabajo de residencia, tanto en lo que se refiere a los supuestos de hecho que la propician como a las consecuencias jurídicas o efectos particulares que, con carácter general, se desencadenan, en particular por lo que se refiere a las repercusiones sobre la realización del programa formativo.

¹¹³ La cláusula-tipo tenía el siguiente tenor: “En supuestos justificados de falta de asistencia que incidan negativamente en la superación del porcentaje mínimo anual de acción lectiva, se realizará una prueba eventual periódica, previa e independiente de la ficha de evaluación anual, estudiándose por la Comisión de Docencia si procede o no completar la formación del médico residente, por una sola vez, buscando la fórmula por la que pueda llevarse a cabo. En caso negativo, la decisión será motivada y provocará la resolución del contrato”.

¹¹⁴ Vid. J.M. GOERLICH PESET: “Los médicos residentes: un supuesto especial...”, op. cit., p. 79.

5.1.- Supuestos permitidos y prohibidos de suspensión y excedencia en el contrato de residencia y peculiaridades de su ejercicio:

El contrato de trabajo de residencia puede suspenderse por las causas establecidas en el artículo 45.1 ET, con excepción de los motivos enumerados en los dos primeros apartados del citado precepto; esto es: a) por mutuo acuerdo de las partes y b) por las causas consignadas en el contrato. La premisa de partida de toda esta ordenación es, pues, la de la remisión con carácter general al elenco de supuestos suspensivos reconocido en cada momento por el régimen laboral común -enumeración causal en creciente expansión como consecuencia de medidas normativas de alcance y contenido no exclusivamente laboral¹¹⁵ - pero con la exclusión de los pactos suspensivos estipulados entre empresario y trabajador, bien de manera sobrevenida o “en caliente” durante el transcurso de la relación laboral, bien “en frío” o al inicio de la misma. E igualmente, en relación con las excedencias, la normativa laboral especial amputa el derecho a solicitar las de carácter voluntario. El legislador reglamentario ha querido llevar a cabo así pues, a través de estas dos previsiones, una cierta objetivación de los motivos de interrupción de la relación laboral de residencia¹¹⁶: a diferencia del régimen común, la mera voluntad del trabajador residente -aun con la aquiescencia del empleador-, carece de toda eficacia suspensiva.

Así las cosas, el contrato de trabajo de residencia podrá suspenderse con derecho de reserva del puesto de trabajo exclusivamente en virtud de las causas consignadas en los artículos 45 letras c) a n); así como en el caso de las excedencias forzosas reguladas en los párrafos 3 y 4 del artículo 46 ET; y también desde luego -pese al deficiente tenor literal del artículo 9 RD 1146/2006, que sólo remite literalmente al 45.1 ET- en el supuesto de paternidad

novedosamente regulado en el artículo 48 bis ET, a partir de la LO 3/2007, de 22 de marzo¹¹⁷. Esto es, por incapacidad temporal; maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo de la mujer residente, riesgo durante la lactancia natural, adopción o acogimiento; privación temporal de libertad; suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias; fuerza mayor temporal, razones económicas, técnicas organizativas o de producción; ejercicio del derecho de huelga, cierre patronal; decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar temporalmente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia doméstica. Y por lo que se refiere a las excedencias forzosas, el personal residente en formación podrá disfrutar de las dedicadas al cuidado de hijos hasta el tercer año, al cuidado de familiares¹¹⁸, al ejercicio de cargos públicos representativos y al ejercicio de funciones sindicales de ámbito provincial o superior. Por otra parte, conviene señalar que, a diferencia del régimen laboral común, no parece tampoco posible que la autonomía colectiva pueda regular otros supuestos suspensivos diferentes de los enumerados en dichos preceptos, dada la referencia, eso sí, exclusivamente a la ley laboral contenida en los artículos 9 y 10 RD 1146/2006.

Señalado lo anterior, existen ciertos supuestos suspensivos que ofrecen peculiaridades desde el punto de vista de su funcionamiento en el marco de la relación laboral de residencia:

- En primer término, así sucede, como se ha adelantado, con la suspensión del contrato por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o como consecuencia de fuerza ma-

¹¹⁵ En particular, Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral; LO 1/2004, de protección integral de las víctimas de violencia de género, LO 3/2002, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

¹¹⁶ Vid., en este sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA: “La relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la salud...”, op. cit., p. 106.

¹¹⁷ Ya se ha comentado con anterioridad la deficiente técnica legislativa empleada por el RD 1146/2006, al efectuar referencias a apartados concretos del ET. Una interpretación lógica y teleológica (el precepto reglamentario sólo quiere excluir las causas suspensivas que dependen de la pura voluntad de las partes y no de hechos objetivos) permite en cambio, a nuestro juicio, corregir en este sentido la pura literalidad del artículo 9.1 RD 1146/2006.

¹¹⁸ La normativa reglamentaria, consciente, a la postre, de que las suspensión del contrato de residencia y las excedencias por razones de conciliación de la vida familiar y laboral acarrearán un retraso en la realización del programa formativo, ofrece, como se sabe, una alternativa al ejercicio de estos derechos, que pasa por la ordenación particularizada del tiempo de trabajo que, sin suponer una disminución del número anual de horas establecido, permita al residente no realizar en ningún caso jornadas de trabajo superiores a doce horas diarias (D.A. 3ª RD 1146/2006).

yor, aun siendo ésta de carácter temporal (artículo 45.1 i) ET), y no definitiva (artículo 49.1 h) ET). Cuando el periodo suspensivo fundamentado en tales circunstancias sobrepase los seis meses de duración, el contrato de trabajo que vincula al residente con la unidad docente acreditada quedará extinguido (artículo 11.1 f) RD 1146/2006). Surge entonces la obligación de la Administración sanitaria de ofrecer a los residentes afectados la posibilidad de continuar su formación como especialistas en otras unidades docentes: éstos habrán de suscribir un nuevo contrato que les vincule a la nueva entidad docente que se les asigne, dándose por válidos los periodos de formación ya realizados y evaluados positivamente en la unidad docente de la que procedan (artículo 11.2 RD 1146/2006). Es claro como la norma trata de preservar el derecho a la continuidad e integridad del proceso formativo de quien, en definitiva, ha obtenido una plaza en un concurso público a tal efecto, dependiendo de dicha continuidad el ejercicio de la actividad profesional como especialista.

- En segundo lugar, también adquiere cierta singularidad en su alcance y contenido el derecho a la suspensión del contrato de trabajo fundamentada en razones de violencia de género. En efecto, por una parte, está plenamente vigente la causa genérica establecida en el artículo 45.1 n) ET: esto es, la trabajadora residente que se vea obligada a abandonar temporalmente su puesto de trabajo por ser víctima de violencia de género, en aras de la efectividad de su protección integral, tiene derecho a la suspensión del contrato con derecho de reserva del puesto de trabajo, en los mismos términos que los trabajadores del régimen laboral común, siguiendo lo dispuesto en el artículo 48.6 ET.

Ahora bien, junto a lo anterior, si en aras de la propia efectividad del derecho a la protección y a la asistencia integral la trabajadora lo que precisa es de un cambio del lugar de residencia, la D.A. 4ª RD 1146/2006 lo que le concede, es un derecho preferente a que se le asigne otra plaza de residente en formación de la misma titulación y especialidad que esté vacante en otra unidad docente de otra localidad

—e incluso de otras Comunidad Autónoma—: dicho cambio de adscripción tendrá la virtualidad, además, de posibilitar la continuidad e integridad del proceso formativo. Pero a diferencia del supuesto regulado en el artículo 40.3 bis ET en el que se inspira, ello implica un cambio de empleador o novación subjetiva del contrato (“cambio de unidad docente”). Por ello es por lo que la normativa reglamentaria garantiza, durante los seis primeros meses, la obligación del centro de origen de “reservar la plaza que anteriormente ocupaba la residente trasladada”, lo cual constituye, a la postre, un genuino supuesto adicional de suspensión del contrato de trabajo de residencia. Terminado dicho periodo, la residente podrá optar entre el regreso al centro de origen o la continuidad del contrato de trabajo con la nueva unidad docente, decayendo, en este segundo caso, la obligación de reserva. La finalización de la situación suspensiva dará lugar, como en el caso anterior, a una novación subjetiva definitiva.

No contéplale RD 1146/2006, en cambio, peculiaridad alguna en relación con la suspensión del contrato motivada por maternidad biológica -y paternidad- así como por adopción o acogimiento. De lo cual cabe extraer, a nuestro juicio, una consecuencia interpretativa no precisamente irrelevante: la de la posibilidad del disfrute tanto en régimen de jornada completa como a tiempo parcial de tales periodos, previo acuerdo entre el centro sanitario y los trabajadores afectados. Es pertinente sostener, pues, en este punto, una solución interpretativa no restrictiva de derechos constitucionales, argumentando, en suma, a favor de la aplicabilidad supletoria del artículo 48.4 ET (actual párrafo 10º)¹¹⁹ y su desarrollo reglamentario a cargo del RD 1251/2001¹²⁰. Es esta una opción normativa que no vulnera lo dispuesto en la normati-

¹¹⁹

No supone un obstáculo para mantener dicha interpretación lo dispuesto en el artículo 5.3 RD 1146/2006, puesto que dicha norma especial ha de interpretarse de manera restrictiva, no sólo en virtud de las anteriores consideraciones, sino a partir de su propio tenor literal: lo que prohíbe dicho precepto es exclusivamente la suscripción de contratos de trabajo del personal residente con jornada a tiempo parcial -ya sea inicial o sobrevenida-, sometidos al artículo 12 ET, pero no el ejercicio del derecho al disfrute a la suspensión parcial del contrato de trabajo.

¹²⁰

A falta de lo que se ulteriormente se disponga reglamentariamente para la suspensión del contrato por paternidad regulada en el artículo 48 bis ET, véase la D.A. 1ª RD 1251/2001, de 16 de noviembre.

va comunitaria, por cuanto que esta permite que los Estados miembros puedan autorizar una formación especializada a tiempo parcial cuando, como consecuencia de circunstancias individuales justificadas, no sea factible una formación a tiempo completo; todo ello, siempre y cuando la duración total de la formación no se reduzca por motivo de su realización a tiempo parcial¹²¹. Otra cuestión es que ello implique la necesidad de un acuerdo previo entre el centro sanitario y el trabajador, amén del respeto al resto de las previsiones reguladoras de dicha suspensión parcial del contrato¹²².

5.2.- Efectos particulares de la suspensión del contrato de trabajo de residencia:

La suspensión del contrato de trabajo de residencia, según cual sea su grado de duración, y con independencia del motivo que la propicie, puede acarrear repercusiones tanto sobre la duración del contrato como sobre la propia superación de las distintas etapas que componen el proceso formativo. Son dos las reglas básicas a este respecto:

1) En primer lugar, según lo dispuesto en el artículo 3.4 RD 1146/2006, la imposibilidad de prestar servicios que supere el 25% de la jornada anual, como consecuencia, entre otras circunstancias, de la suspensión del contrato, acarreará automáticamente la evaluación negativa del periodo anual correspondiente. Pero al tiempo, la norma contempla la prórroga del contrato por el tiempo necesario, bien para completar el periodo formativo, o bien para su repetición completa, previo informe de la Comisión de Docencia (en el caso de repetición de curso, la reso-

lución corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo).

2) En segundo término, en aquellos supuestos de prolongación de la suspensión más allá de los dos años de duración, en el momento del reingreso el residente se incorporará en la parte del programa de formación que acuerde la comisión de docencia de la especialidad, incluso aunque ello pudiese suponer la repetición de algún periodo ya evaluado positivamente. Se preserva así el objeto formativo perseguido por el sistema de residencia, cuya consecución viene condicionada por el rápido avance de las Ciencias de la Salud, como explícitamente declaran los artículos 9.2 y 10.2 RD 1146/2006.

En fin, señalar que las soluciones normativas contenidas en estas dos reglas -que recogen criterios previamente madurados en sede de la doctrina jurídico-laboral¹²³-, resultan francamente equilibradas, por lo que deben valorarse positivamente. En efecto, no parece contemplarse en la normativa comunitaria y nacional aplicable ningún impedimento para que la formación en régimen de residencia deba ser impartida de manera continuada, o al menos no pueda ser interrumpida por causas objetivas y justificadas más allá de lo razonable; y por otra parte, tampoco parece que se deriven costes presupuestarios excesivos como consecuencia tanto de las prórrogas como de las repeticiones, en la medida en que durante la suspensión del contrato quedan interrumpidas las obligaciones retributivas y de Seguridad Social.

VI.- LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN.

6.1.- Causas de extinción del contrato de trabajo de residencia:

El artículo 11.1 RD 1146/2006 enumera, en sus diez apartados, el elenco de las causas extintivas del contrato de trabajo de residencia. Se contiene en este precepto una simple adaptación, con ciertas peculiaridades y adaptaciones, de algunas de las causas

¹²¹ Vid. artículos 25.1 y 25.2 de la Directiva 93/16/CE, reguladora de la libre circulación de médicos y el reconocimiento mutuo de sus diplomas, certificados y otros títulos, hoy día incorporada a la más genérica Directiva 36/2005/CEE, sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales.

¹²² Dicho acuerdo podrá celebrarse tanto al inicio del descanso como en un momento posterior, pudiendo extenderse a todo el periodo de descanso o sólo a parte del mismo. Podrá igualmente ser disfrutado tanto por la madre como por el padre, en cualquiera de los supuestos de disfrute simultáneo o sucesivo, de tal modo que el periodo durante el que se disfrute -de modo siempre ininterrumpido- el permiso se ampliará proporcionalmente en función de la jornada de trabajo que se realice. Este permiso de maternidad a tiempo parcial, no obstante, resulta incompatible con el disfrute simultáneo de los derechos previstos en los apartados 4 y 4 bis del artículo 37 ET y con la reducción de jornada del artículo 37.5 ET.

¹²³ Vid. J.M. GOERLICH PESET: "Los médicos residentes: un supuesto especial...", op. cit., p. 79.

extintivas de la relación laboral común; y al tiempo, una simple remisión -o alusión directa, según los casos- a las propias causas extintivas del artículo 49 ET. Las peculiaridades que tienen que ver, lógicamente, con la propia función de soporte que el contrato de trabajo -como se sabe, de duración temporal-, desempeña en relación con la realización del programa formativo. Así las cosas, se propone una sistematización de dichas causas extintivas en dos grandes bloques: por un lado, a) las que se encuentran directamente relacionadas con la realización, o la falta de realización en términos satisfactorios del programa de residencia o de sus distintas etapas anuales: en este segundo caso, bien por causas imputables al residente o al centro sanitario. Y, por otro lado, b) las demás causas de extinción del contrato de residencia, que están vigentes en los mismos términos que en el ET.

A) *Causas de extinción específicamente relacionadas con la realización, o falta de realización en términos satisfactorios, del programa de formación y de sus etapas anuales:*

1) En primer lugar, el contrato de trabajo de residencia se extinguirá definitivamente como consecuencia de la culminación con éxito del programa formativo; esto es, concretamente, una vez que se haya obtenido una *evaluación anual positiva en el último año de formación*, finalizándose así la realización de la especialidad correspondiente (artículo 11.1 a) RD 1146/2006). Es esta, por tanto, lo que podríamos denominar como la causa ordinaria de terminación definitiva de la relación laboral de residencia -una vez que ya no procede obviamente la realización de sucesivas prórrogas-. Puesto que se trata de un contrato temporal, esta causa extintiva no sería otra cosa, en definitiva, que la proyección al caso concreto de la prevista con carácter general en el artículo 49.1 c) ET, esto es, la expiración del tiempo convenido en los contratos de duración determinada. En el contrato especial de residencia, al igual que sucede con los contratos formativos del ET, la norma reglamentaria deja claro que no procede la percepción de indemnización alguna por fin de

contrato¹²⁴. Por otra parte, dada la conexión directa con el precepto estatutario, cabe plantearse, especialmente en estos casos de extinción ordinaria del contrato de residencia, dos cuestiones vinculadas entre sí: si es necesario que el centro sanitario efectúe denuncia con quince días de antelación; y si de no realizarla, y continuar el residente prestando servicios asistenciales en el centro sanitario o unidad docente, la relación puede entenderse transformada tácitamente en un contrato indefinido. En nuestra opinión, ambas deben responderse de manera afirmativa: de continuar el residente prestando servicios asistenciales para el centro sanitario una vez obtenido el título de especialista, ha de presumirse la voluntad tácita de ambas partes reconducir la relación laboral hacia un contrato indefinido -salvo que el centro sanitario pudiese probar la existencia de una causa de temporalidad-. Pareciendo poco discutible la vigencia supletoria de esta regla estatutaria, es conveniente pensar también que el centro sanitario debería formular la denuncia del contrato con una antelación de quince días, o al menos, en el momento en que le conste la obtención de la evaluación anual positiva en el último año de formación por parte del residente.

2) En segundo lugar el contrato de residencia se extinguirá en los casos en que el residente haya obtenido una *evaluación anual negativa*, sin que éste llegue, por tanto, a completar todo el programa formativo (artículo 11.1 b) RD 1146/2006). Tampoco en esta causa extintiva, equivalente al término -o a la condición resolutoria- del régimen laboral común, existe obviamente derecho a indemnización. El rigor de esta regla extintiva viene suavizada por dos previsiones ya conocidas: la de las prórrogas de recuperación permitidas por el Comité de evaluación (artículo 3.3 RD 1146/2006), o bien para completar o repetir el periodo formativo cuando la evaluación negativa derive de la imposibilidad de la prestación de servicios superior al 25% de la jornada anual (artículo 3.4 RD 1146/2006).

¹²⁴ Sobre la sintonía de esta previsión con la regulación del contrato formativo en prácticas, se pronuncia A. DE LA PUEBLA PINILLA: "La relación laboral especial de residencia...", *op. cit.*, p. 109.

3) En tercer lugar, el contrato de residencia se extingue igualmente si la *evaluación final es de carácter negativo* en el último año de formación (artículo 11.1 c) RD 1146/2006). Esta causa extintiva resulta operativa con independencia de que el residente solicite la revisión de dicha calificación por los cauces establecidos (D.A. 5ª, apartado 2)¹²⁵, y obviamente, como las anteriores, tampoco otorga derecho a indemnización alguna. También a este supuesto pueden resultar aplicables, no obstante, las dos prórrogas comentadas con anterioridad.

4) En cuarto lugar, por *renuncia voluntaria del residente*, que puede producirse tanto de forma explícita como tácita. Esta causa extintiva, que equivale, en definitiva a la dimisión *ad nutum* del artículo 49.1 d) ET, se entiende efectuada tácitamente, en particular, cuando tras una evaluación negativa se haya autorizado la repetición completa del periodo formativo y el residente no se incorporara a su inicio, o cuando no se incorpore al plan específico de recuperación acordado por el Comité de evaluación, sin causa justificada en ambos casos (artículo 11.1 d) RD 1146/2006).

5) En quinto lugar, el contrato de residencia puede extinguirse en virtud de ciertos supuestos en los que la falta de realización del programa formativo –o más bien, la imposibilidad de hacerlo– es imputable a la unidad docente acreditada y no al residente: en concreto, cuando se produzca un periodo de *suspensión del contrato de trabajo motivada por fuerza mayor temporal, o causas económicas, técnicas, organizativas o de producción*; y dicho periodo llegue a exceder el límite de *seis meses de duración* (artículo 11.1 f) RD 1146/2006). Realmente, de todo el elenco de causas extintivas del contrato de residencia, ésta es la única verdaderamente original, que es fruto de una proyección ni de una remisión al régimen general. Su razón de ser, en definitiva, es la de posibilitar que en tales casos de suspensiones del contrato no imputables al residente, en las que éste está capacitado para continuar trabajando, pueda de

hecho hacerlo, retomando el proceso formativo en otra unidad docente acreditada. Para lo cual es preciso la extinción del contrato, y la suscripción de otro sucesivo con la entidad titular de la unidad docente acreditada que sea ofrecida por la Administración sanitaria. No se contempla en relación con esta peculiar causa extintiva, la percepción de una indemnización por parte del residente, lo cual quizá hubiese sido oportuno, teniendo en cuenta tanto su analogía con otras causas extintivas del régimen común¹²⁶, como el hecho de que la interrupción prolongada del programa formativo puede ciertamente causar perjuicios al residente.

6) En sexto lugar, el contrato de trabajo de residencia se extinguirá *cuando la autoridad competente retire a la unidad docente acreditada la acreditación para la formación de especialistas* (artículo 11.1 e) *in fine* RD 1146/2006). La protección del residente en este caso pasa igualmente por la oferta de otra plaza por parte de la Administración sanitaria en otra unidad docente acreditada, con cuya entidad titular el residente suscribirá un nuevo contrato, sin que se prevea tampoco en la norma reglamentaria derecho indemnizatorio alguno.

B) *Causas de extinción del contrato de residencia coincidentes en sus propios términos con el régimen laboral común:*

Junto a los supuestos extintivos enumerados con anterioridad, el artículo 11 RD 1146/2006, en el resto de sus apartados viene a declarar aplicables, bien por remisión directa, o bien por recepción expresa, las siguientes causas extintivas del régimen laboral común: 1) muerte, jubilación o incapacidad del empresario, o extinción de la personalidad jurídica de la entidad contratante; 2) fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo; 3) despido colectivo; 4) voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario; 5) despido disciplinario; 6) jubilación del trabajador; 7) muerte, gran invalidez o invalidez permanente total o absoluta del residente; 8) decisión de la trabajadora residente que se vea obligada a

¹²⁵ Téngase en cuenta que en tales casos el proceso de revisión puede prolongarse hasta más allá de un año, como consecuencia de la posibilidad de una prueba extraordinaria que permita al residente, en su caso, obtener el título de especialista.

¹²⁶ En este sentido, A. DE LA PUEBLA PINILLA: “La relación laboral especial de residencia...”, *op. cit.*, p. 109.

abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

En relación con todas estas causas extintivas, su régimen jurídico queda igualmente remitido, con carácter general, a los preceptos estatutarios. Sólo en relación con el despido disciplinario, la normativa recuerda la aplicabilidad (supletoria) del régimen disciplinario contemplado en el propio reglamento, y en particular, la reserva de esta figura extintiva para las faltas muy graves (artículo 14.3 RD 1146/2006) tipificadas en el convenio colectivo o, en su defecto, en el Estatuto Marco.

Cabe únicamente llamar la atención sobre la ausencia de recogida de las causas extintivas derivadas de la estipulación de pactos o cláusulas extintivas entre el residente y la entidad titular del centro sanitario. De hecho, las únicas causas de extinción del contrato común de trabajo que no están vigentes en la relación laboral especial de residencia serían las contempladas en los dos primeros párrafos del artículo 49.1 ET, esto es, el mutuo acuerdo de las partes y las causas consignadas en el contrato. Siendo lícita la renuncia del residente, no lo son en cambio los pactos indemnizatorios sobrevenidos, ni tampoco la estipulación de términos o condiciones resolutorias de ningún tenor, más allá de los que la propia normativa contempla en relación con la superación o falta de superación de los periodos formativos.

6.2.- Efectos de la extinción del contrato de trabajo de residencia. Repercusiones sobre la continuidad o no de la formación especializada:

Dejando al margen, como se ha apuntado, la aplicabilidad, con carácter general, del régimen jurídico propio de cada una de las causas extintivas, el artículo 11 RD 1146/2006 contempla tres previsiones o efectos genéricos, comunes a varias de ellas, destinados a completar, matizar –o en algún caso, corregir– dicho régimen general. Estas tres previsiones viene guiadas por un propósito común a todas ellas: se trata de impedir que la extinción del contrato de residencia por razones no imputables al residente lleve consigo la terminación definitiva del

proceso formativo conducente a la obtención de la especialidad, privando al mismo irrazonablemente de una expectativa ganada con la previa superación de una prueba de acceso a la formación especializada. Estas tres previsiones, reguladas en los artículos 11.2, 11.3 y 11.4 RD 1146/2006 son las siguientes:

1) La posibilidad de continuación de la formación en otras unidades acreditadas, en ciertos supuestos extintivos no imputables al residente: cuando la extinción del contrato de residencia tiene lugar por causas no imputables al residente, la Administración sanitaria ha de ofrecer necesariamente a los residentes afectados la posibilidad de continuar su formación como especialistas en otras unidades docentes, suscribiendo nuevos contratos con las entidades titulares de las mismas que darán por válidos los periodos de formación ya realizados y evaluados positivamente en la unidad docente de procedencia (artículo 11.2 RD 1146/2006). Tales supuestos extintivos no imputables al residente vienen, en este caso, expresamente fijados por la propia norma: muerte, jubilación o incapacidad del empresario, o extinción de la personalidad jurídica de la entidad contratante; fuerza mayor que imposibilite definitivamente la prestación de trabajo; despido colectivo; voluntad del trabajador, fundamentada en un incumplimiento contractual del empresario; retirada a la unidad docente de la acreditación para la formación de especialistas; suspensión por causas imputables al empresario que exceda de seis meses; ó decisión de la trabajadora residente que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género.

Se configura aquí un verdadero derecho subjetivo del trabajador residente, dirigido a preservar la posibilidad efectiva de que el residente pueda culminar el programa de formación, y por tanto obtener el título de especialista. No precisa la norma cuál es la Administración sanitaria encargada de satisfacer el derecho: esta podría ser, pues, la estatal, que es, en definitiva, ante quien el residente superó un concurso público para obtener una plaza de formación, o bien, en su caso, la autonómica a través de los mecanismos de coordinación al efecto.

En relación con las residentes víctimas de violencia de género, se aprecia una cierta falta de sintonía -acaso sólo aparente- entre el artículo 11 (apartados 1 j) y 2), y la D.A. 4ª RD 1146/2006. Y es que esta última disposición, prevista para cuando la trabajadora necesite abandonar la localidad en la que preste sus servicios, solamente concede un “derecho preferente a que se le asigne otra plaza de residente en formación en la misma titulación y especialidad *que esté vacante*” en otra unidad docente. Con todo, de la lectura conjunta de ambos preceptos quizá pueda extraerse una suerte de protección escalonada: de no existir, en primer término, una plaza vacante para ofrecer a la residente (que podría ser ocupada transitoriamente, con suspensión del contrato inicial; o bien definitivamente, tras el transcurso de seis meses, con extinción del inicial), quedará siempre a su disposición la opción directamente extintiva del 11.1 j) RD 1146/2006, a resultas de la cual será ya obligada la oferta por parte de la Administración sanitaria correspondiente de una nueva plaza de especialista en formación.

2) *El derecho de opción del residente por la readmisión en el supuesto de despido disciplinario calificado como improcedente*: calificado un despido como improcedente a través de una sentencia que sea firme, será el residente, y no la entidad titular de la unidad docente acreditada, quien tendrá derecho a optar entre la readmisión y la indemnización. Resulta perfectamente comprensible, pues, desde el punto de vista de su razón de ser -no menoscabar injustamente las expectativas profesionales del residente derivadas de su derecho a poder culminar el proceso formativo, una vez obtenida una plaza en un concurso público-, y valorable positivamente, esta corrección del régimen laboral común. Ahora bien, quizá mereciese la pena que la tutela del residente en estos supuestos se hubiese completado con un derecho alternativo, también potestativo, a reanudar la formación en otra unidad docente: esto es, a la extensión de la regla anteriormente comentada contenida en el artículo 11.2 RD 1146/2006 también a los casos de despido declarado improcedente por sentencia firme. Y es que, ciertamente, la situación en que puede quedar el residente en el centro sanitario, tras la iniciativa extintiva frustrada de extinción a cargo del

mismo, puede que no sea la más idónea para ser evaluado en condiciones de neutralidad y objetividad.

Aunque la norma reglamentaria nada dice expresamente, y hubiese sido quizá conveniente la incorporación de un simple reenvío o recordatorio expreso, resultan a nuestro juicio plenamente aplicables las disposiciones contenidas en los artículos 280 a 282 LPL, en relación con las sentencias firmes de despido que, por implicar la readmisión del trabajador, han de ejecutarse en sus propios términos.

En todo caso, si el residente optase por la readmisión, y -como consecuencia de la interposición de recursos- hubiese transcurrido un tiempo superior a dos años desde el despido hasta el momento de la ejecución de la sentencia, al igual que en los supuestos de suspensiones y excedencias que superen dicha duración, el residente se incorporará en la parte del programa formativo que decida la comisión de docencia de la especialidad, aunque ello suponga la repetición de periodos evaluados positivamente. La norma reglamentaria reenvía, en este punto, al existir una completa analogía, a lo previsto en el artículo 9.2 RD 1146/2006 al respecto, en atención a los imperativos derivados del rápido avance de las ciencias de la salud.

3) La conservación (excepcional) de los derechos derivados de la superación de la prueba anual selectiva en supuestos de extinción no imputables al residente: aunque formulada en negativo, y como criterio de excepción, este parece ser el sentido de la regla que se formula en el artículo 11.4 RD 1146/2006, ya que, con carácter general, la extinción del contrato de trabajo de residencia llevará consigo también la de los derechos derivados de la superación de la correspondiente prueba nacional selectiva. Por tanto, una vez extinguido el contrato, para acceder a un programa de formación de la misma especialidad o de otra diferente se exigirá en principio la superación de una nueva prueba, “salvo cuando la causa de la extinción no sea imputable al residente”. El sentido de este inciso excepcional, y su efecto tutelar real para el residente son una verdadera incógnita, si es que el intérprete pretende extraer de la

misma algún tipo de valor añadido en relación con lo anteriormente dispuesto en el artículo 11.2.

VII.- LA RESPONSABILIDAD DEL PERSONAL RESIDENTE EN FORMACIÓN.

7.1.- La responsabilidad disciplinaria del personal residente en formación:

El Capítulo III del RD 1146/2006 (artículos 12-16) regula el régimen disciplinario del personal residente en formación por el sistema de residencia. Dicho personal, al igual que los demás trabajadores por cuenta ajena, está sometido al ejercicio del poder disciplinario, y por consiguiente, “incurrirá en responsabilidad disciplinaria por las faltas que cometa”. Esta es la premisa de partida establecida en el propio artículo 12 RD 1146/2006 con carácter previo a la regulación de las peculiaridades que revisten el ejercicio de tal facultad empresarial. Son básicamente cuatro las particularidades que caracterizan el ejercicio de este poder en la relación laboral especial de residencia, las cuales serán comentadas seguidamente.

1) *La vigencia supletoria de la tipificación de las faltas disciplinarias establecida en el EM:* Llama la atención, en primer término, la decisión del legislador reglamentario de remitirse, en atención supuestamente a “las características especiales de esta relación laboral” a la tipificación de las faltas “establecida para el personal estatutario (...)”, salvo que los convenios colectivos determinen otra cosa”, en cuyo caso, al igual que sucede en dicho texto legal, las faltas disciplinarias pueden ser leves, graves o muy graves (artículos 13.2 y 13.1 RD 1146/2006). No debe pasar desapercibida la existencia de una cierta contradicción en la justificación ofrecida por este precepto: en efecto, si la peculiaridad más señalada de esta relación jurídica es precisamente su carácter formativo -a diferencia de la relación jurídica regulada en el EM, cuyo carácter funcional se refleja claramente en la propia configuración de las faltas¹²⁷ -

¹²⁷ Vid., en este sentido, P. GONZÁLEZ SALINAS – E. LIZÁRRAGA BONELLI (Coord.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, op. cit., p. 802.

, parecería más lógico, tal y como señalaba en su informe el Consejo de Estado, que la tipificación de las faltas aplicables a los residentes en formación apareciese más vinculada a los rasgos específicos de su relación laboral, y muy en particular a los deberes específicos que se les imponen en el artículo 4.2 RD 1146/2006¹²⁸.

La intención del legislador reglamentario, tal y como revelaba la propia memoria justificativa del Proyecto de Real Decreto, era la de otorgar seguridad jurídica en el ámbito del régimen disciplinario del personal residente, en tanto la negociación colectiva se encargase de regular el régimen disciplinario de este colectivo, mediante dicha remisión al artículo 72 EM. Dicho precepto, de inspiración, como se ha dicho, netamente funcional, regula un elenco numeroso y detallado de faltas muy graves, graves y leves, que además, las CC.AA. pueden completar estableciendo, mediante normas con rango de ley otras faltas además de las anteriores (artículo 72.5 EM), que serán aplicables en su caso, con carácter supletorio, al personal residente. La doctrina administrativista se ha ocupado de anotar el significado y alcance de cada una de las infracciones tipificadas en el marco legal estatal, a partir de su propia experiencia aplicativa¹²⁹.

La aplicación supletoria de la tipificación de las faltas del personal estatutario se proyecta, por otra parte, tanto sobre los residentes que presten sus servicios en centros o unidades docentes pertenecientes al SNS, como también sobre los de centros privados “en defecto de regulación en el convenio colectivo aplicable” (artículo 13.2, 2º párrafo RD 1146/2006)¹³⁰.

¹²⁸ Vid. Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Real Decreto por el que se regula la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, de 28/9/2006 (Referencia: 1717/2006, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales), p. 12.

¹²⁹ Cfr., para un completísimo estudio, P. GONZÁLEZ SALINAS – E. LIZÁRRAGA BONELLI (Coord.): *Comentarios a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud*, op. cit., pp. 803-857.

¹³⁰ No existe, pese a que el precepto acaba utilizando una expresión diversa, ninguna diferencia de trato entre ambos colectivos en cuanto al carácter supletorio de la tipificación de faltas disciplinarias contenidas en el artículo 72 EM, una vez que la norma reglamentaria ha recogido

Será, por consiguiente, a los convenios colectivos aplicables en cada ámbito a los que corresponda –lo cual resulta, a nuestro juicio, más que conveniente– llevar a cabo una tipificación de las faltas laborales de los residentes que se ajuste en mayor medida a los incumplimientos de los deberes y obligaciones básicos propios de esta relación laboral especial, coherente con el marco básico de deberes y obligaciones contenido en el artículo 4.2 RD 1146/2006. Sería deseable, en este sentido, que los convenios colectivos hiciesen además un cierto esfuerzo por tipificar de un modo más simple, breve, y sistemáticamente más correcto las infracciones, evitando las reiteraciones y superposiciones de que adolece el régimen supletorio de origen funcional¹³¹.

2) *Las sanciones aplicables al personal residente*: Igualmente con carácter supletorio, a la espera de la regulación que disponga la negociación colectiva sobre el particular, el artículo 14 RD 1146/2006 dispone que “salvo que los convenios colectivos dispongan otra cosa, las sanciones correspondientes a las faltas disciplinarias cometidas serán las siguientes: 1) por faltas leves, apercibimiento; por faltas graves: suspensión de empleo y sueldo hasta un máximo de dos meses; y 3) por faltas muy graves: despido”.

La opción reglamentaria por limitar las sanciones a estos tres tipos tiene mucho que ver, desde luego, con las peculiaridades de la relación laboral de residencia: quedan excluidas así ciertas sanciones que contempla el EM, tales como por ejemplo los traslados -con o sin cambio de localidad-¹³², y se limita la suspensión de empleo y sueldo a una duración temporal máxima que no conlleva automáticamente la evaluación negativa de la anualidad corres-

pondiente; de suerte que, por consiguiente, sólo las infracciones laborales muy graves impiden la continuidad en condiciones normales del desarrollo del programa formativo. No obstante, la propia rigidez normativa podría, en ciertos casos, acabar teniendo efectos no deseados: en supuestos de comisión de una infracción muy grave por parte del residente, por ejemplo, las instancias competentes podrían decidir no ejercer el poder disciplinario en ningún grado, dado que ello conllevaría necesariamente la extinción del contrato de trabajo, y ello además, como se sabe, acompañado de la pérdida de los derechos derivados de la obtención de la plaza.

Ciertamente, el carácter supletorio de la norma reglamentaria está destinado a funcionar a modo de válvula de escape compensadora de dicha rigidez: será la negociación colectiva la que pueda, como parece deseable, dotar de cierta flexibilidad a este marco normativo, corrigiendo la correspondencia estricta entre infracciones y sanciones determinada por el artículo 14; así como introduciendo, en su caso, otras posibles sanciones siempre y cuando las mismas respeten lo dispuesto en el artículo 58.3 ET: ilicitud de la reducción de las vacaciones, minoración de los derechos al descanso y de las multas de haber (v. gr., suspensiones de empleo y sueldo de más de dos meses de duración para los supuestos de infracciones muy graves, que, pudiendo conllevar un retraso en la culminación del programa formativo, no impliquen necesariamente ni la extinción del contrato ni la pérdida de la plaza, etc.).

3) *El procedimiento disciplinario aplicable al personal residente en formación*: No resulta disponible para la negociación colectiva, en cambio, el procedimiento disciplinario, materia en que rige plenamente lo dispuesto en el artículo 15 RD 1146/2006, un marco reglamentario susceptible, como mucho, de aceptar una relación de detalle por parte del convenio colectivo que resulte aplicable¹³³. Se trata de un procedimiento disciplinario articulado en cuatro fases: se da cabida a la intervención arti-

las observaciones formuladas por el Consejo de Estado también a este respecto.

¹³¹ En todo caso, por lo que se refiere a las faltas de asistencia al trabajo, no cabe computar (artículo 13.3 RD 1146/2006), las aludidas en el artículo 52 d) ET: huelga legal, actividades de representación, accidente de trabajo, maternidad (y paternidad), riesgo durante el embarazo, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia (y riesgo durante la lactancia natural), licencias, vacaciones, enfermedad o accidente no laboral o derivadas de violencia de género.

¹³² Artículo 73.1 b) y d) EM.

¹³³ Lo cual puede ser especialmente oportuno en los convenios colectivos aplicables a centros y unidades titularidad privada, de cara a esclarecer y determinar con precisión los niveles que participan en el propio procedimiento sancionador.

culada de tres instancias de responsabilidad diversas en relación con la formación del residente (instancias de gestión de personal del centro sanitario; órgano competente para la imposición de sanciones disciplinarias en la institución sanitaria de la que dependa la unidad docente; y comisión de docencia); y finalmente se contempla la información, en su caso, a las instancias representativas del colectivo laboral.

Así las cosas, la iniciativa en materia disciplinaria queda residenciada en el centro o unidad docente acreditada en el que se encuentre adscrito el residente: será el responsable de la gestión de personal de dicho centro o unidad el que, de hecho, ha de comunicar al residente por escrito la fecha y los hechos que se consideren incluidos en alguno de los supuestos de incumplimiento previstos en la normativa aplicable, y su posible calificación, en los mismos términos que dispone el artículo 58.2 ET para los trabajadores del régimen común. La recepción de dicha comunicación formal de apertura de expediente disciplinario abrirá un plazo de diez días para que el residente pueda formular las alegaciones que estime oportuno para apoyar su defensa. E igualmente, cuando se trate de faltas graves o muy graves, el centro o unidad dará traslado de dicho escrito a la comisión de docencia para que, en el mismo plazo de diez días, pueda manifestar su criterio¹³⁴.

La competencia para la imposición de sanciones corresponderá, en cambio, al órgano competente en materia disciplinaria de la institución sanitaria de la que dependa la unidad de docencia (en el caso del SNS, en el supuesto más frecuente, las instancias competentes dentro del respectivo servicio autonómico de salud).

Y finalmente, al igual que en el régimen laboral común, corresponderá al comité de empresa la recepción de información cuando se sancione a los residentes como consecuencia de la comisión de faltas muy graves: el artículo 15.4 RD 1146/2006 no contiene en este punto más que un simple pero

oportuno recordatorio de la plena vigencia en este punto del artículo 64.1 7º ET.

Huelga señalar que, frente a la imposición de sanciones disciplinarias, el residente podrá siempre instar la revisión de la valoración de las faltas y de las correspondientes sanciones ante la jurisdicción competente (artículo 58.2 ET), a través del proceso especial de despidos y sanciones regulado en los artículos 103 y ss. LPL.

4) *Prescripción de las faltas disciplinarias cometidas por los residentes*: Al igual que sucede en el régimen laboral común (artículo 60.2 ET), las faltas leves cometidas por los residentes prescribirán a los diez días; las graves a los veinte días; y las muy graves a los sesenta días a partir de la fecha en que el centro, como instancia competente para tomar la iniciativa en materia sancionadora, tuvo conocimiento de su comisión; y en todo caso, según la regla tradicional que rige la prescripción “larga”, a los seis meses de haberse cometido (artículo 16.1 RD 1146/2006).

La única peculiaridad en este terreno viene dada por la previsión expresa de criterios de interrupción de la prescripción: ésta se interrumpirá con las notificaciones por escrito tanto al residente como a la comisión de docencia previstas en el artículo 15.2 RD 1146/2006, reanudándose el cómputo una vez pasado el periodo de diez días establecido para hacer alegaciones —o habría que añadir, “consideraciones”, en el caso de la comisión de docencia—. En principio, lo lógico es que la notificación formal a ambos se produzca simultáneamente; pero, de no ser así, por haber sido notificada con retraso la comisión de docencia, habrá que entender, a nuestro juicio, que la interrupción de la prescripción durará hasta que finalice el plazo para que la comisión de docencia pueda manifestar su criterio.

7.2.- La responsabilidad profesional del personal residente en formación: algunas consideraciones básicas en materia penal, administrativa y civil.

Si la imputación de responsabilidad a los profesionales sanitarios en general constituye una temática especialmente compleja, en la que se entrecruzan

¹³⁴ Siendo éste el órgano encargado de la organización y gestión de la formación especializada en el centro sanitario, es lógica su intervención en este procedimiento, pudiendo hacer valer las consideraciones que estime oportunas de cara a ser tenidas en cuenta por el órgano competente para sancionar.

además ámbitos de regulación jurídica informados por principios y pautas de ordenación diversas (básicamente, de orden penal, administrativo y civil), las dificultades se multiplican en los supuestos en los que media la actuación de especialistas en formación. Sin ánimo de emprender aquí un estudio en profundidad de esta problemática –que requeriría, desde luego, de un trabajo monográfico sobre el particular–, sí que resulta conveniente exponer algunas de las pautas de ordenación básicas que se encuentran vigentes en este terreno. Y es que, por otra parte, el examen de lo que podríamos denominar como el “estado de la cuestión” en este terreno, permite apreciar el sentido de algunas de las previsiones reglamentarias contenidas en el RD 1146/2006, las cuales cobran un significado propio justamente a partir de su engarce con el propio sistema de responsabilidades que se encuentra vigente.

Como punto de partida conviene tener bien presente que durante la realización de un programa formativo en régimen de residencia, la capacidad de actuación profesional del residente va incrementándose desde la esfera de actuación propia del titulado universitario (médico, en el supuesto más habitual) hasta la del especialista, pasando por diversas etapas formativas que determinan la adquisición progresiva de habilidades profesionales según lo dispuesto en el propio programa de formación. De este modo, la actuación profesional del residente, en tanto que integrada “en la actividad asistencial, ordinaria y de urgencias del centro sanitario” (artículo 4.1 c) RD 1146/2006) abarcará tres tipos de actuaciones: a) en primer lugar, las amparadas por su título formativo universitario; b) en segundo término, las actuaciones planificadas dentro del plan formativo-asistencial, el cual proporciona un fundamento a la progresiva encomienda de funciones más sofisticadas y complejas al residente, así como de colaboraciones progresivamente más intensas en las tareas asistenciales (*v. gr.*, de la mera supervisión de un tratamiento previamente establecido por un especialista, hasta la toma de decisiones autónomas que resulten accesibles para su grado de formación, sin presencia directa o en

ausencia de aquél, etc.)¹³⁵; y c) en tercer término, las situaciones de urgencia, en las que la intervención facultativa, médica en particular, en ausencia de la posibilidad inmediata de contactar con un especialista, sería no ya sólo permitida, sino obligada por imperativos de naturaleza no sólo deontológica sino penal, vinculados a la denegación del deber de socorro (artículo 196 C.P.). Incluso en este tercer caso, obviamente, podrá incurrir el residente en las responsabilidades que procedan, si, por ejemplo, la urgencia no fue tal, o bien si a pesar de la urgencia, el comportamiento del residente fuese negligente.

Sentado lo anterior, la temática de la responsabilidad profesional de los residentes, como se apuntaba anteriormente, se ubica en una encrucijada donde converge la aplicación de disposiciones pertenecientes a tres ámbitos del ordenamiento jurídico: el penal, el civil y el administrativo: este último, en los supuestos –por otra parte, mayoritarios– en los que los residentes desempeñan sus funciones en centros o unidades acreditadas de titularidad pública.

Centrándonos, pues, prioritariamente en el supuesto de residentes que prestan sus servicios en centros públicos, conviene tener en cuenta, como premisa de partida, que la exigencia de responsabilidad patrimonial deberá ir dirigida directamente a la Administración pública. Tal criterio es el que, en aras de la efectividad del propio resarcimiento de daños, viene impuesto por los artículos 145 y 146 L.R.J.A.E.-P.A.C. Pero es que dicha regulación, por otra parte, excluye actualmente la existencia de responsabilidad civil de quienes prestan sus servicios en instituciones públicas desconectada de la penal¹³⁶; por consiguiente, los residentes vinculados contractualmente con centros públicos, sólo responderán civilmente cuando se trate del resarcimiento de daños derivados de la comisión de delitos o faltas. La

¹³⁵ En este sentido, el RD 1146/2006 se encarga de establecer que es un derecho del residente el de conocer tanto el programa de formación de la especialidad, como en su caso, “las adaptaciones individuales”: es el tutor quien, conociendo el grado de madurez del residente, y en función tanto de ello como del año de formación del residente, deberá ejercer una supervisión mayor o menor.

¹³⁶ La redacción actual de ambos procede de su reforma por parte de la Ley 4/1999, de 13 de enero, de modificación de la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Administración correspondiente, una vez que hubiese indemnizado, en su caso, a los lesionados, exigirá de oficio al personal a su servicio a través del ejercicio imperativo de una acción patrimonial en vía de regreso —no cabe ya discrecionalidad a este respecto, a partir de 1999—, la responsabilidad en que hubiesen incurrido por dolo, culpa o negligencia *graves*, ponderando, entre otros, criterios como el resultado dañoso producido, la existencia o no de intencionalidad, la responsabilidad profesional de dicho personal y su relación con la producción del hecho dañoso.

Sentada dicha premisa de partida, hay que decir que la responsabilidad penal de los profesionales sanitarios se circunscribirá de ordinario a supuestos de comisión por omisión imprudente, más que dolosa, de ciertos tipos penales contra la vida y la integridad física como son básicamente los de homicidio y lesiones¹³⁷. Comisión por omisión imprudente que remite, en su actual concepción dogmática, no ya a consideraciones de índole psicológico, sino normativo: esto es, la imprudencia médica se remitirá básicamente a la infracción de una “norma de cuidado” (la ley, los reglamentos de policía o empresa, y fundamentalmente, a la *lex artis*, y en menor medida, a la propia experiencia vivida por el profesional). A su vez, el “deber de cuidado” cuya infracción constituye la esencia misma de la negligencia sanitaria, tendría tanto una vertiente interna como otra externa: la primera, como proceso intelectual dirigido a advertir la existencia de peligros; la segunda, como deber de realizar un comportamiento externo correcto, según lo adecuado para cada situación, en virtud de lo dispuesto en las propias normas de cuidado.

En este sentido, resulta ampliamente compartido que, en relación con la comisión de un delito de imprudencia, la posición de garante y el deber de actuar de un residente en formación no podrían, en principio, considerarse como equivalentes a los de un especialista ya titulado, dado que las relaciones entre

ambos, especialistas y residentes, quedaría regida por un principio de “división vertical” —y no horizontal— del trabajo sanitario¹³⁸, en tanto en cuanto la actividad asistencial de los residentes ha de ser tutelada, controlada y supervisada por sus superiores jerárquicos (adjuntos, jefes de sección, jefes de servicio, y particularmente, el tutor del residente). Indudablemente, **el RD 1146/2006 viene a fortalecer este principio del “trabajo vertical” de manera explícita**, a través de ciertas previsiones contenidas, en forma de derechos laborales del residente en el artículo 4.1, particularmente en los apartados b), c) y f): derecho a la designación de un tutor “que le asistirá” durante el desarrollo de las actividades previstas en el programa de formación; derecho a recibir una práctica profesional progresiva en cuanto a la asunción de responsabilidades; y especialmente, derecho a conocer qué profesionales de la plantilla están presentes en la unidad en la que el residente está prestando servicios, y a “consultarles y pedirles su apoyo cuando lo considere necesario”, sin que ello pueda suponer la denegación de asistencia o el abandono de su puesto. En el nuevo marco normativo de la relación laboral especial de residencia, en definitiva, queda meridianamente claro que la actividad profesional asistencial desempeñada por un residente ha de estar sometida a supervisión.

Así las cosas, los profesionales sanitarios que ostentan una superioridad jerárquica, en el caso de incumplimiento de sus deberes de instrucción, control y, en definitiva supervisión, pueden resultar penalmente responsables de las imprudencias que pueda cometer un residente. Lo cual no significa que éste quede necesariamente eximido de responsabilidad, si, debiendo ser revisado, no se somete a revisión, o si se excede en el ámbito de su actuación profesional más allá de sus propias capacidades. En realidad, el RD 1146/2006 viene, a nuestro juicio, a reforzar, aportando un sustento jurídico formal, la pauta de conducta asumida ordinariamente por la

¹³⁷ Para un estudio integral y sistemático de la responsabilidad penal por actuaciones del personal sanitario (delitos contra la vida e integridad física, delitos contra la libertad, y objeción de conciencia como posible límite a la responsabilidad penal), cfr. M.C. GÓMEZ RIVERO: *La responsabilidad penal del médico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, especialmente pp. 325 y ss.; así como P. GÓMEZ PAVÓN: *Tratamientos médicos: su responsabilidad civil y penal*, Bosch, Barcelona, 1997.

¹³⁸ Cfr. entre otros, siguiendo el análisis jurisprudencial, A. JORGE BARREIRO: “La imprudencia profesional del médico en el nuevo Código Penal español de 1995”, en *La responsabilidad civil y penal del médico*, Colegio Oficial de Médicos de Madrid, Madrid, 1999, p. 140; así como L.F. BARRIOS FLORES: “La responsabilidad profesional del médico interno residente”, *Derecho y Salud*, n° 11, 2003, p. 16.

propia práctica profesional: a saber, la de la apreciación subjetiva por parte del residente de la necesidad o no de revisión de sus actuaciones en el terreno asistencial¹³⁹. Corresponderá al propio residente, en definitiva, determinar la necesidad o conveniencia de someter a supervisión sus decisiones en cada caso, en atención a su grado de formación, experiencia previa y madurez profesional. El RD 1146/2006 parece ser consciente, de algún modo, de que en la práctica, y debido a la fuerte presión asistencial que es habitual en los centros sanitarios, la supervisión de los residentes no tiene lugar en los términos que cualitativa y cuantitativamente serían convenientes, por lo que ha decidido reforzar la posición de aquellos concediendo ciertos derechos de supervisión y apoyo, que al tiempo pueden servir para fundamentar y clarificar las responsabilidades de otros profesionales implicados.

En este sentido, el acto de supervisión de las actuaciones del residente es el que desplaza la responsabilidad cuando el especialista asume el caso: será, en principio éste quien responda, con independencia de que el residente haya podido concurrir con carácter previo, simultáneo o posterior en una actuación imprudente. Desde el momento en que se produce una derivación del paciente al especialista, el residente quedaría, en principio, y salvo tales casos, exento de responsabilidad, la cual se desplazaría a aquél¹⁴⁰. Ahora bien, el residente puede responder penalmente si, por ejemplo, afronta por sí mismo una determinada decisión facultativa sin avisar a un especialista o superior, en los casos en que se produzca la asunción descuidada de un cometido para el que no se esté preparado ni autorizado (“imprudencia por asunción”)¹⁴¹.

Problemática específica es la que presentan, por otra parte, los errores de diagnóstico: según el crite-

rio jurisprudencial constante sobre este particular, éstos errores científicos no comportan, en principio, responsabilidad penal, salvo que revistan tal magnitud que sean la expresión del apartamiento de lo que hubiera detectado un médico de nivel y preparación similar y con un repertorio de medios a su alcance semejante¹⁴², revistiendo así una equivocación inexcusable. Queda, por consiguiente, fuera de la órbita penal, y más aún en el caso de actuaciones a cargo de residentes, la falta de pericia cuando ésta sea de naturaleza extraordinaria o excepcional.

Así las cosas, en definitiva, sólo cuando el residente que preste sus servicios en centros públicos incurra en un delito o falta¹⁴³, lo será también de los daños o perjuicios ocasionados (artículo 116.1 C.P.). Responsabilidad que, no obstante, puede activarse, al menos aparentemente, a través de dos vías procedimentales diversas: La primera, a través de la vía administrativa de regreso anteriormente aludida (artículo 145.2 LRJAE-PAC), de preceptivo ejercicio por parte de la Administración una vez que ésta haya respondido patrimonialmente frente al perjudicado, cuando el residente haya incurrido en dolo, culpa o negligencia graves¹⁴⁴. Pero también cabría teóricamente, en segundo lugar, la exigencia de responsabilidad penal directamente al personal sanitario, el cual en tal caso respondería directamente, siendo entonces la Administración solamente responsable de forma subsidiaria (artículo 121 C.P.): esta segunda posibilidad, no obstante, es acogida con reservas por parte de ciertos sectores de la doctrina administrativista, más aún a partir de la modificación de la

¹³⁹ Vid., en este sentido, la apreciación desde el terreno profesional de A. CALCEDO BARBA: “La responsabilidad del residente en Psiquiatría: manejo de las situaciones con riesgo de demanda” II Congreso de la Sociedad Española de Psiquiatría Legal, Alicante, 1994, p. 190.

¹⁴⁰ En sede civil asume esta tesis del desplazamiento de la responsabilidad, por ejemplo, la SAP Asturias, Sec. 6ª, Civil, de 9-6-2000 (EDJ 2000/20935).

¹⁴¹ Vid., por ejemplo, ya en sede penal, STS, 2ª, 28-12-1990 (EDJ 90/12099).

¹⁴² Cfr. SSTs, 2ª 27-5-1988 (EDJ 1988/4521); 12-3-1990 (EDJ 1990/2719); y 4-9-1991 (EDJ 1991/8418) y 21-4-1992 (EDJ 1992/3882).

¹⁴³ Aunque en relación con la responsabilidad subsidiaria del artículo 121 C.P., el Tribunal Supremo ha zanjado desde hace tiempo la interrogante sobre la extensión de la responsabilidad civil tanto a los delitos como a las faltas: cfr. STS 11-1-1997 (EDJ 1505); 17-1-1997 (Az. 1128); ó 26-9-1997 (EDJ 8668).

¹⁴⁴ La LRJAE-PAC remite, por tanto, en este punto, al empleo de las categorías civiles (en particular, el concepto de “culpa médica”, en la que enseguida se reparará) madurado por la doctrina y jurisprudencia del orden civil, aunque no resulten en este caso competentes los tribunales del orden civil, sino los del contencioso-administrativo.

LRJAE-PAC llevada a cabo por parte de la Ley 4/1999¹⁴⁵.

En el caso de residentes vinculados a centros o unidades docentes de titularidad privada, no se encuentra, en cambio, vedada la vía civil, desvinculada de la penal, para el ejercicio de acciones de resarcimiento de daños. En este terreno, la noción de “culpa médica”, largamente perfilada en el ámbito civil -en base a la existencia de obligaciones de medios y no de resultados por parte de las actuaciones facultativas-, constituye la referencia básica en la materia. Su proyección sobre el supuesto de actuaciones asistenciales de los residentes precisará, no obstante, de adaptaciones a las circunstancias concretas de la persona, tiempo y lugar que han de marcar, en cada caso, el grado de diligencia exigible¹⁴⁶. En este sentido, por una parte, como punto de partida, parece conveniente aplicar un plus de diligencia en el caso del facultativo que aún no está capacitado para actuar autónomamente como profesional sanitario: este, a cambio, dispone de la facultad de solicitar la tutela y apoyo de otros profesionales (artículos 4.1 b) y f) RD 1146/2006), por lo que, por consiguiente, con carácter general, el residente actuará de modo culposo cuando aborde intervenciones, tome decisiones o prescriba tratamientos inadecuados a su grado de formación. La extralimitación en la actuación del residente, así pues, en virtud de su grado de formación, o bien la falta de un cumplimiento adecuado de las instrucciones que se le suministren (artículo 4.2 b) RD 1146/2006) serán el argumento principal del que pueda derivarse la existencia de comportamientos negligentes exclusivamente protagonizados por el

residente, de los que se derivará responsabilidad una vez probado el necesario nexo de causalidad¹⁴⁷.

Otra cuestión será la posible existencia de culpas compartidas entre especialista y residente, si se demostrase la concurrencia cumulativa de un defectuoso cumplimiento de las funciones del primero; o bien la posible existencia de culpa exclusiva del especialista. Así las cosas, la doctrina civilista, de hecho, ha venido apoyando la tesis del desplazamiento de la responsabilidad civil del residente al especialista: salvo en supuestos de evidente negligencia personal del residente o “médico ayudante”, que cualquier facultativo sin experiencia hubiese podido evitar, parece lógico hacer recaer la responsabilidad sobre el especialista que tenga encomendada su formación científica¹⁴⁸, dada la existencia, como se ha dicho, de una división vertical del trabajo entre ambos¹⁴⁹.

Así las cosas, a efectos de la delimitación de la responsabilidad civil, será clave, en definitiva, distinguir entre las situaciones en las que el residente actúa en el marco de sus funciones, y cuando se extralimita. Pero, a su vez, en este segundo caso, es conveniente diferenciar los casos en los que lo haga sin ninguna justificación, de aquellos otros en los que se encuentre en una situación de urgencia y no exista tiempo suficiente ni otro facultativo al que solicitar apoyo. Si el daño tiene lugar por falta de vigilancia o dirección del tutor (artículo 4.1 b) RD 1146/2006), o bien por falta de asistencia de otro facultativo al que se le ha solicitado su apoyo (artículo 4.1 f) RD 1146/2006), se activará la responsabilidad in vigilando prevista en el artículo 1903 C.Civ., primer párrafo, basada no en actos propios sino en los de “aquellas personas de las que se debe

¹⁴⁵ En contra de la sostenibilidad de esta posibilidad, tras la Ley 4/1999, que incentiva decisivamente el carácter imperativo de la vía de regreso, citando a su vez a un amplio y cualificado sector de la doctrina administrativista, vid. L.F. BARRIOS FLORES: “La responsabilidad profesional del médico interno residente”, op. cit., p. 20, para quien, en suma, “parece a todas luces injusto que el personal sanitario responda o no por un mismo hecho dependiendo exclusivamente del tipo de estrategia procesal (penal-administrativa) que haya elegido el perjudicado.

¹⁴⁶ En este sentido, vid. J. FERNÁNDEZ COSTALES: Responsabilidad civil médica y hospitalaria, La Ley, Madrid, 1987, p. 80.

¹⁴⁷ Cfr., ampliamente, R. DE ANGEL YAGÜEZ: Responsabilidad civil por actos médicos. Problemas de prueba, Civitas, Madrid, 1999, pp. 109 y ss.

¹⁴⁸ Cfr. en esta línea, siguiendo el criterio doctrinal tradicional sobre los “médicos ayudantes” formulado por DE LA QUINTANA FERGUSON (La responsabilidad civil del médico, Madrid, 1949), J.M. FERNÁNDEZ HIERRO: Responsabilidad civil médico-sanitaria, Aranzadi, Pamplona, 1984, p. 168; E. LLAMAS POMBO: La responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos, Trivium, Madrid, 1988, p. 345.

¹⁴⁹ Tesis que asume igualmente, en la doctrina civil, A. PANIZA FULLANA: “La responsabilidad civil del médico interno residente (MIR)”, <http://aemir.org/responsabilidadcivil.htm>, p. 5.

responder”. Si el residente se ha extralimitado, llevando a cabo actuaciones no permitidas por el programa de formación y sus adaptaciones individuales, según el año de formación –documentos que tiene derecho y deber de conocer (artículos 4.1 a) y 4.2 a) RD 1146/2006), o lo ha hecho sin esperar el apoyo necesario de su tutor o de otro facultativo al efecto, o si responder a las instrucciones de éstos (artículo 4.2 b) RD 1146/2006), podrá responder directamente del daño producido por existir una actuación negligente por su parte¹⁵⁰. Ahora bien, si la extralimitación del residente o la falta de supervisión o apoyo se producen en una situación de urgencia, no encontraremos en supuestos en los que, en principio, no habrá de responder el residente, sino quizá de responsabilidad imputable a causas organizativas; todo ello, salvo que aparezca, de modo concurrente, una culpa grave por parte del residente, lo cual remitirá seguramente, una vez más, a su grado de conocimientos. El análisis casuístico de las distintas situaciones ofrece, por consiguiente, un panorama de geometría enormemente variable (culpa exclusiva del residente, culpa concurrente del residente y de uno o varios de los especialistas con obligaciones de tutela o apoyo, culpa del residente concurrente con culpa organizativa o institucional, culpa institucional exclusiva, etc.).

Conviene traer a colación, en último término, cómo el artículo 4.1 n) RD 1146/2006 reconoce el derecho del residente a recibir asistencia y protección en el ejercicio de su profesión o en el desempeño de sus funciones; derecho que remite a un trato igualitario con los demás profesionales sanitarios de la entidad pública o privada de que se trate. Aunque proclamado en términos generales y algo abstractos, este precepto viene a reconocer la obligación de otorgar cobertura asegurativa a la responsabilidad civil derivada de la actuación asistencial de estos profesionales, tal y como se había reclamado en la fase de elaboración del RD 1146/2006¹⁵¹.

¹⁵⁰ Vid. SAP Pontevedra 11-1-1997, ó, en el ámbito penal, la ya citada STS 28-12-1990.

¹⁵¹ Vid., por ejemplo, Propuesta de CC.OO. para el desarrollo de un Real Decreto del personal en formación en residencia, op. cit., p. 7; ó Propuestas de UGT sobre el Borrador de Real Decreto que regula la relación laboral de carácter especial del personal en formación por el sistema de residencia, op. cit., p. 12.

MODELOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA LA CONSTRUCCIÓN Y GESTIÓN DE INFRAESTRUCTURAS SANITARIAS.

David Larios Risco

Coordinador de Bioética y Derecho Sanitario del SESCOAM

Vicente Lomas Hernández

Jefe de Sección de Asesoramiento Jurídico y Desarrollo Normativo del SESCOAM

SUMARIO: I.- Planteamiento. II.- Formas de gestión de los centros sanitarios durante el proceso de consolidación del Sistema Nacional de Salud: **a) La beneficencia y la protección de la salud colectiva; b) La Previsión Social; c) La Seguridad Social; d) El Sistema Nacional de Salud; e) Nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.** III.- Fórmulas de colaboración público-privada para la construcción y explotación de infraestructuras del Sistema Nacional de Salud: **a) La CPP como concesión administrativa: i) Concesión de servicio público; ii) Concesión de obra pública; b) El contrato de colaboración público privada en el proyecto de la Ley de contratos del Sector Público; c) La creación por las Administraciones de entes instrumentales para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias: i) Creación de entes instrumentales de capital público y contratos “in house”; ii) Creación de entes instrumentales con participación de capital privado.** IV.- Algunos efectos de la implantación de fórmulas de colaboración público-privadas en el Sistema Nacional de Salud: **a) Efectos sobre el régimen de personal; b) Efectos sobre el régimen general de prestación de servicios no sanitarios; c) Efectos sobre la gestión de archivos y ficheros que contengan datos de salud; d) Efectos sobre el régimen de responsabilidad civil o patrimonial.**

I. Planteamiento.

A nadie escapa que una de las tendencias más acusadas y extendidas de la política sanitaria actual es la apuesta de los diferentes Gobiernos autonómicos por la dotación de una potente y extensa red de infraestructuras sanitarias. Los datos extraídos de los diferentes planes de salud autonómicos permiten concluir que, en la actualidad, se encuentran en fase de adjudicación o construcción más de cuarenta nuevos hospitales a lo largo y ancho del territorio nacional -sin incluir las innumerables obras de reforma y ampliación del parque de hospitales ya existente, ni

tampoco las de centros de salud, consultorios locales o centros de especialidades-.

De entre los factores que determinan esta orientación del esfuerzo planificador e inversor hacia la construcción de nuevos hospitales destacan: a) la necesidad de actualizar las infraestructuras sanitarias anticuadas, muchas de ellas construidas en la década de los años sesenta del pasado siglo; b) la exigencia de incorporar nuevas instalaciones para hacer frente a la creciente demanda de atención sanitaria especializada por parte de una población en aumento; c) la conveniencia de aproximar los servicios hospitalarios a centros de población emergente mediante una

distribución geográfica más equitativa de las infraestructuras sanitarias que atienda al reparto poblacional presente y futuro; y d) el intento de las Comunidades Autónomas tradicionalmente deficitarias en servicios hospitalarios, que en el proceso transferencial que culminó en diciembre de 2001 asumieron la plena efectividad de las competencias para la gestión de la asistencia sanitaria, de poder ofertar, dentro de su ámbito territorial, una cartera de servicios adecuada que minimice la necesidad de derivación de sus beneficiarios a centros hospitalarios de otras Comunidades Autónomas.

Pero dar respuesta a este reto no constituye tarea fácil si tenemos en cuenta el enorme esfuerzo presupuestario que requiere la modernización y creación de nuevas infraestructuras sanitarias. Por ello, las Administraciones públicas se han lanzado a la búsqueda de novedosas fórmulas que les permitan afrontar el ingente coste organizativo, gestor y financiero que exige la puesta en marcha y el mantenimiento de los nuevos hospitales.

Así, los sistemas tradicionales de construcción y gestión de servicios públicos sanitarios a través de los contratos administrativos típicos (obras, suministros, servicios, consultoría y asistencia), están siendo complementados y, en muchos casos, sustituidos por los modernamente llamados modelos de “Colaboración Público Privada” (CPP) o “Public Private Partnership” (PPP, según sus siglas en inglés)¹.

Las formas de CPP implican una *“cooperación a largo plazo, regulada por contrato, entre las autoridades públicas y el sector privado con el fin de llevar a cabo proyectos públicos en los que los recursos requeridos se gestionan en común y los riesgos vinculados al proyecto se distribuyen de forma conveniente sobre la base de la capacidad de gestión de riesgos de los socios del proyecto”* (**Resolución**

legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, 2006/2043 INI)

Estas fórmulas de CPP, dentro de las que se incluyen tanto las concesiones –las de servicio y las de obra pública– como la utilización de entes interpuestos con participación de capital privado, permiten a las Administraciones sanitarias atender sus necesidades de inversión sin recurrir a aumentos del déficit público, mientras posibilitan a las compañías privadas incrementar su ritmo de contrataciones sin aumentar su exposición como negocio cíclico. De este modo, los diferentes modelos de CPP facilitan a las Administraciones sanitarias una solución inmobiliaria integrada mediante la transferencia de la promoción y financiación de hospitales a compañías privadas capaces de afrontar las inversiones mediante fondos propios y deuda externa.

En función del modelo elegido, las empresas privadas (o públicas interpuestas, como sucede en los denominados contratos *“in house”*) asumen la redacción de los proyectos técnicos y la dirección facultativa, la construcción y la puesta en marcha de las infraestructuras o edificios, la provisión e instalación de los equipamientos específicos, la gestión y el mantenimiento durante un periodo acordado de los activos inmobiliarios y, en determinados casos, la propia prestación sanitaria (en las concesiones administrativas de servicios públicos).

La Administración, por su parte, decide la configuración y define funcionalmente el modelo en los correspondientes pliegos, se reserva la facultad de controlar los servicios públicos prestados a sus usuarios, y afronta el pago del canon anual establecido en función de la extensión del contrato. Salvo en el caso de las concesiones de servicios, la Administración también asume la prestación directa de los servicios sanitarios a través de sus propios empleados públicos, y subcontrata la gestión del resto (construcción, mantenimiento, limpieza, seguridad, catering, hostelería, servicios auxiliares, logística, gestión documental, etc...) con empresas especializadas.

¹ La colaboración público-privada se erigirá así en “una solución eficaz para garantizar una infraestructura o para ofrecer un servicio público” siendo su principal objetivo “la mejora de la calidad del servicio prestado a los ciudadanos” (Dictamen sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones)

Los modelos de CPP surgieron en el Reino Unido² a principios de la década de los años noventa del pasado siglo con el fin de optimizar el valor del dinero que pagaban los contribuyentes a través de la participación de empresas del sector privado en todas las áreas de servicios públicos³. El sistema se ha ido extendiendo paulatinamente a otros países como Australia, Alemania, Italia, Portugal, Canadá, Chile⁴ y también a España⁵.

La generalización de los modelos de CPP en el sector sanitario público debe su éxito, en gran medida, a la insuficiencia financiera de las Comunidades Autónomas para afrontar el ingente gasto que lleva consigo el despliegue de infraestructuras sanitarias⁶. La utilización de estos sistemas persigue la inmediata puesta en marcha de los hospitales sustituyendo el gasto de capital corriente por convenios de arrendamiento aplazado. De este modo, las Administraciones sanitarias evitan, bien tener que detraer de sus siempre escasos presupuestos la totalidad del capital necesario para su construcción y mantenimiento, bien tener que acudir a fórmulas de financiación a crédito –emisión de deuda pública u otras- que com-

prometan su pasivo por encima de los límites permitidos por las normas comunitarias y estatales sobre control del déficit público.

Este último, sin duda, es otro de los factores que determinan la gran acogida que, entre las Administraciones sanitarias, están teniendo últimamente estas fórmulas de colaboración para la construcción de infraestructuras hospitalarias, precisamente en un momento en el que empieza a cuestionarse internacionalmente la validez de este modelo⁷. La razón fundamental es que, con ellas, se buscaría que estas inversiones diferidas no contabilizasen como capital gastado según los criterios de Maastricht para los préstamos del sector público en el sistema de contabilidad europeo, cuestión ésta no totalmente clara en la actualidad y sobre la que volveremos más adelante.

En todo caso, los sistemas de CPP también conllevan la ventaja añadida de transferir el riesgo de la construcción y puesta en marcha de los nuevos hospitales a las entidades que a la postre los gestionarán, puesto que el precio y el plazo de la construcción quedan cerrados desde el inicio, y la facturación de servicios de explotación se realiza según la calidad y el grado de cumplimiento.

Aunque los contratos se firman a muy largo plazo, y estos sistemas llevan implantados apenas una década en el mejor de los casos, es previsible que las empresas que asumen este tipo de participación obtengan grandes ventajas. En un informe publicado por el diario británico *The Guardian* el 5 de septiembre de 2003 se indicaba que las compañías de construcción comprometidas en la Iniciativa de Financiación Privada (PFI) esperaban conseguir entre tres y

² En el Reino Unido se han construido 21 hospitales bajo modalidad PFI con un coste total de 1,5 billones de libras. El Gobierno británico aspira a tener finalizados, antes de los 2010, nuevos hospitales por un total de 7 billones de libras, lo que supondrá el 85% de toda la nueva inversión de capital del Sistema de Salud. (GARCÍA MARTÍN, MANUEL. *La crisis de los Sistemas Sanitarios. Federación de Asociaciones para la defensa de la Sanidad Pública*).

³ El gasto extrapresupuestario del NHS en PFI asciende a unos cinco mil millones de libras (PLUMBRIDGE, 2006)

⁴ En 2006, el Ministerio de Salud chileno publicó el primer Programa de Concesiones de Infraestructura Hospitalaria. En él se contempla una inversión por un total aproximado de 245 millones de dólares destinados a incorporar la participación del sector privado con el fin de aumentar la eficiencia y liberar recursos fiscales para la construcción de cuatro grandes hospitales (Libertad y Desarrollo. *Temas Públicos*, n° 785 de 25 de agosto de 2006. www.lyd.org)

⁵ Teniendo en cuenta que las inversiones en infraestructuras de salud son excesivamente costosas para las arcas públicas, los representantes de los gobiernos presentes en el marco del Fórum Euromed Salut celebrado los días 14 y 15 de noviembre de 2005 en Barcelona, en el que se debatieron temas comunes en los sistemas sanitarios del área mediterránea, analizaron las experiencias en la financiación de las nuevas inversiones y equipamientos sanitarios y los sistemas de CPP en la construcción de hospitales públicos

⁶ La Conferencia de Presidentes Autonómicos celebrada en octubre de 2004 para tratar la situación financiera del Sistema Nacional de Salud puso de manifiesto la existencia de una deuda acumulada por los Servicios autonómicos de Salud que ascendía a más de 6.000 millones de euros.

⁷ T. SACCKEVILLE, uno de los promotores de la iniciativa PPP en el Reino Unido ha manifestado su visión negativa sobre esta estrategia económicamente cara y financieramente cuestionable. Por otra parte, algunos de los más importantes hospitales construidos bajo las directrices de este nuevo modelo de financiación-gestión de infraestructuras presentan serios problemas como es el caso del Hospital Debashis Singh, el Hospital Queen Elizabeth en Grenwich con una situación de quiebra al presentar unos costes que excedían en 19,7 millones de Libras anuales respecto a lo inicialmente contratado con el NSH; o el Hospital Barts de Londres que, con unos costes previstos para 2005 de 8,62 millones de Libras, ha tenido que ver incrementado su presupuesto 8 veces más para asegurar su sostenibilidad (GARCÍA MARTÍN, MANUEL. *La crisis de los Sistemas Sanitarios. Federación de Asociaciones para la Defensa de la Sanidad Pública*).

diez veces más ingresos de los que hubieran conseguido con los contratos tradicionales, situando sus márgenes de beneficio entre el 7,5 y el 15%, y para los propietarios de acciones de renta variable, y entre el 10 y el 20% en las compañías que participen en el consorcio. El diario británico hacía referencia a un informe de la industria de construcción europea, publicado en 2003, que señalaba directamente a los contratos PFI como la principal razón para que, en el Reino Unido, las empresas de ese sector crecieran por encima del 8% en ese año, frente a las de Alemania y Francia, donde habían decrecido tan sólo un 2,5% y un 0,7%, respectivamente. De todos los ámbitos en los que se realizan estos dos sistemas de contratación la sanidad acumula un total de cuarenta contratos por valor de 4.133 millones de Libras.

Sea como fuere, lo cierto es que la introducción en el ámbito de la sanidad pública de los modelos CPP –puros o institucionalizados– para la construcción y explotación de hospitales del Sistema Nacional de Salud no está siendo pacífica.

Los partidarios de estos modelos sostienen que su utilización permitirá acometer la necesaria mejora y ampliación de las instalaciones que mejore la eficiencia del sistema hospitalario y el servicio que se otorga a los pacientes. Y para ello parten de una realidad incontestable: los estudios macroeconómicos confirman la brecha que hay entre las necesidades de inversión en infraestructuras y equipamientos sanitarios y la capacidad real de financiación y endeudamiento que poseen las Administraciones públicas merced a la normativa sobre estabilidad presupuestaria. Luego, ¿por qué no pensar en un sistema de salud verdaderamente mixto y competitivo que fortalezca el sistema público de atención y que motive la inversión privada, por ejemplo, a través de concesiones de construcción y/o gestión de hospitales? Este imperativo orientaría la búsqueda de mecanismos alternativos para el desarrollo y equipamiento de la red hospitalaria pública. En este contexto, incorporar al sector privado aparece como una solución ya probada en el ámbito sanitario a través de otras fórmulas como los convenios de vinculación singular o los conciertos –a los que se refería, ya en 1986, la **Ley General de Sanidad**–, y las concesiones o los contratos de gestión de servicios públicos

previstos en la normativa sobre contratación administrativa. De este modo, y en la medida que el sistema sanitario público se enfrentan a aumentos en el coste que son inasumibles por las arcas públicas, la asociación con el sector privado para la construcción y administración de hospitales aparecería como una de las fórmulas posibles para controlar el gasto y el déficit público, mejorar la calidad de los servicios, y generar un ahorro fiscal neto.

Sin embargo, diversos sectores de opinión política, social y doctrinal cuestionan la conveniencia de trasladar a la iniciativa privada la gestión de prestaciones sanitarias públicas o de las infraestructuras y servicios necesarios para su efectividad en un sistema sanitario como el español, de corte público, universal y gratuito. Las dudas surgen en casi todos los ámbitos. Se cuestiona el más que discutible éxito de la experiencia británica^{8 9} y también la supuesta eficacia de estos sistemas frente a los de gestión pública¹⁰. Se desconfía de que el control que la Administración debe ejercer sobre el adecuado cumplimiento de un contrato tan complejo durante un periodo tan largo sea verdaderamente efectivo y sirva para atajar las presumibles desviaciones de la explotación privada. Se alerta de las posibles repercusiones negativas de esos sistemas en la política de empleo público, responsabilidad patrimonial e, incluso,

⁸ “... nuestros políticos, en un alarde inusitado de capacitación e imaginación, adoptan otro modelo puesto en marcha por el ultra conservador gobierno Tacheriano en la Gran Bretaña en los años 90 y que supuso el colapso de la sanidad pública en dicho país” (*Informe sobre la construcción del nuevo hospital de Burgos mediante el modelo de participación público privada. Confederación General del Trabajo. <http://www.cgt.es>*)

⁹ La experiencia de Gran Bretaña es ilustrativa al efecto. La sanidad pública británica (NHS) fue la envidia de toda Europa; la reforma de Thatcher y las posteriores, adoptando la gestión privada de los hospitales o sistemas de administración como el PFI, la han sumido en un estado lamentable. MARTÍN SECO, J.F. *Hospitales Privados Contra la Sanidad Pública. Crítica Social y Ciudadana*, 20/12/2006 <http://www.crisyc.com/crisyc>

¹⁰ Los modelos PFI y PPP que se aplican en nuestro estado permiten por primera vez a las empresas privadas entrar a gestionar parcelas del Sistema Nacional de Salud sin intermediaciones, y en ellas aparece por primera vez el ánimo de lucro como objetivo. Esto significa que los accionistas de las empresas concesionarias invierten en proyectos PFI para apoderarse del excedente de explotación o de los beneficios, asegurándose periodos de rentabilidad de varias décadas (*Confederación General de Trabajadores. Gestión Privada: la nueva ortodoxia. www.cgt.es*)

se pone en tela de juicio la adecuación de algunas de las fórmulas empleadas al ordenamiento jurídico¹¹.

Al margen de estas cuestiones, muchas de ellas más próximas a planteamientos de política social y económica, que a criterios jurídicos o de gestión, el presente trabajo pretende analizar las distintas figuras en las que se materializa la Participación Público Privada (PPP) y la Iniciativa de Financiación Privada (PFI) para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias en nuestro Derecho, y las consecuencias jurídicas de la aplicación de estos modelos sobre los sistemas de gestión, financiación, y provisión de bienes y servicios, régimen de personal y de responsabilidad civil o patrimonial de estos nuevos hospitales.

El estudio sistemático de estas exige contextualizar adecuadamente esta materia a través de una breve referencia a la creación de la red de hospitales públicos durante el proceso de consolidación del Sistema Nacional de Salud y a las fórmulas de gestión que en la década de los noventa protagonizaron la llamada “*huida del Derecho Administrativo*” en la gestión de la sanidad pública.

II. Formas de gestión de los centros sanitarios durante el proceso de consolidación del Sistema Nacional de Salud.

La construcción y gestión de infraestructuras sanitarias a lo largo del proceso de consolidación del sistema sanitario español ha sido asumida de forma conjunta y en diferente grado por el Estado, los Ayuntamientos, las Diputaciones Provinciales, las Comunidades Autónomas, los sistemas de aseguramiento –en especial, el de la Seguridad Social–, las entidades e instituciones sin ánimo de lucro, y la iniciativa privada.

Los modelos y las entidades que han protagonizado la dotación y mantenimiento de infraestructuras sanitarias en nuestro país han ido variando a lo largo

del tiempo, pudiendo distinguirse, a efectos expositivos, los siguientes periodos:

a) La Beneficencia y la protección de la salud colectiva.

Partiendo de una situación de abstencionismo estatal en la cobertura de las necesidades sanitarias de la población, la protección de la salud se abordaba en sus orígenes: bien de manera individual a través de dispositivos sanitarios privados (para aquellos que podían costearlos) y del amparo de instituciones de beneficencia, que sufragaban el mantenimiento de sus hospicios por medio de donaciones y fondos procedentes de la Iglesia; bien con un enfoque colectivo, principalmente a través de normas y acciones de salud pública encomendadas fundamentalmente a las Corporaciones locales¹².

Las graves epidemias que asolaron Europa durante el Siglo XIX constituyen el caldo de cultivo de un creciente interés de los poderes públicos por la protección de la salud. En nuestro país, encontramos un primer reflejo de este interés en la Constitución de Cádiz de 1812, cuyo art. 321 estableció que estarían a cargo de los Ayuntamientos¹³ el cuidado de los hospitales, hospicios, casas de expósitos, y demás establecimientos de beneficencia, así como la gestión de los escasos centros sanitarios para personas sin recursos¹⁴.

¹² Con el carácter de organización administrativa no profesional y de participación vecinal se crearon las Juntas de Sanidad para el cuidado de la salud pública (*Instrucción de 23 de junio de 1813 aprobada por Decreto CCLXIX*).

¹³ El Decreto XLV, de 3 de febrero de 1823 les atribuyó la formación de Juntas de Sanidad, pudiendo citarse como novedad más relevante, la obligación de que en todos los ayuntamientos haya facultativo o facultativos en el arte de curar personas y animales, señalando a los Médicos y Cirujanos la dotación competente, a lo menos, para la asistencia a los pobres, sin perjuicio de que si los fondos públicos lo pueden sufrir se extienda también la dotación a la asistencia de todos los vecinos. Los facultativos serían admitidos y contratados por los ayuntamientos, pero si sus sueldos u honorarios se hubiesen de satisfacer por iguales o repartimiento vecinal, sólo se sujetará a éste pago a los que quieran servirse de los facultativos acogidos. Posteriormente, el Decreto de 17 de marzo de 1847 creó la Dirección General de Sanidad, dependiente del Ministerio de la Gobernación. Para regular el gobierno de la Sanidad atribuido a este Ministerio, la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855, diseñó una organización articulada en torno a los Subdelegados, las Juntas Municipales y Provinciales de Sanidad y el Consejo de Sanidad.

¹⁴ La Instrucción General de Sanidad de 12 de enero de 1904 señalaba que para el servicio a la asistencia sanitaria a los enfermos pobres,

¹¹ Lo dicho permite dudar que la construcción y explotación de un hospital tenga encaje en el objeto propio de esta modalidad concesional (VILLAR ROJAS, F.J. *La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios. Derecho y Salud*, Vol. 14, marzo 2006)

b) La Previsión Social.

El verdadero despliegue de la red de hospitales públicos para la atención de la salud individual no llegaría, sin embargo, hasta la consolidación, a lo largo de los dos primeros tercios del Siglo XX¹⁵, de los sistemas de Previsión y de Seguridad Social y, más concretamente, en la época franquista¹⁶, a través de la instauración del Seguro Obligatorio de Enfermedad (SOE)¹⁷, cuyos precedentes inmediatos se hallan en los regímenes voluntarios establecidos por sociedades médicas y compañías de seguro, sobre todo, en el régimen de iguales (pago alzado de cantidades periódicas para tener derecho a recibir servicios médicos) que habían resultado insuficientes para cubrir las necesidades de asistencia sanitaria de la población.

Como señala PALOMAR OLMEDA¹⁸, la implantación del SOE se produjo dilatadamente en el tiempo. A partir de 1944 se puso en funcionamiento la medicina general, la farmacia, las prestaciones económicas por enfermedad, las especialidades de cirugía general, hospitalización quirúrgica, oftalmología, otorrinolaringología, radiología y análisis clínicos; de modo que en 1948 se habían incorporan el resto de especialidades hasta completar prácticamente el régimen que conocemos hoy en día.

La gestión de este seguro, y de los centros sanitarios que comenzaban a surgir para la atención sanitaria a sus beneficiarios, se atribuyó al Instituto

Nacional de Previsión (INP) a través de la Caja Nacional del SOE.

Por lo que aquí importa, la década de los años cuarenta viene marcada por la promulgación de la Ley de Bases de Sanidad Nacional. En ella se apuesta por la publicación de la función sanitaria a través de dos principios esenciales: el principio de unidad de gestión de los centros sanitarios públicos (atribuida por completo al INP) y el principio de función estatal, sin perjuicio de la coexistencia con entidades de derecho privado.

A lo largo de esta etapa, la fe y confianza en la nueva medicina científica y técnica hace de las clínicas medico-quirúrgicas privadas concertadas con las entidades de previsión social lugares de atracción. Entidades privadas sin ánimo de lucro como la Cruz Roja asumen la construcción y gestión de clínicas y hospitales. Comienza, así, la transformación de la asistencia individual domiciliaria en asistencia hospitalaria, en tanto que los centros públicos mantienen la asistencia sanitaria de carácter benéfico con médicos que alternan el ejercicio privado y un puesto en el seguro (S.O.E.).

c) La Seguridad Social.

El comienzo de la siguiente etapa, decisiva en cuanto a la dotación de infraestructura sanitarias se refiere, se sitúa en la promulgación de la **Ley General de la Seguridad Social de 1966** (fruto, a su vez, de la **Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963**). La LGSS de 1966 trajo consigo importantes modificaciones sobre la base del régimen de protección a la salud del SOE que pueden resumirse en los siguientes puntos: a) Libertad de elección de facultativo de medicina general, de pediatra puericultor y de tocólogo; b) En lo tocante a organización de los servicios sanitarios, se crean los cupos médicos en función de la población atendida y se normalizan los conciertos con instituciones privadas para atender a las necesidades de hospitalización; y c) La asistencia sanitaria se presta en régimen ambulatorio, domiciliario, de urgencia y en régimen de internamiento en centros hospitalarios dependientes o concertados con el Instituto Nacional de Previsión.

tendrán todos los ayuntamientos un médico titular y un practicante titulado, al menos, por cada 300 familias indigentes.

¹⁵ En nuestro país, el primer hito del sistema lo constituye la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. Este precedente es rápidamente asimilado de forma que, en 1904, se extiende a las prestaciones obreras, cuya gestión constituye la razón de ser del Instituto Nacional de Previsión (creado por Ley de 27 de febrero de 1908), entidad a la que se atribuirá la gestión de los centros sanitarios destinados a la protección de la salud de los trabajadores y sus beneficiarios. Más tarde se establecería la obligatoriedad del aseguramiento del trabajador -si bien constreñida al retiro obrero- mediante Real Decreto de 11 de marzo de 1919.

¹⁶ Con origen en la Declaración X del Fuero del Trabajo (Decreto de 9 de marzo de 1938)

¹⁷ Instituido por Ley de 14 de febrero de 1942

¹⁸ PALOMAR OLMEDA, ALBERTO. *Manual Jurídico de la Profesión Médica*. Ed. Dykinson, 1998.

En el periodo 1960-1970 se produce la gran transformación del sistema sanitario público a través de un esfuerzo sin precedentes en la dotación de centros sanitarios bajo un modelo unívoco de gestión directa. El INP decide en este momento reducir su régimen de hospitalización concertado con terceros – fundamentalmente con centros dependientes de la Administración local y de entidades privadas con o sin ánimo de lucro- y los tres planes de desarrollo que se sucederán entre 1964 y 1975 contemplan la construcción y puesta en funcionamiento de los grandes hospitales y ciudades sanitarias de la Seguridad Social a lo largo del territorio nacional con estructura jerarquizada, servicios especializados y dedicación plena.

En esta época se consolida la Red Hospitalaria Nacional, cuyo catálogo agrupa, describe y clasifica a todos los establecimientos destinados a proporcionar asistencia médico-clínica, bien sean éstos del Estado o sus organismos autónomos, de la Seguridad Social, de la Organización Sindical o de las Corporaciones Locales (sin incluir a los hospitales Militares y a los de la Iglesia)

Con la finalidad de establecer una unidad de criterio en la gestión de los centros sanitarios públicos se publicó la **Ley 37/1962, de 21 de julio, de Hospitales**. Esta Ley, si bien opta por respetar la gestión de los distintos Servicios o Instituciones titulares de los centros sanitarios, crea una Comisión Central de Coordinación Hospitalaria encargada, entre otras cosas, de someter a la aprobación del Gobierno el estado general de las necesidades hospitalarias, conocer e informar cualquier plan de construcción, ampliación, transformación o desafectación hospitalaria, o fomentar las fórmulas de cooperación entre las Entidades interesadas tales como conciertos o convenios entre Organismos o Entidades asistenciales en cuanto al uso de los establecimientos hospitalarios integrados en la Red Hospitalaria Nacional.

Por lo demás, la citada Ley resulta aplicable también a los centros hospitalarios privados en cuanto a catalogación de condiciones mínimas de los servicios de Inspección y régimen sanitario.

Estas pautas organizativas se ven afectadas por la publicación del Decreto-Ley de 22 de julio de 1971 que establece la jerarquización de las Instituciones Sanitarias dependientes del Sistema de Seguridad Social. Los servicios se organizan así en unidades nacionales, regionales y provinciales. La delimitación de cada una de estas categorías correspondía al Ministerio de Trabajo, del que dependía el INP.

Las Diputaciones Provinciales también modernizan sus centros y ponen en marcha otros nuevos, incorporando más profesionales y servicios a su cartera de prestaciones, pero manteniendo en su organización los servicios no jerarquizados y con doble régimen: pacientes públicos (beneficencia o concertados con el S.O.E) y pacientes privados de los médicos, en régimen de honorarios.

La década de los años 70 se inicia con una preponderancia de la asistencia médica, en la que se considera al hospital tecnico-científico como centro y base del Sistema Sanitario, aunque con una medicina clínica virando desde el prestigio del médico individual a la confianza en el equipo médico y en la tecnología de las instituciones hospitalarias. A todo ello se añade la progresiva socialización de las profesiones sanitarias, en detrimento de la medicina privada.

A partir de 1975 se promueven, desde la Jefatura de Sanidad, las mejoras de la Atención Primaria. Se crean así, entre 1975 y 1978, con subvenciones del Estado y mantenimiento de los Ayuntamientos, los primeros Centros de Salud para la Atención Primaria.

En base también a la acción del Estado y de los Ayuntamientos, se crea el primer Hospital General Comarcal de España, el Hospital Jesús García Orcoyen, en la Comunidad Foral de Navarra, inaugurado en enero de 1977 y gestionado por un órgano municipal en régimen autónomo y participativo.

El siguiente hito en este fugaz recorrido que estamos realizando lo encontramos en un Acuerdo que tuvo la virtud de servir de instrumento técnico adecuado para la superación del régimen franquista y que, por lo que aquí importa, contenía importantes

directrices de lo que sería el sistema de protección de la salud tal y como lo conocemos en la actualidad. Nos referimos, naturalmente, a los **Pactos de la Moncloa** aprobados el **27 de octubre de 1977** y cuyo apartado VI se dedicaba a la reforma de la Seguridad Social.

Como consecuencia de este acuerdo se produjo una modificación orgánica del sistema de seguridad social que tuvo su plasmación en el **Real Decreto-Ley 36/1978, de 16 de noviembre, de Gestión Institucional de la Seguridad Social, la Salud y el Empleo**. Esta reforma supuso la desaparición del INP (y de un sinnúmero de organismo y entidades creados para la gestión atomizada de las diferentes prestaciones sociales), y la escisión de la responsabilidad gestora del sistema de Seguridad Social en tres entidades: el Instituto Nacional de la Seguridad Social, el Instituto Nacional de Servicios Sociales y el INSALUD, para la gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, soportados económicamente por la caja única residenciada en la Tesorería General de la Seguridad Social. De este modo, los hospitales de la Seguridad Social pasaban a depender patrimonialmente de la Tesorería y funcionalmente del Instituto Nacional de la Salud.

En materia de asistencia sanitaria, resultan decisivos los arts. 98 a 125 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 2065/1974, de 30 de mayo (que se mantienen vigentes en la actualidad) y en los que se contiene la regulación del contenido y alcance de la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, determinando quienes son los beneficiarios y sus obligaciones, las modalidades de la prestación médica y de las prestaciones farmacéuticas, y el régimen de ordenación de los servicios sanitarios de la Seguridad Social.

Tras una serie de importantes reformas¹⁹ se produce la publicación del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994, que en su

art. 38 define la acción protectora del sistema de Seguridad Social e incluye dentro del mismo “*la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo*” e, incluso, “*la recuperación profesional*” en cualquiera de los casos que se mencionan.

En el plano organizativo, el art. 57 de la LGSS de 1994 atribuye al INSALUD la administración y gestión de los centros y servicios sanitarios (en un momento, no lo olvidemos, en el que ya habían sido transferidas las competencias de gestión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a varias CCAA).

d) El Sistema Nacional de Salud.

La promulgación de la **Constitución Española de 1978** introduce dos importantes cambios en relación con la gestión de la asistencia sanitaria incardinada dentro del Sistema de Seguridad Social, a saber: la constitucionalización del derecho a la protección de la salud (art. 43); y el diseño de un nuevo modelo de distribución territorial del poder (Título VIII).

Sin embargo, esta declaración constitucional no fue acompañada en los años inmediatamente posteriores de ninguna medida legislativa u organizativa que produjera cambios notables en la gestión de los servicios sanitarios hasta la aprobación del **Real Decreto 137/1984, de 11 de enero, de Estructuras Básicas de Salud**, que transformará radicalmente el primer nivel asistencial a través de una nueva filosofía de trabajo en Equipos de Atención Primaria y la puesta en funcionamiento de nuevas infraestructuras que en pocos años se tradujo en la construcción de una importante red de Centros de Salud y Consultorios Locales.

Respecto del derecho a la protección de la salud, éste se yergue en la piedra angular sobre la que descansa toda la construcción del Sistema Nacional de Salud, entendido como el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas convenientemente coordinados bajo los principios de universalidad, financia-

¹⁹ Entre ellas, la introducción del nivel no contributivo de prestaciones de Seguridad Social, en lo que no es sino un paso adelante en la superación del aseguramiento de base profesional como condicionante de acceso al sistema en pos de la universalización de la protección a las situaciones de necesidad.

ción pública, equidad en el acceso, integridad del sistema y descentralización.

Las líneas maestras de este modelo se recogieron en la **Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad**, que desarrollaba ocho años después la previsión constitucional que encerraba el art. 43 de la CE y que contribuiría a cambiar sustancialmente el mapa de la asistencia sanitaria sin que por ello se resienta el principio de unidad de gestión.

La LGS también previó la integración funcional de los dispositivos asistenciales de las corporaciones locales en el correspondiente Servicio Autonómico de Salud, sin perjuicio de la titularidad de los centros y establecimientos (art. 50.2) y sin perjuicio también de que las corporaciones locales que vinieran desarrollando servicios hospitalarios a la entrada en vigor de la LGS, participen en la gestión de los mismos elevando propuestas de definición de objetivos y fines, así como de presupuestos generales.

Hasta aquí puede apreciarse cómo la confusión entre las prestaciones de asistencia sanitaria con el modelo de seguridad social es de tal naturaleza y calado, que no resulta posible trazar una línea divisoria que clarifique el sistema español de protección de la salud.

El peso del gasto sanitario influyó decisivamente en la fuerte crisis económica del sistema de Seguridad Social que culminaría con la aprobación del “Pacto de Toledo para la racionalización del sistema”. La aportación más decisiva de este acuerdo en materia de asistencia sanitaria fue la separación de las fuentes de financiación, de modo que las prestaciones de naturaleza contributiva pasaron a depender básicamente de las cotizaciones sociales, en tanto las prestaciones no contributivas y universales (la sanidad y los servicios sociales, entre otras) pasan a ser financiadas exclusivamente con cargo a la imposición general²⁰.

Otro hito importante en esta fase de la consolidación del modelo hospitalario español fue la publi-

cación del Real Decreto 521/1987, de 15 de abril²¹, que vino a regular la estructura y funcionamiento de las Instituciones hospitalarias gestionadas por el INSALUD en base a los principios de integración, eficacia, economía, flexibilidad, control democrático, participación, control y mejora de la calidad asistencial y promoción de la formación e investigación sanitaria. Esta norma modifica la denominación de “Instituciones Sanitarias Cerradas”, por la de “hospitales” al referirse a los centros de atención especializada cuya función es la prestación de asistencia sanitaria correspondiente a este nivel, promoción de la salud y prevención de las enfermedades, así como las de investigación y docencia (arts. 1 y 5) al tiempo que permite la instrumentación de las fórmulas administrativas precisas para proporcionar al hospital la mayor autonomía en la gestión y utilización de sus recursos (art. 4) y establece la estructura de referencia de este tipo de centros (art. 6) constituida por las siguientes divisiones: Gerencia, División Médica (a la que se adscriben los servicios y unidades asistenciales), de Enfermería y de Gestión y Servicios Generales; así como por una serie de comisiones técnicas y órganos colegiados de asesoramiento (Comisión de Dirección, Comisión de Participación Hospitalaria, Junta Técnico Asistencial, Comisión Central de Garantía de la Calidad y Comisión de Bienestar Social).

El Real Decreto 521/1987 sigue siendo una norma de referencia, pues la estructura organizativa allí fijada es la que sigue manteniéndose de manera generalizada en los hospitales públicos –tanto en los ya existentes, como en los de nueva creación–, con independencia de que ya no estén gestionados por el INSALUD sino por los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas.

e) Las nuevas formas de gestión del SNS.

Veámos cómo la asistencia sanitaria se venía dispensando, en régimen de derecho público, a través de los hospitales de la Seguridad Social o de los Ser-

²⁰

Estos principios fueron recogidos en la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del Sistema de Seguridad Social.

²¹

Norma dictada al amparo de la deslegalización formal al rango reglamentario de las disposiciones sobre estructura, organización y funcionamiento de Instituciones o establecimientos sanitarios operada por la DF 2.3 del Real Decreto-Ley 36/1978 y reiterada por la DD 2ª de la Ley General de Sanidad.

vicios Autonómicos de Salud bien directamente, bien en colaboración con la iniciativa pública o privada a través de convenios o conciertos.

Desde un punto de vista organizativo, la Ley General de Sanidad había apostado por un modelo de gestión directa de la asistencia sanitaria²². No obstante lo anterior, la mencionada Ley contemplaba en sus artículos 66 y 88 dos modalidades de vinculación del sector privado al Sistema Nacional de Salud: los “*convenios singulares de vinculación*” y los “*conciertos*”, de cuya definición y régimen jurídico no nos ocuparemos en este breve repaso histórico, pues han sido objeto de numerosos estudios por parte de la doctrina especializada²³.

El salto de este modelo tradicional a las denominadas “nuevas formas de gestión”, que permitan una mayor flexibilidad en la administración de los hospitales públicos, se llevó a cabo en virtud del **Real Decreto-Ley 10/1996, de 17 de junio**, que sirvió de plataforma para la constitución, entre otras, de las Fundaciones Públicas Sanitarias de Alcorcón y Manacor.

La **Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del INSALUD** derogó el anterior Real Decreto-Ley ante las suspiencias levantadas entre las diversas fuerzas políticas por su redacción, claramente aperturista a favor de “cualesquiera entidades admitidas en Derecho”, lo que para muchos podía constituir el primer paso hacia la “privatización definitiva” del Sistema Sanitario. Sin embargo, esta norma dejó sin resolver el problema de las dos Fundaciones antes citadas y

cuya existencia chocaba con la literalidad de la nueva Ley, que vino a delimitar con mayor precisión el tipo de entidades que la Administración podía crear para la gestión de centros sanitarios al establecer que, en todo caso, “*han de ser de naturaleza o titularidad pública y garantizando y preservando la condición de servicio público del Sistema Nacional de Salud*”, sin mencionar las creadas por Entes públicos y sometidas a derecho privado, como lo eran las Fundaciones creadas al amparo del Real Decreto-Ley 10/1996.

Para clarificar la naturaleza jurídica de las entidades creadas para la gestión de hospitales públicos había que poner en relación la Ley 15/1997 con la **Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado**, norma que agrupaba los entes institucionales estatales bajo la denominación genérica de “*Organismos Públicos*” (categoría que engloba tanto a Organismos Autónomos como a Entidades Públicas Empresariales). Con arreglo a esta clasificación, las nuevas formas de gestión previstas en la Ley 15/97 quedaban subsumidas dentro de la categoría de Entidades Públicas Empresariales.

Finalmente, y en un intento de aclarar el panorama jurídico referente a la utilización de las fundaciones en el ámbito sanitario, ofreciendo un régimen jurídico preciso y específico, se contempló a través del artículo 111 de la **Ley 50/98, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social**, la creación de una nueva categoría de ente público personificado y específico: las fundaciones públicas sanitarias, equiparadas a las entidades públicas empresariales en todo aquello que no se contemple en su regulación específica.

La culminación normativa de este proceso migratorio que experimentó la gestión de la sanidad pública hacia fórmulas organizativas más propias del Derecho privado (en lo que se llamó “huida del derecho administrativo”) está representada por el **Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD**, reglamento efímero que se enmarca en ese proceso de flexibilización, descentralización y autonomía en la gestión de los hospitales públicos, si bien es cierto que como

²² El art. 50 de la LGS estableció que en cada Comunidad Autónoma se constituirá un Servicio de Salud integrado por todos los Centros, Servicios y Establecimientos de la propia Comunidad Autónoma, Diputaciones, Ayuntamientos y cualquier otra administraciones territoriales intracomunitarias, que estará gestionado, como se establece en los artículos siguientes, bajo la responsabilidad de la respectiva Comunidad Autónoma.

²³ MENENDEZ REXAC, A. *Las fórmulas de gestión sanitaria indirecta de servicios sanitarios: especial referencia la concierto sanitario. (La gestión de los Servicios Sanitarios. Modelos alternativos. Actas del III Congreso Derecho y Salud. Pamplona, diciembre 1994)*; PAREJO ALFONSO, L., LOBO, F. VAQUER, M. (coords) *La Organización de los Servicios Públicos Sanitarios*. Ed. Marcial Pons, 2001; LAMATA COTANDA, F. *Manual de Administración y Gestión Sanitaria*. Ed. Díez de Santos, 1998; DOMÍNGUEZ MARTÍN, M. *Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España*. Ed. La Ley, 2006.

contrapunto a dicha autonomía se establecían diversos controles²⁴

En definitiva, la gestión de la asistencia hospitalaria pública se ha venido desarrollando fundamentalmente de forma directa, a través de establecimientos sin personalidad jurídica propia dependientes, bien de las Entidades Gestoras de la Seguridad Social, bien de Organismos Públicos creados por las Comunidades Autónomas para la gestión del Servicio de Salud, a las que se añadieron, a partir de la década de los noventa, otras fórmulas de gestión directa a través de Fundaciones Privadas y Fundaciones Públicas Sanitarias, o de la creación de Sociedades y Empresas Públicas.

Esto no ha sido óbice para que, desde sus orígenes, el sistema sanitario público recurriese a fórmulas de gestión indirecta para la prestación de la asistencia hospitalaria canalizada, bien a través de las modalidades contractuales previstas en la legislación sobre contratos del sector público (concesiones o conciertos), bien a través de convenios singulares de vinculación de hospitales del sector privado, o de convenios de colaboración con entidades públicas, o mediante la constitución de consorcios (fórmula profusamente empleada para la gestión de hospitales en Cataluña)

En todo este abanico de técnicas de gestión subyace una misma idea: la realización del principio de eficacia, un principio que se erige en la auténtica clave de todos los esfuerzos que se han venido realizando para lograr una mejora en la gestión de la asistencia hospitalaria, tal y como así se colige del hecho de que este principio sea una constante en todos los textos legales, desde la Ley General de Sanidad (art. 7) hasta la Ley 15/1997 y Ley 6/1997

(véase las Exposiciones de Motivos de ambos textos) sin olvidar el Real Decreto 29/2000.

Para ello no se han escatimado esfuerzos en formular propuestas encaminadas a la introducción de medidas que permitan fomentar la flexibilidad en la gestión económica y de recursos humanos al abrigo de las posibilidades que ofrece el ordenamiento jurídico privado, a saber, eludir los corsés presupuestarios y dotar a estos nuevos entes de un mayor margen de libertad en sus relaciones con terceros (gestión de compras, política de recursos humanos y disposición de bienes).

Sin embargo, la fiebre de las “nuevas formas de gestión” (herencia del “Informe Abril” de 1991, en el que ya se insistía sobre la inadecuación del marco jurídico administrativo para la prestación de los servicios sanitarios, pues *“la rigidez de aquél acaba confiriendo una primacía perversa a la burocracia sobre el fin de atender al consumidor”*) ha ido perdiendo fuerza en los últimos tiempos y, en cambio, han cobrado nuevos bríos las fórmulas de CPP como las concesiones para la gestión integral de servicios sanitarios y, más recientemente, el contrato de concesión de obra pública y la creación de entes interpuestos (con o sin participación privada), debido a las enormes ventajas financieras que reporta a la Administración para poder afrontar los retos económicos que plantea la construcción y gestión de grandes infraestructuras sanitarias.

Precisamente el estudio de estas nuevas fórmulas de colaboración con la iniciativa privada constituye el objeto del siguiente epígrafe.

III.- Fórmulas de colaboración público-privada para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias del Sistema Nacional de Salud.

Hemos visto cómo la consolidación de una red hospitalaria pública ha venido determinada por la evolución del modelo sanitario y el progresivo aumento de la cobertura y de las prestaciones asistenciales. Y también que, para garantizar esa cobertura, las Administraciones sanitarias han recurrido a toda suerte de experiencias de gestión directa e indirecta.

²⁴ Fundamentalmente, respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad en el acceso del personal al desempeño de un puesto de trabajo; fiscalización por la intervención y examen de las cuentas por el Tribunal de Cuentas; los presupuestos se integraban en el presupuesto general del extinto Insalud; aplicación de los principios de concurrencia y publicidad a la contratación; los actos de disposición sobre bienes inmuebles requerían un informe favorable del presidente ejecutivo del INSALUD; e incremento de participación en la gestión, tanto a nivel externo (presencia de consumidores y usuarios), como interno (concesión de un mayor protagonismo a los profesionales por medio de la constitución de un órgano directivo responsable de la actividad asistencial).

Sin embargo, el nuevo escenario surgido tras la culminación del proceso transferencial, la insuficiencia de las infraestructuras sanitarias actuales, y el agotamiento de las fórmulas de gestión empleadas hasta la fecha, han motivado que los Servicios autonómicos de Salud se lancen a la búsqueda de nuevos modelos de gestión que permitan, con los limitados recursos financieros disponibles, afrontar las inversiones necesarias para la adecuación de la red hospitalaria del Sistema Nacional de Salud a las necesidades presentes y futuras.

La creación de numerosas colaboraciones público-privadas (CCP) para la construcción y explotación de grandes infraestructuras públicas ha sido una constante en los diez últimos años en el marco de la Unión Europea. Las experiencias acumuladas por los Estados miembros en otros sectores de la actividad pública (ferrocarriles, red viaria, etc...) han llamado la atención de las Administraciones sanitarias, muy sensibles a la utilización de fórmulas de colaboración público-privadas, hacia el papel que puede jugar la iniciativa privada en el contexto de los sistemas sanitarios actuales.

Estas fórmulas de colaboración público-privada (*Public Private Partnership* o PPP en el mundo anglosajón), dentro de las que se incluyen tanto las concesiones –las de servicio y las de obra pública– como la utilización de entes interpuestos, comprenden también sistemas de colaboración para la financiación de infraestructuras, las denominadas PFI (*Private Finantiation Iniciatives*, según sus siglas en inglés) con tres tipos de variantes²⁵: la fórmula DBFO²⁶ (diseño, construcción, financiación y operativo), BOOT (construcción, propiedad, operativo y transferencia) y BOT (construcción, operativo y transferencia), se han ido extendiendo por el resto del continente europeo hasta recalar finalmente en nuestro país²⁷.

²⁵ GAFFNEY, REYES, 2002, UNISON, 2004.

²⁶ Este modelo se correspondería con el nuevo contrato de concesión de obra pública que rige en nuestro país. La sociedad concesionaria es la que construye y gestiona y la Administración paga por la provisión de los servicios derivados de la obra pública.

²⁷ Según un estudio de la consultora PricewaterhouseCoopers, tan solo el Reino Unido ha utilizado más que España este tipo de fórmulas de

El “**Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones**”, aprobado por la Comisión el 30 de abril de 2004, ya distinguía dos formas fundamentales de la misma: “*las operaciones de CPP de tipo puramente contractual*” y las “*operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente*”.

Dentro de las primeras, el citado documento opera una fundamental distinción, la que existe entre el “modelo de concesión”, caracterizado “por el vínculo directo que existe entre el socio privado y el usuario final: el socio privado presta un servicio a la población, en lugar del socio público, pero bajo su control” (punto 22) y otro tipo de organización en la que “la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la administración pública” (por ejemplo, un colegio, un hospital, o un centro penitenciario) y donde “la remuneración del socio privado no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público”.

Si bien no existe una definición válida a escala europea, ni disposiciones específicas en el marco del Derecho comunitario que abarquen todas las formas de CPP (o PPP) éstas han sido conceptuadas por la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas como “*una forma de colaboración o esfuerzo común entre los sectores público y privado con el propósito de desarrollar, construir, explotar y financiar. Una PPP está consignada por una serie de acuerdos interrelacionados entre los agentes públicos y privados por los que se definen sus respectivos derechos y obligaciones según la configuración legal y política existente*”²⁸.

financiación público-privadas para la realización de infraestructuras. Los británicos aglutinan el 57% de los proyectos licitados de este modo en toda la UE entre 2000 y el 2005.

²⁸ El Parlamento Escocés, por su parte, las ha definido como “medio de utilización de financiación y técnicas privadas para la ejecución de proyectos tradicionalmente realizados por el sector público. Estos incluyen proyectos intensivos en el uso de capital tales como colegios, hospitales, carreteras y equipamientos de agua. En lugar de que sea una entidad pública quién desarrolle activos fijos y posteriormente detente su propiedad, los gestione y regule, las PPPs generalmente implican que el sector privado sea su responsable y los gestione y la Administración

Esta definición abarca de forma descriptiva los elementos fundamentales de estas fórmulas de colaboración con la iniciativa privada, al tiempo que revela las principales razones por las que resultan tan atractivas para el sector público sanitario.

En efecto, las CPP presentan estructuras jurídicas y comerciales complicadas que asocian empresas privadas y entidades públicas para realizar y gestionar conjuntamente proyectos de infraestructuras o prestar servicios públicos con la finalidad de que las entidades públicas se beneficien de la capacidad de concepción, construcción y gestión de las empresas privadas, sin olvidar, por supuesto, su capacidad financiera.

Según la Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2006/2043/INI), estas fórmulas de CPP conllevarían sinergias y ventajas de interés público, al permitir una gestión más eficaz de los fondos públicos, servir de alternativa a la privatización en periodos de premura presupuestaria y contribuir a la modernización de la administración mediante la adquisición de conocimientos prácticos del sector privado.

El empleo de estas fórmulas de CPP en el sector sanitario público se traduce en que el financiador y responsable final de la prestación sanitaria es el ente público, manteniéndose la gestión de la actividad básica en manos de la administración y encomendándose al sector privado el diseño, la construcción, la financiación y el mantenimiento de la infraestructura así como la gestión de servicios complementarios tales como el servicio integral de lavandería, de seguridad, de limpieza, desinsectación y desratización, restauración, conservación de jardines, gestión de almacenes, archivo de documentación clínica y administrativa, etc..., quedando al margen la adquisición y renovación de alta tecnología.

De este modo, con el recurso a fórmulas de CPP para la construcción y explotación de hospitales, la Administración se beneficiaría de las siguientes

ventajas teóricas: reducción del tiempo de construcción y garantía la entrega de la obra en el plazo estipulado; se evitan desviaciones presupuestarias en la construcción y equipamiento de centros gracias al presupuesto cerrado; se maximiza el nivel de gasto en las infraestructuras a partir de un uso responsable de los recursos y se favorece la innovación en la provisión de infraestructuras.

Pero, al margen de estas consideraciones, lo cierto es que la mayor motivación que conduce a muchos gobiernos autonómicos²⁹ a decantarse por el empleo fórmulas de CPP para la construcción de infraestructuras sanitarias reside, como apuntábamos en el preámbulo, en la búsqueda de nuevos sistemas de financiación.

Así, siguiendo las recomendaciones de la Oficina Europea de Estadística, los activos implicados en fórmulas de CPP no computan como deuda siempre que sea la entidad privada la que soporte la mayor parte del riesgo. Para la imputación del riesgo, el Sistema de Contabilidad Europea (Eurostat) ha seleccionado tres categorías de riesgos: el “riesgo de construcción”, el “riesgo de disponibilidad” y el “riesgo ligado a la demanda”. Según Eurostat, la primera categoría comprende “aspectos notables como los retrasos en la construcción, el no cumplimiento de los estándares especificados, sobrecostes, deficiencias técnicas y los factores externos de efecto negativo”. La segunda categoría implica proporcionar el volumen/cantidad de servicio acordado, cumpliendo con los estándares de disponibilidad, calidad y otros como seguridad en la provisión de los servicios definidos contractualmente; en este caso se considera que la Administración no ostenta este riesgo cuando “tenga derecho a reducir significativamente sus pagos periódicos como cualquier consumidor requeriría en un contrato privado/comercial”. Por último, el denominado “riesgo de demanda” debe ser asumido por la Administración cuando esté obligada a garantizar un nivel de pago determinado al socio

Pública adquiera el servicio al contratista durante un periodo de tiempo determinado”.

²⁹ En el año 2005 el 62,5% del importe total adjudicado mediante fórmulas de CPP correspondió a las Comunidades Autónomas. Por el contrario, el Ministerio de Fomento licitó obras por un importe total de 2.285,04 millones de euros durante el primer cuatrimestre del año 2006, lo que supuso un descenso del 11,56% respecto a igual periodo de 2005.

privado con independencia de la demanda generada por el usuario final.

Por su parte, el Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales vigente en la UE (**Manual SEC 95 sobre déficit público y deuda pública**), así como la **Decisión de 11 de febrero de 2004**, establecen tres criterios a seguir para la contabilización del endeudamiento como no perteneciente a las Administraciones Públicas, a saber: que la entidad interpuesta para la financiación/gestión de la infraestructura pueda ser calificada como Unidad institucional; que dicha unidad institucional se pueda clasificar como orientada al mercado; y, el más importante, que sea la entidad privada el principal garante de los riesgos del proyecto de inversión, y no la propia Administración.

Así, la asunción por la iniciativa privada de la mayor parte del riesgo se el elemento clave para la contabilización correcta de su impacto sobre la deuda pública, dependiendo su clasificación como activo no público de la concurrencia de dos requisitos esenciales: la empresa ha de asumir el riesgo de la construcción y soportar, al menos, alguno de los restantes riesgos (riesgos de disponibilidad y riesgos ligados a la demanda).

Sin embargo, este beneficio contable, entendiendo por tal la no consolidación de la deuda que implica el coste de la construcción y gestión de un hospital en los balances públicos a efectos de SEC 95, comienza a tambalearse, sobre todo a raíz de que la *Internacional Accountancy Standard Board* haya declarado que un bien sujeto a control del Gobierno, y que puede revertir a propiedad pública, debe aparecer en los balances contables del sector público.

Sea como fuere, lo que interesa a efectos del presente trabajo es la descripción de las diferentes fórmulas de CPP empleadas para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias partiendo de la base de la inexistencia de un marco jurídico integral que aglutine las diversas modalidades de esta categoría doctrinal. De este modo, realizaremos un análisis de estas fórmulas de colaboración a través de las diferentes categorías jurídicas que, en nuestro Ordenamiento, sirven de base para su constitución y

operatividad, es decir: concesiones administrativas, contratos públicos y creación de entes interpuestos.

a) La CPP como concesión administrativa:

La tradicional figura de la concesión administrativa se erige en auténtico paradigma de los modelos de financiación y gestión privada de servicios públicos. En nuestro Derecho se encuentra regulada en la actualidad por el **Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas** (TRLCAP) como una modalidad del denominado “contrato de gestión de servicio público”³⁰.

La concesión administrativa se admite siempre que se trate de servicios que “tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares”³¹ descartándose su admisibilidad “en los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos” (art. 155.1 del TRLCAP) y sin que resulten aplicables las disposiciones contenidas en el Título II del TRLCAP a “los supuestos en los que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de Entidades de Derecho Público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho Privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma” (art. 154.2).

La concesión administrativa es una de las modalidades previstas en nuestra legislación para la contratación de la gestión de los servicios sanitarios³². Por medio de la concesión el empresario ges-

³⁰ La principal diferencia entre el contrato administrativo de gestión de servicio público y el contrato administrativo de servicios estriba en que en el primero el objeto contractual que llevará a término el empresario será una actividad prestacional al ciudadano, competencia de la Administración. Se trata de una actividad que debería prestar la Administración Pública a los ciudadanos y que por razones de eficiencia y economía se presta de forma indirecta por una empresa privada (Informe 5/1998, de 30 de octubre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña).

³¹ La nota del contenido económico del servicio podría esgrimirse como argumento en contra del uso las concesiones en sectores tales como la sanidad, ya que en la concesión la retribución del concesionario suele serlo con cargo a las tarifas que abonan los usuarios.

³² A juicio del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, la concesión permite: 1) elegir los sujetos más capaces o con mayores garantías para que la actividad se cumpla en el sentido que al interés público convenga. 2)

tionará el servicio a su propio riesgo y ventura (art. 156.a del TRLCAP). La Comisión Europea, por su parte, define la concesión como el supuesto en el cual las autoridades públicas confían a otra parte la gestión de proyectos de infraestructura u otros servicios públicos en su nombre, y la otra parte asume la operación a su riesgo y ventura³³. En cualquier caso la adjudicación de esta modalidad de contrato de gestión de servicio público ha de ajustarse a los principios de publicidad, concurrencia, igualdad y no discriminación previstos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.³⁴

Sin embargo, no podemos reducir el estudio de la figura de la “concesión” a esta modalidad de contrato de gestión de servicio público, ya que bajo este término genérico también podemos incluir otros dos supuestos: a) La concesión demanial³⁵, o de dominio público, que constituye un derecho real administrativo consistente en la facultad de aprovechamiento o uso exclusivo privativo ó anormal de un bien de dominio público; y b) La concesión de obra pública, contrato administrativo típico que surge tras la supresión de la anterior concesión del contrato de obras públicas.³⁶

tasar el contenido de las facultades de ejercicio que se transmiten, en función del objetivo social que con ello se pretende y 3) imponer ese ejercicio de una manera forzosa, de modo que se elimine la posibilidad de un no ejercicio, que se juzga contrario al interés general, todo ello bajo la fiscalización administrativa; y en fin reservar la posibilidad de una caducidad de los derechos otorgados, ó de un rescate de los mismos, o de una reversión a tiempo establecido, en virtud de una titularidad remanente y última que permanece en la Administración. (Curso de Derecho Administrativo II. Ed. Cívitas, 2001)

³³ El principio de riesgo y ventura en la contratación administrativa aparece regulado en el artículo 98 del TRLCAP.

³⁴ Las reglas propias de la contratación administrativa en materia de capacidad, publicidad, licitación y adjudicación resultan igualmente aplicables a los contratos de obras celebrados por entidades privadas que tengan por objeto determinadas infraestructuras entre las que cabe citar la edificación de hospitales (art. 2.2 del TRLCAP e Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 45/95, de 21 de diciembre)

³⁵ Según dispone el artículo 334.10 del CC “Son bienes inmuebles (...) las concesiones administrativas de obras públicas (...) y demás derechos reales sobre bienes inmuebles” mientras que el artículo 336 del citado cuerpo legal dispone que “tienen también la consideración de bienes muebles (...) los contratos sobre servicios públicos”.

³⁶ El derogado contrato administrativo de concesión de obras públicas tenía su precedente en la Ley 8/1972, de 10 de mayo, de construcción, conservación y explotación de Autopistas en régimen de concesión.

De las tres acepciones posibles que reviste el término “concesión”, nos centraremos en particular en dos de ellas: **la concesión de servicio público y la concesión de obra pública** como medios de gestión privada de infraestructuras en el sector sanitario.

i) Concesión administrativa de servicios:

Como ya hemos apuntado, la concesión constituye una de las modalidades de contratación de gestión de servicio público “por medio de la cual se transfiere a una persona física ó jurídica la gestión de un servicio público, asumiendo ésta el riesgo económico de la actividad. La concesión puede comprender la construcción de una obra ó instalación, soporte físico del servicio a prestar, o la pura gestión de éste cuando no las exija. Una reiterada jurisprudencia pone de manifiesto que la concesión es una modalidad de gestión de servicio público de estructura contractual, aunque inciden sobre ella los poderes de la Administración” (STSJ de Cataluña de 10 de noviembre de 1993).

En este sentido, y al hilo de la naturaleza que reviste esta modalidad de vinculación del sector privado con la Administración para la prestación de servicios, han surgido diversas teorías, desde aquellas que consideraban en un primer momento que se trataba de un acto unilateral de la Administración, un acto de poder, soberanía o privilegio (SSTS de 30 de septiembre de 1911 y 14 de marzo de 1936), a aquellas que reconocían el carácter colaborativo de la concesión sobre la base de un vínculo contractual, pasando por aquellas que consideraban que se trataba de un concierto de obligatoria observancia, o de un contrato bilateral (SSTS de 21 de febrero de 1942 y 3 de enero de 1944) hasta el posicionamiento mayoritario actual que subraya el papel esencial en el ámbito del servicio público³⁷, siendo el cumplimiento de

³⁷ El vigente TRLCAP no proporciona una definición del concepto de servicio público, a diferencia de lo que sucede en la Ley de Bases de Régimen Local que, en su artículo 85.1, considera que merecen la calificación de servicios públicos locales todos cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de competencia de las entidades locales. Así mismo, el artículo 25.1 de esta misma norma establece que el municipio, para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal.

un derecho a favor del titular y la función que se le confía al particular para realizar una empresa o prestar un servicio de interés general, los elementos determinantes sobre los que recae la necesidad del mantenimiento del equilibrio económico de la concesión (**SSTS 11 de junio de 1986, 3 de enero de 1985, 5 de marzo de 1982, 23 de diciembre de 1980**)³⁸

Así pues, la idea esencial que caracteriza a la concesión como forma de gestión indirecta de servicios públicos, a tenor de lo dispuesto en el TRLCAP, no es otra que la prestación de un servicio público por parte de un particular que asume la gestión y el riesgo, a cambio de la correspondiente compensación económica percibida directamente de los usuarios conforme a las tasas fijadas previamente por la Administración por la utilización del servicio público.

A nivel de Derecho Comunitario cabe reseñar la exclusión de esta figura del ámbito de aplicación de la **Directiva 92/50/CEE³⁹, del Consejo de 18 de junio de 1992**, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debido a que éstos contratos precisan de una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora a la empresa prestadora de los servicios, a diferencia de lo que acontece con la concesión, en la que la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros, de modo que “esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos” (**STJUE de 13/10/2005 Parking Brixen. C-458/03**). Esta interpretación es compartida por la vigente **Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004**, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios cuyo art. 1 apartado 4 establece que “*la concesión de servicios es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la con-*

trapartida de la prestación de servicios consista, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un precio”

La concesión, como modalidad de gestión de servicio público, ha sido muy utilizada en los últimos tiempos en el sector sanitario siendo buen ejemplo de ello el modelo de gestión indirecta empleado por la Generalidad Valenciana en el Hospital de Alzira, posteriormente generalizado para toda el Área de Salud de esta demarcación geográfica. No en vano, desde que se instauró el modelo público-privado de gestión sanitaria en 1999, la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana ha adjudicado cinco proyectos de gestión hospitalaria: Alzira, cuya gestión corresponde a la empresa Adeslas; Hospital de Torrevieja (Asisa), Denia (DKV), Manises (Consorcio formado por Sanitas y Ribera Salud) y el Hospital de Elche (Asisa). En todos estos proyectos participan las Cajas de Ahorros, correspondiendo la financiación, propiedad y control de la infraestructura sanitaria a la Consejería de Sanidad, mientras que las compañías concesionarias se responsabilizan de la construcción, el equipamiento y la gestión del nuevo hospital.

Sin embargo, y a diferencia del concierto⁴⁰ (fórmula contractual asumida sin reservas para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos) el uso de la concesión para la gestión de servicios sanitarios no ha estado exento de polémica. El rechazo que inspira el empleo de la concesión para la gestión de servicios sanitarios públicos estriba, fundamentalmente, en el hecho de que, a diferencia de lo que acontece con el concierto (mecanismo éste que no comporta una desvinculación de la Administración Sanitaria de la gestión ya que son más bien fórmulas de integración de terceros en el servicio), la concesión representa un desprendimiento del servicio a favor de terceros, como así nos lo recuerda la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al señalar que es el empresario el que debe gestionar el servicio a su riesgo y ventura, percibiendo su retribución de los usuarios y sin ninguna intervención

³⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de abril de 2002.

³⁹ Auto de 30 de mayo de 2002 (Buchhandler-Vereinigung, C-358/00)

⁴⁰ Artículo 90 de la Ley General de Sanidad.

compartida por parte de la Administración titular del servicio público.

A la vista de estas premisas cabe preguntarse: ¿a través de qué técnica de gestión indirecta puede canalizarse la prestación de servicios sanitarios por establecimientos privados con cargo a fondos públicos? La respuesta la encontramos en la propia Ley General de Sanidad, piedra angular sobre la que se asienta el diseño actual de la estructura organizativa de nuestro Sistema Nacional de Salud, y que reconoce expresamente la figura del concierto sanitario⁴¹ como el cauce más adecuado para dar participación al sector sanitario privado.

Sin embargo, la realidad actual nos ofrece abundantes ejemplos de todo lo contrario. En efecto, cada vez son más las CCAA que incorporan la concesión como modalidad de contrato típico de gestión de servicios públicos sanitarios.

La doctrina mayoritaria considera perfectamente admisible la técnica de la concesión administrativa para la gestión de los servicios sanitarios públicos ya que, como ha señalado el **Tribunal Constitucional** en **Sentencia nº 37/94**, *“el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de seguridad social (...) es un derecho de estricta configuración legal, y que el carácter público del sistema no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privada”*.

Al hilo de este pronunciamiento, y dado que las bases jurídicas del Sistema Nacional de Salud no exigen una gestión pública directa y exclusiva (**STS 20/12/2005**), resulta perfectamente legal la figura de la concesión administrativa en este ámbito ya que si bien es cierto que la Ley General de Sanidad no recogía ni permitía otras fórmulas de gestión indirecta de hospitales públicos que el concierto y el convenio de vinculación singular, aquella no agota la normativa específica en materia de Sanidad Pública, ya que tanto el Real Decreto-Ley 10/1996, como la Ley 15/1997 ampliaron los términos de la Ley 14/86

acogiendo la posibilidad de la gestión indirecta mediante acuerdos, convenios y contratos con personas ó entidades públicas ó privadas (**STSJ de Valencia de 20 de diciembre de 2000**).

Pero la concesión administrativa, como contrato de gestión de servicio público, puede suponer en ocasiones que para la prestación del servicio se deban hacer obras de primer establecimiento o bien que, durante la prestación del servicio, sea necesario acometer obras que presentan un marcado accesorio respecto de la prestación del servicio público que es la verdadera causa del contrato.

Tras la promulgación de la **Ley 13/2003, de 23 de mayo reguladora de la concesión de obras públicas**, la cuestión que se ha suscitado estriba en establecer cuál es la distinción entre el contrato administrativo de obras y el contrato administrativo de gestión de servicios públicos que lleva aparejadas obras.

Establecer esta distinción requiere adentrarnos en la concesión como medio privado de gestión privada de infraestructuras y hacer una breve recapitulación histórica que nos permita conocer las raíces y la evolución jurídica que ha experimentado desde que se utilizara por vez primera en el siglo XIX.

El origen de la vinculación de los conceptos dominio público, obra pública y servicio público tienen sus orígenes en la construcción de los ferrocarriles. La penuria de medios del Estado liberal propició la vinculación de los conceptos de obra y servicio público, pues careciendo de fondos el Estado para abordar grandes obras de infraestructura cedió la construcción de las líneas férreas a empresas privadas, que se remuneraban como concesionarias mediante la explotación del servicio público. Pero desde el último tercio del siglo XIX la doctrina y el derecho positivo se han venido esforzando en depurar y diferenciar los tres conceptos de obra pública, dominio público y servicio público. Este proceso, aunque con variantes y disfunciones, llevó a una situación en la que parecía que iba a rechazarse por el derecho positivo la vinculación entre la construcción de una obra y la remuneración del contratista mediante la explotación de una actividad o servicio de la que tenía el carácter de concesionario. No obstante, llegó

⁴¹ *El concierto supone integrar en la prestación de un servicio público una empresa que ya lleva acabo en el ámbito privado y de forma similar esta actividad con sus propios medios (Informe 2/1999, de 15 de abril de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña).*

un momento determinado en que se desechó paulatinamente este criterio doctrinal, posiblemente a partir de la legislación reguladora de las autopistas de peaje⁴², como nos recuerda la **STS de 23 de enero de 2006**.

En el momento actual nos encontramos con tres tipos diferentes de fórmulas de construcción de infraestructuras⁴³: el **contrato administrativo de obras**⁴⁴, el **contrato de gestión de servicios públicos que lleve aparejada la realización de obras**, y finalmente el **contrato de concesión de obra** (Ley 13/2003, de 23 de mayo) que sustituye al derogado contrato de concesión de obra pública (que no dejaba de ser una mera especialidad del contrato de obras).

Por el contrario el nuevo contrato de concesión de obra se contempla como un contrato con sustantividad propia en contra del parecer del Consejo de Estado, que consideraba preferible no recurrir a la elaboración de un texto normativo específico sobre ordenación del régimen jurídico básico de la concesión de obras públicas, ya que “la figura de la concesión de obras públicas se inscribe indefectiblemente en el marco de la contratación de las Administraciones Públicas” (**Dictamen del Consejo de Estado nº**

3375/2001 sobre el anteproyecto de la Ley Reguladora de la Concesión de Obras Públicas, de 5 de diciembre de 2001)

En cualquier caso, a nadie se escapa que tanto en el **contrato de gestión de servicios públicos que lleve aparejada la realización de obras** como en el **contrato de concesión de obra**, estamos ante un negocio jurídico mixto⁴⁵ y que, tradicionalmente, éste ha sido el parecer de los Tribunales de Justicia y de los organismos consultivos en relación con los contratos de ejecución de obras y explotación de servicios. En este sentido se manifestaba el Consejo de Estado al afirmar que “...cuando la concesión no se circunscriba a la explotación del área de servicio, sino que se extienda a la ejecución de las obras de construcción del área de servicio como premisa para su explotación, tal negocio concesional deja de ser un contrato de gestión de servicios públicos para convertirse en una verdadera concesión de obra...” (**Dictamen del Consejo de Estado de 13 de noviembre de 1997**), y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, al señalar, en relación con la remisión que el artículo 159.2 de la **Ley 13/1995** hacía al hoy derogado contrato de concesión de obras públicas, que se debía descartar la idea de que todo contrato de gestión de servicios públicos que incluya cualquier género de obra, aunque fuera de ínfima cuantía, habría de regirse por las normas del contrato de concesión de obras, ya que lo contrario “desnaturalizaría la finalidad de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto establece y regula como tipos contractuales distintos los de obras y los de gestión de servicios públicos, quedando este último sin prácticamente campo de aplicación si prevalece la interpretación que se descarta. Todo lo anteriormente expuesto y razonado sobre contratos mixtos de obras y gestión de servicios públicos tiene un apoyo expreso en el preámbulo de la **Directiva 92/50/CEE**, cuyo decimosexto considerando señala que “los contratos públicos de servicios...pueden incluir obras en determinados casos; que de la **Di-**

⁴² La Ley 10 de mayo de 1972, desarrollada por el Decreto de 25 de enero de 1973. En dicha ley se establece que el concesionario podrá percibir de los usuarios el peaje que corresponda a las tarifas aprobadas por el Gobierno y deberá construir la autopista a su riesgo y ventura así como explotarla durante el plazo contractual. La modificación de la Ley de autopistas por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, permite que puedan ser objeto de concesión la conservación y explotación de tramos de autopistas ya construidos y que puedan extender las empresas concesionarias su objeto social a la construcción de obras de infraestructuras viarias distintas a las que han sido objeto de concesión, sin olvidar la creación de la figura del contrato de gestión de autovías.

⁴³ Hay que mencionar el novedoso contrato de colaboración público-privado que se contempla en el proyecto de ley de contratos del sector público especialmente concebido para la financiación de infraestructuras no susceptibles de explotación económica en sí misma, como sería el caso de las infraestructuras hospitalarias que no permiten generar de forma aislada recursos económicos para el empresario responsable de su construcción y explotación.

⁴⁴ Dentro de este tipo de contrato administrativo habría que mencionar la posibilidad de financiar las obras públicas construidas al abrigo del modelo clásico de contrato administrativo de obras mediante el otorgamiento de una concesión de dominio público en el área en la que se integra aquélla, prevista en el artículo 130 y siguientes del **TRLCAP** para aquellos supuestos en los que la obra no sea susceptible de explotación. Una vez más surge la misma interrogante ¿a caso no es un hospital una infraestructura no susceptible de explotación económica por un particular en el marco de un modelo sanitario público y de vocación universal?

⁴⁵ Causa extrañeza, en cambio, el hecho que el legislador haya querido limitar también el objeto del nuevo contrato de concesión de obra a la simple explotación de una obra ya existente.

*rectiva 71/305*⁴⁶ se desprende que un contrato sólo se considerará contrato público de obras si su objeto consiste en realizar una obra de construcción; que siempre que dichas obras sean accesorias y no constituyan el objeto del contrato, no pueden justificar la clasificación del contrato como contrato público de obras” (**Informe de la JCCA nº 49/97, de 17 de diciembre**). A su vez, el Tribunal de Justicia de la UE también se ha hecho eco del decimosexto considerando de la Directiva 92/50 e interpreta que en estos casos estamos en realidad ante auténticos contratos mixtos, de manera que lo determinante será el objeto principal del contrato (**Sentencia de 19 de abril de 1994 en el Asunto C-331/92**) El Tribunal Supremo, por su parte, también ha puesto de manifiesto la complejidad del objeto contractual en todos estos casos objeto de comentario al señalar que “*en el contrato de gestión de servicio público, el objeto no es propiamente la realización de obras sino que lo que constituye su objeto es la gestión de un servicio*” (**STS de 13 de abril de 1992**).

Para ilustrar las consideraciones jurídicas efectuadas en torno a la figura jurídica de la concesión administrativa en el ámbito sanitario, tomaremos como referente el modelo de gestión del Hospital de la Ribera (cuyo equivalente, en la Comunidad Autónoma de Madrid, sería el nuevo Hospital de Valdemoro).

Ya hemos comentado que la Generalitat Valenciana fue la primera Administración Pública en dar el paso hacia la utilización de la figura de la concesión para la construcción y explotación de un centro hospitalario, si bien adecuando los perfiles característicos de esta modalidad de gestión indirecta de servicios públicos a las peculiaridades propias de la sanidad pública, la más importante, la imposibilidad de que el concesionario facture directamente a los pacientes, de modo que es la Administración la que asume la obligación de satisfacer los derechos económicos que ostenta la Unión Temporal de Empresas titular de la concesión.

En virtud de este contrato administrativo es la empresa concesionaria la que se compromete a fi-

nanciar y construir el centro hospitalario, así como a su posterior gestión no limitada a los servicios de naturaleza no sanitaria, a diferencia de lo que sucede con los hospitales constituidos al abrigo del nuevo contrato de concesión de obra pública.

Por tanto, la prestación de la totalidad de los servicios que ofrece toda institución hospitalaria pública es asumida por el sector privado, siendo la financiación pública a través de un sistema de pago capitativo en virtud del cual la Generalitat Valenciana paga al concesionario una cantidad anual por cada uno de los habitantes del Departamento de Salud incluidos en el sistema de información poblacional para que sean atendidos, y todo bajo un estricto control público encarnado en la figura del “comisionado”. A tal efecto, la Administración Autonómica nombra a un profesional funcionario o estatutario para que represente a la Generalitat en las relaciones con la empresa concesionaria. Esta persona tiene encomendadas entre otras las siguientes funciones: a) controlar, aceptar y denegar las propuestas de ingreso programado de los enfermos no pertenecientes a la población de referencia; b) ordenar el traslado de pacientes en casos de ingresos de otras demarcaciones que considere deben ser remitidos al hospital de referencia de su zona de residencia; c) Supervisar la realización de las encuestas o sondeos de opinión que proponga la comisión mixta de seguimiento; d) recibir las sugerencias, quejas y reclamaciones de los usuarios del hospital informando a éste; e) solicitar y recibir las estadísticas de actividad que considere necesarias, con enumeración de los pacientes pendientes de atención de cada una de las especialidades; f) ejercer la jefatura orgánica del personal dependiente de la Conselleria en los centros gestionados por el concesionario; y g) comprobar la veracidad de la facturación de pacientes ajenos a la población protegida por el contrato, dando conformidad a la misma.

Finalmente, en relación con este modelo de CPP a través de concesiones, hay que reseñar que, aún cuando el esfuerzo inversor proviene del sector privado, y es éste el que se responsabiliza de la construcción del hospital, su puesta en funcionamiento en las condiciones establecidas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, su correcto man-

⁴⁶ Esta Directiva regulaba los procedimientos de contratación de obras.

tenimiento durante toda la vigencia de la concesión, así como la gestión de la totalidad de los servicios del Hospital (sean sanitarios o no sanitarios), el centro no pierde su naturaleza jurídica de centro público durante y una vez expirado la vigencia de la contrata y ello porque, en tanto dura la concesión, la institución hospitalaria se integra en la red asistencial de la Administración, que en todo momento ostenta la titularidad del servicio público (no así la prestación material del mismo) y, una vez finalizado el plazo contractual, los bienes han de revertir a la Generalitat en su conjunto, y esto sin obviar que el dato esencial de que el suelo sobre el que se lleva a cabo esta edificación es suelo público.

ii) Concesión de obra pública:

La segunda modalidad de CPP para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias en la que nos vamos a detener adopta en nuestro Derecho la forma de concesión de obra pública⁴⁷.

El actual **contrato de concesión de obra pública** fue introducido por la Ley 13/2003 y se perfila como un contrato administrativo típico cuyo objeto, a la luz de lo dispuesto en el artículo 220 del TRLCAP, puede consistir bien en la ejecución de una obra y su explotación, o bien en la mera explotación de una obra ya construida⁴⁸.

Esta última vertiente resulta de difícil comprensión ya que el Tribunal de Justicia de la UE ha señalado que la mera explotación es un contrato público de servicios, no de obras (**STJUE de 13 de octubre de 2005**). En el mismo sentido, la **Comunicación Interpretativa de la Comisión 2000/C121/02 sobre las concesiones en el Derecho Comunitario, de 29 de abril de 2000**, afirma también que “un contrato

de concesión que implique la realización de obras sólo con carácter accesorio, o que se refiera solamente a la explotación de una obra existente, se interpreta como contrato de servicios”, y que “estamos en presencia de un contrato público de obras cuando el coste de la obra vaya a cargo principalmente del órgano de contratación y el contratista no reciba su remuneración a través de derechos percibidos directamente de los usuarios. Por su parte, la **Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios** define la concesión de obra pública, a partir de la definición del contrato de obras públicas⁴⁹, como aquél que presenta las mismas características que el contrato de obras, si bien con una importante particularidad y es que la contrapartida de las obras consiste, bien en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

Así pues, ya desde un primer momento parece evidente la colisión entre el Derecho interno y el Derecho comunitario en torno a qué se ha de entender por contrato de concesión de obra y cuáles son los contornos que permiten deslindar esta modalidad contractual de otros negocios jurídicos con objetos análogos. En todo caso, y teniendo en cuenta la posición del Derecho Comunitario a este respecto, parece evidente que el contrato de concesión de obra regulado por la Ley 13/2003 es básicamente “una forma de financiación de obras públicas, puesto que es impensable que se entienda como concesión de obras públicas lo que únicamente puede ser objeto, bien de un contrato de gestión de servicio público, bien de un típico contrato de servicios”⁵⁰, en plena sintonía con el parecer del Consejo de Estado⁵¹, que también puso de relieve la notable ampliación que, de la noción de concesión, hacía el anteproyecto de

⁴⁷ La Ley 3/2007, de 4 de julio, de obra pública, de Cataluña incorpora la única definición de obra pública existente en nuestro Derecho positivo al señalar que es obra pública “el resultado de un conjunto de trabajos de ingeniería civil destinado a cumplir una función económica o técnica, que tiene por objeto un bien inmueble, tanto si se trata de obras de nueva planta como de transformación, restauración o reforma. En estos últimos casos, es obra pública si el conjunto de trabajos tiene un carácter de intervención total o parcial que produzca una variación esencial”.

⁴⁸ El artículo 7 del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público hace desaparecer esta posibilidad, lo que permitiría establecer una distinción más nítida entre la figura del contrato de gestión de servicios públicos y este otro contrato administrativo típico.

⁴⁹ La obra se define en el artículo 1.2 de la **Directiva 2004/18** como el resultado de un conjunto de obras de construcción o de ingeniería civil destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica.

⁵⁰ Informe 3/2004, de 11 de marzo de 2004 de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana.

⁵¹ Dictamen del Consejo de Estado nº 3375/2001, de 5 de diciembre de 2001.

Ley al extenderla también a aquellos supuestos en que tiene por objeto la “*explotación de la obra ya construida*”, recalcando que “*no debe olvidarse que la mera explotación de una obra podría constituir en sí misma el objeto de otro contrato, distinto al de concesión, bien administrativo (de gestión de servicio público), bien privado, bien típico, bien atípico*”⁵².

En cualquier caso, la nota característica y relevante del contrato administrativo de concesión de obra pública⁵³ lo constituye la “*explotación de la obra*”. En este sentido resulta clarificador el criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que se muestra categórica al afirmar que, para que un contrato pueda ser calificado como de concesión de obra pública, debería ser susceptible de explotación, motivo éste que le sirve para rechazar esta calificación como contrato de concesión de obra pública de un contrato que tiene por objeto la construcción de un edificio en el que se han de albergar los servicios centrales de la Universidad (**Informe de la JCCA nº 61/2003**). ¿Cuál sería la diferencia con los actuales proyectos de construcción de hospitales?

Así pues, *prima facie*, el contrato de concesión de obra pública comporta indefectiblemente la necesidad de que el empresario adjudicatario perciba algún tipo de ingreso proveniente, bien de terceros, bien de la propia administración por el uso que ésta haga del inmueble⁵⁴ (peaje en sombra previsto en el artículo 225 del TRLCAP), y ello al margen de la percepción de otros ingresos derivados de la instalación en el establecimiento de zonas comerciales, aparcamientos, etc...

⁵² Para el legislador de 2003, la mera explotación de la obra pública difiere de la explotación de un servicio público de modo que no cabría identificar la explotación de obra con una actividad de naturaleza prestacional.

⁵³ Como obra pública podremos considerar toda infraestructura vinculada a la prestación de un servicio público, o que resulta necesaria para la prestación de actividades de interés general, como por ejemplo, un hospital.

⁵⁴ En realidad esta idea básica que subyace en el contenido del contrato de concesión de obra pública y que explica la construcción de los nuevos hospitales no presenta grandes diferencias respecto del contrato de arrendamiento operativo con opción de compra (*Leasing*). El Consejo de Estado en su Dictamen nº 3375/2001 así lo hizo constar.

Por el contrario, en aquellos supuestos en los que el inmueble no sea susceptible de explotación económica, no podríamos hablar de contrato de concesión de obra pública, sino que la figura contractual más idónea sería la descrita en el art. 130 del TRLCAP.

Esta idea es la que subyace en todo tipo de concesión, y en este sentido resulta ilustrativa la **STJUE de 10 de noviembre de 1998** en la que se señala que toda concesión comporta como contraprestación a favor del concesionario el reconocimiento del derecho a explotar el servicio (en el caso que nos ocupa, entiéndase referido a la obra), sin que pueda participar de la naturaleza de concesión la relación jurídica en la que la remuneración percibida consista en un precio pagado por la Administración.

Es decir, que toda concesión lleva aparejada la traslación al contratista de los riesgos de explotación, aunque en el caso de construcción de centros hospitalarios en los que el único usuario es la Administración Pública, la asunción de riesgos por parte del concesionario resulta más que cuestionable, sobre todo si recordamos que la **Directiva 18/2004** definía el contrato de concesión de obra pública como aquél “*que presenta las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio*” (art. 1.3).

Puesta de manifiesto la vital importancia que reviste la explotación de la obra como nota característica de esta modalidad de contrato de obra pública, habría que desentrañar cuál es el significado del término “*explotación*”, y si resulta pacífica la acepción antes expuesta de lo que se debe considerar por “*explotación*”.

Una primera tesis sostiene que no habría inconveniente en catalogar como contrato de concesión de obra pública la construcción de centros hospitalarios en los que el concesionario percibe como contraprestación el canon que debe abonar la Administración en concepto de utilización de la obra (art. 246). En apoyo de esta postura se argumenta que la contraprestación del concesionario no se limita exclusivamente al percibo del canon que abona la Adminis-

tración, sino que también engloba el derecho a utilizar los bienes de dominio público, sin que en estos supuestos sea necesaria la pertinente autorización de la Administración (art. 94 de la Ley 33/2003) cuando el propio contrato habilite para la ocupación de los bienes demaniales. Además de lo anterior, los partidarios de esta tesis afirman que no se identificaría necesariamente “explotación” con “prestación de servicios”, de modo que la explotación del inmueble podría consistir en la puesta a disposición de la Administración que, por otra parte, sería la responsable de asumir las actividades propias de servicio público (la asistencia sanitaria)⁵⁵.

Frente a esta línea interpretativa se alza la postura contraria, sustentada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el ya citado **Informe nº 61/2003**. Esta segunda tesis difiere de la anterior en el hecho de que la explotación no podría consistir en la mera puesta a disposición del inmueble. Sus argumentos se reproducen en buena medida en el **Informe nº 70/2004, de 11 de marzo de 2005**, en el que se afirma que “... en el caso que se examina la cesión del uso del edificio, una vez construido, al Ayuntamiento, para destinarlo a usos sociales o culturales, no constituye explotación del edificio por el concesionario, por lo que debe descartarse la posible concurrencia de una concesión de obra pública de las definidas en el artículo 220 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas” añadiendo posteriormente que “En su informe de 30 de mayo de 1996 (Expediente 24/96) admitía la figura de la concesión de obra pública ajustada al entonces artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por tratarse de obras de adaptación de un inmueble para residencia universitaria y su posterior explotación y, por tanto, darse el requisito de ser el edificio susceptible de explotación por el concesionario. Por el contrario, en el informe de

12 de marzo de 2004 (Expediente 61/03) ya en relación con el vigente artículo 220 de la Ley, introducido por la Ley 13/2003, se descartaba la figura de la concesión de obra pública por tratarse de la construcción de un edificio para albergar los Servicios Centrales de la Universidad de Burgos, entendiendo que no concurría el requisito de ser el edificio susceptible de explotación por el concesionario, lo que obligaría -decía el informe- "a acudir a otras figuras contractuales distintas como puede ser la del contrato de obras para la construcción del edificio"

La trascendencia de este posicionamiento es evidente pues, en base al criterio del máximo órgano consultivo en materia de contratación administrativa, la construcción de los nuevos centros hospitalarios que se está llevando a cabo, entre otras, la Comunidad Autónoma de Madrid, no tendría correcto amparo jurídico al haberse acogido a esta modalidad de contrato de forma indebida por la sencilla razón de que faltaría el elemento esencial del mismo, a saber: que se trate de una obra susceptible de explotación económica.

En el mismo sentido, VILLAR ROJAS entiende que no basta con el uso o la mera puesta a disposición del hospital para considerar que la obra sea susceptible de explotación, entendiendo que en estos casos estaríamos ante una suerte de arrendamiento. Además, si se identifica el hospital con los servicios médicos no es explotable, y si se quisiera optar por su externalización se debería acudir a la concesión de servicio público de forma análoga a como ha sucedido en el Hospital de Alcira, Denia o Valdemoro⁵⁶.

Partiendo de este razonamiento, y considerando que los hospitales públicos no son infraestructuras susceptibles de explotación frente a terceros, que el único usuario sería la propia Administración, que la contraprestación que obtiene el concesionario consiste de manera casi exclusiva en el abono de un canon por la Administración concedente en concepto de uso del bien inmueble, y que el concesionario no

⁵⁵ Este sería el posicionamiento sostenido por el despacho Uría y Menéndez en el informe elaborado conjuntamente con la empresa auditora Price-Waterhouse-Coopers encargado por la Confederación Española de Organizaciones Empresariales en marzo del 2005. En dicho informe, se señala la necesidad de diferenciar entre la prestación del servicio público, que asumiría la Administración, y la explotación de la obra que cabría encomendar a un concesionario, el cual vendría obligado a poner la obra, en adecuadas condiciones de uso, a disposición de la Administración prestadora del servicio.

⁵⁶ VILLAR ROJAS, F.J. *La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios. Derecho y Salud*, Vol. 14, marzo 2006

asume riesgos de explotación, lo cual constituye un factor esencial⁵⁷, lo más ajustado a Derecho es considerar que en realidad estamos ante un contrato público de obras cuya financiación se efectuaría a través de la concesión de dominio público prevista en el art. 130 del TRLCAP.

Como ya adelantábamos, recientemente se han acogido a esta modalidad de participación privada en la financiación de las infraestructuras sanitarias públicas, entre otras, la Comunidad Autónoma de Madrid para la construcción en tiempo récord de siete nuevos hospitales sin detracer de las arcas públicas el ingente capital necesario para tan costosas inversiones⁵⁸.

Los aspectos más significativos de este tipo de concesiones de obra pública de la Ley 13/2003 son: a) La vigencia del contrato es de 30 años desde la fecha de formalización del contrato, debiendo revertir a la Comunidad Autónoma de Madrid, a la fecha de su expiración, la obra pública, zonas complementarias anexas así como los bienes e instalaciones sin derecho a indemnización; b) El objeto del contrato comprende las siguientes actividades: redacción del proyecto de ejecución de la obra pública, ejecución y dirección de la obra, dotación del equipa-

miento necesario, explotación y mantenimiento de la obra⁵⁹, así como explotación de zonas complementarias⁶⁰ y espacios comerciales autorizados; c) Se excluye de los servicios de explotación de la obra la prestación de servicios médico-sanitarios y actividades de diagnóstico, provisión y mantenimiento de equipamiento clínico y de alta tecnología, provisión y mantenimiento de tecnologías de la información, y determinado tipo de mobiliario general y clínico cuyas características están determinadas por la tipología del equipamiento clínico; d) Se arbitra un sistema de deducciones, no configuradas como penalidades, cuya concreción dependerá del grado de cumplimiento por parte del concesionario de los parámetros de calidad establecidos en los pliegos

b) El contrato de colaboración público-privada en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

El análisis de las nuevas formas de colaboración entre la iniciativa pública y privada para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias nos obliga a detenernos en este punto para referirnos, al menos brevemente, a una nueva figura de CPP de tipo contractual de inminente surgimiento en el ámbito jurídico español: se trata del nuevo “contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado” que recoge el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

El origen de esta incorporación lo encontramos en el Acuerdo del Consejo de Ministros, de 25 de febrero de 2005, por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, y en el que se establecía (mandato cuadragésimo cuarto) que: “El Ministerio de Economía y Ha-

⁵⁷ Pues el riesgo de inversión es escaso, ya que el suelo lo aporta la Administración y el bien, transcurrido el plazo de vigencia del contrato, revierte a la Administración concedente. Tampoco resulta imaginable que se materialicen las consecuencias derivadas del riesgo de disponibilidad, toda vez que se trata de un inmueble ligado a la prestación de un servicio público como es la sanidad, lo que mediatiza la decisión final de la Administración, al igual que el supuesto riesgo de demanda ya que el usuario único es la Administración, lo cual asegura la inexistencia de fluctuaciones. (VILLAR ROJAS, F.J. La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios. *Derecho y Salud*, Vol. 14, marzo 2006)

⁵⁸ Los centros que la Comunidad de Madrid construye merced a la CPP en forma de concesión de obra pública son Hospital de Parla (La empresa concesionaria es Testa Hospitalaria de Parla, S.A. y el coste total de la inversión se estima en 71.987.000 €, siendo el plazo de ejecución de 18 meses), Hospital del Henares (La empresa concesionaria es Testa Hospitalaria de Coslada, S.A. y la inversión que se ha de efectuar asciende a 80.135.000 €); Hospital de Vallecas (La empresa concesionaria es “Hospital de Vallecas, S.A.” y el presupuesto de la inversión es de 87.790.000 €); Hospital de Majadahonda (La empresa concesionaria es “Hospital de Majadahonda, S.A.” y el presupuesto de inversión asciende a 182.282.000 €); Hospital del Norte (La empresa es “Sociedad Concesionaria Hospital del Norte, S.A.” y el presupuesto de inversión 91.602.000 €); Hospital del Sureste (La empresa concesionaria es “Concesionaria Hospital del Sureste, S.A.” y el presupuesto de la inversión asciende a 65.653.000 €) y Hospital del Tajo (La empresa concesionaria es “Sociedad concesionaria Hospital del Tajo, S.A.” y el presupuesto de la inversión 44.525.000 €)

⁵⁹ La explotación de la obra se limita exclusivamente a la prestación de servicios no sanitarios, comprendiendo el mantenimiento integral del edificio, gestión de residuos urbanos y sanitarios, el servicio integral de seguridad y lavandería, el Servicio desratización y desinfección, la Gestión del Archivo de documentación clínica, el Servicio de Gestión de Personal administrativo de recepción/información y centralita telefónica, conservación de viales y jardines, servicio de limpieza y servicio de esterilización, gestión de almacenes y distribución, así como la gestión de la restauración.

⁶⁰ Las zonas complementarias engloban el aparcamiento, los teléfonos y televisores en las habitaciones, cafetería/comedor, cabinas telefónicas, vending, locales comerciales, y la posibilidad que tiene la sociedad concesionaria de proponer oportunidades de explotación adicionales asumiendo ella el riesgo y ventura.

cienda incorporará en el anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público por el que se transpondrá la Directiva 2004/18/CE, además de las normas necesarias para la completa y correcta transposición de la directiva al derecho interno, una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y el privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato”.

En cumplimiento de este mandato, y con el fin de incorporar a la legislación interna la parte de la Directiva 2004/18/CE -pendiente de trasponer, al igual que la Directiva 2004/17/CE- referida a esta nueva fórmula para instrumentar la colaboración público privada en su más amplio sentido, el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, además de introducir importantes modificaciones en el contrato de concesión de obra pública, eliminándose la posibilidad de limitar el objeto del contrato a la explotación de la obra, dedica al nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el privado su art. 11⁶¹, definiéndolo como aquél contrato en el que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos del servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones: a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o gestión; b) La gestión integral del mantenimiento de

instalaciones complejas; c) La fabricación de bienes y las prestaciones de servicios que incorporen tecnología específicamente desarrollada con el propósito de aportar soluciones más avanzadas y económicamente más ventajosas que las existentes en el mercado; d) Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración del servicio público o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

El apartado 3 del mencionado artículo se ocupa de la contraprestación a percibir por el contratista colaborador señalando que ésta “consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato”, y que “podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento”.

A la vista de los perfiles de esta nueva figura contractual, resulta innegable su potencial aplicabilidad a la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias públicas por parte del sector privado, así como un mejor encaje jurídico que la habitualmente empleada, y tan discutida, concesión de obra pública.

Precisamente al hilo de esta última cuestión –su relación con el contrato de concesión de obra pública que, no lo olvidemos, se mantiene, aún con modificaciones, en el Proyecto de Ley- se suscita el problema de la compleja delimitación de ambas figuras, debida a la proximidad conceptual existente entre ambas. En este sentido se ha pronunciado la doctrina⁶² al considerar que “El contrato de colaboración público-privada es género y el contrato de concesión de obra pública es especie. Así lo han visto por lo menos en Europa, en la Comisión, en los trabajos preparatorios, y si no debería esta Comisión proponer una diferenciación más clara, puesto que si la cuestión depende de si hay usuario que paga o no, si esa es la cuestión, tenemos un problema, porque puede ocurrir que en el contrato de colaboración público-privada haya una explotación que sea retribuida, y en el contrato de concesión puede haber pagos por parte de la Administración, con lo cual el

⁶¹ Además de otros preceptos específicos en determinadas materias, como los arts. 118 a 120 relativos a las actuaciones preparatorias de estos contratos, 164.3 en cuanto a la adjudicación de estos contratos mediante el procedimiento de diálogo competitivo, y arts. 289 y 290 en lo relativo a su régimen jurídico a la duración.

⁶² Cortes Generales. Comparecencias en relación con el proyecto de Ley de contratos del sector público. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2007 VIII Legislatura Núm. 756. Sesión núm. 31 (20 de febrero de 2007)

criterio es tan difuso, tan evanescente que no nos servirá de mucho”.

No obstante, cabe anticipar algunas diferencias entre ambas figuras. La primera, y más nítida, se refiere a la duración máxima prevista pues, mientras la concesión de obra pública podrá tener un horizonte temporal de hasta 40 años (según prevé el art. 244 del Proyecto de Ley), la duración máxima de los contratos de colaboración entre el sector público y privado no podrá exceder de 20, salvo que la prestación principal que constituya su objeto y otorgue su configuración conduzca a la aplicación del régimen jurídico de la concesión de obra pública, con lo que nos iríamos a los cuarenta años.

Entre ellas destaca el apartado relativo a la remuneración a percibir por el contratista pues, mientras en el contrato de concesión de obra pública se remunera al contratista por medio de los cánones abonados por los usuarios del servicio, pudiendo incrementarse a través del importe que abone la Administración, en el nuevo contrato de colaboración se prevé que la remuneración no dependa de los usuarios –cosa que, a juicio de MENENDEZ DE LA CRUZ⁶³, no está tan clara desde el momento en que el Proyecto de Ley permite la explotación de la infraestructura o servicio-, sino que la remuneración del contratista se hará mediante pagos periódicos que efectuará la Administración contratante.

El otro punto fuerte en el que la regulación de ambas figuras resulta divergente es el del reparto del riesgo pues, mientras la concesión se ha de ejecutar en todo caso a riesgo y ventura del contratista, en el caso del contrato de colaboración público-privada se establece un reparto del riesgo entre la Administración y el contratista, al incluir el art. 120 del Proyecto, como una de las cláusulas específicas que necesariamente han de contener este tipo de contratos, la relativa a las condiciones de reparto de riesgos entre la Administración y el contratista, de modo que se desglose y precise la imputación de los riesgos derivados de la variación de los costes de las presta-

ciones y la imputación de los riesgos de disponibilidad o de demanda de dichas prestaciones.

Esta cuestión puede verse como un escollo por las Administraciones a la hora de emplear esta fórmula contractual pues, como apuntábamos al principio, el traslado del riesgo de la Administración al contratista es uno de los elementos más valiosos de estas fórmulas de CPP, ya que permitiría no imputar a las arcas públicas el coste de estas infraestructuras y salvar así algunas de las restricciones presupuestarias impuestas a los Estados por los parámetros de déficit público que marca la Unión Europea, siempre y cuando pueda defenderse que es el socio privado el que soporta la mayor parte de los riesgos que se derivan de la ejecución del contrato⁶⁴, cosa que parece difícil de sostener en el caso de la construcción y explotación de un hospital público bajo la fórmula del nuevo contrato de colaboración público-privada y que podría determinar una escasa utilización de este tipo de contratos para la construcción de grandes infraestructuras.

c) La creación por las Administraciones de entes instrumentales para la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias.

La tercera y última fórmula de CPP que vamos a analizar de manera particular consiste en la creación, por parte de las Administraciones públicas, de entes instrumentales con o sin participación de la iniciativa privada en su capital social, para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias.

Si bien, el establecimiento de relaciones jurídicas entre los entes públicos tradicionalmente ha revestido la forma de convenio de colaboración, esta vieja tesis ha de ser objeto en la actualidad de una profunda revisión en virtud de dos factores: el primero, la modificación operada por el **Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo**, en la normativa sobre contratación administrativa; el segundo, al margen de lo dispuesto en el art. 3 del Real Decreto-Legislativo

⁶³ MENENDEZ DE LA CRUZ, CRISTINA. Contratos de colaboración público-privada en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. *Contratación Administrativa Práctica*, nº 66 – Julio 2007

⁶⁴ En los casos de Mintra y Madrid Calle30, empresas públicas creadas para la construcción de infraestructuras de transporte (metro y autovías), las inversiones han computado en los presupuestos de la Comunidad y el Ayuntamiento de Madrid por tratarse de pagos garantizados por la Administración en los que no se aprecia la existencia de riesgo alguno para las empresas.

2/2000, es que el propio TRLCAP permite intuir la posibilidad de que entidades pertenecientes al sector público puedan entablar entre sí negocios jurídicos contractuales sometidos a las reglas del Derecho Administrativo sin que, a priori, exista impedimento alguno para que se puedan formalizar contratos administrativos entre Administraciones públicas⁶⁵. En relación a este segundo punto debemos traer a colación lo dispuesto en el art. 126.1 del TRLCAP, que prevé que no será exigible la clasificación cuando el contratista sea una universidad pública, y en la Disposición Adicional Octava del mismo texto legal, que contempla de forma expresa la posibilidad de que las empresas públicas puedan presentar proposiciones en licitaciones públicas, y por ende, beneficiarse de la preferencia en la adjudicación cuando su plantilla ocupe un número determinado de trabajadores minusválidos no inferior al 2%.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁶⁶ ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este respecto en diversas ocasiones (entre otras, por medio del **Informe nº 33/1996**, en el que se reconoce la posibilidad de que el Organismo Autónomo Centro Español de Meteorología pueda participar en licitaciones convocadas por Administraciones públicas), llegando a la conclusión que no existe impedimento jurídico alguno para que se puedan entablar relaciones contractuales entre Administraciones públicas cuando una de las partes es una entidad que actúa sujeta al Derecho Privado.

⁶⁵ *STSJ de Extremadura de 28 de enero de 1999* que legitima la adjudicación de un concurso al organismo público Canal Isabel II para la gestión del servicio de aguas de Cáceres, o la *STS de 2 de enero de 1996* que avala la decisión del órgano de contratación de adjudicar el contrato al Instituto Cartográfico de Cataluña.

⁶⁶ La postura tradicional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha sido la de excluir del ámbito de aplicación del TRLCAP las relaciones contractuales entabladas entre dos entes de derecho público. En este sentido cabe citar el **Informe nº 46/1998** en el que se afirmaba que “mientras los entes públicos sujetos del derecho público se relacionan con las Administraciones Públicas a través de los convenios excluidos de la LCAP en su artículo 3.1.c) (y del TRLCAP), las entidades privadas, entre las que hay que incluir los entes ó sociedades públicas sujetos en su actividad contractual al derecho privado pueden celebrar con las Administraciones Públicas convenios excluidos de la aplicación de la LCAP, en virtud de su artículo 3.1.d), siempre que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en esta ley ó en las normas administrativas especiales”

A su vez la Directiva 2004/18 CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, define en su art. 2.8 como “proveedor, contratista y prestador de servicios” a “toda persona física o jurídica, entidad pública o agrupación de dichas personas(...) que ofrezca la realización de obras o de una obra concreta, productos o servicios en el mercado”.

Dicho esto, resulta evidente que a la luz de la Legislación nacional y del Derecho comunitario se admite la posibilidad que el licitador y adjudicatario de un contrato público sea un organismo público, una expresión ésta que, tal y como así lo ha establecido la jurisprudencia comunitaria, debe ser objeto de una interpretación amplia, de tal modo que lo relevante no es la forma jurídica que revista la entidad en cuestión, sino si concurren los requisitos fijados por el **TJUE en Sentencias, entre otras, de 15 de enero de 1998 y de 27 de febrero de 2003**)

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña confirma esta posibilidad al afirmar que “La interpretación de la LCAP, a luz del Tratado Constitutivo de la UE y de las Directivas sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos, comporta entender que la exclusión que la LCAP hace en su apartado c) de su artículo 3 (...) no puede llegar a los contratos onerosos que celebren estos entes públicos cuando su objeto sea uno de los incluidos en la LCAP y esta relación contractual se establezca entre personas jurídicas diferentes sin relación de dependencia entre ellas”. (**Informe nº 2/2001, de 23 de noviembre**)

En resumen, la licitación pública del contrato administrativo quedaría supeditada a que no exista relación de dependencia entre las personas jurídicas intervinientes. Esta doctrina fue establecida en la **Sentencia del TJUE de 18 de noviembre de 1999**⁶⁷

⁶⁷ En esta sentencia, tras analizar si la relación jurídica que se había entablado entre los poderes adjudicadores era ó no susceptible de ser catalogada como contrato de suministros para a continuación comprobar si es factible invocar la excepción prevista en el artículo 6 de la directiva 92/50. Lo que sucede es que la directiva 93/36 no contiene una previsión similar y es a partir de ese momento cuando se inicia la construcción de la doctrina del *in house providing*. Concretamente en el caso

en la que se afirmaba que las Directivas comunitarias sobre contratación pública no serían de aplicación en los casos en que el ente territorial (entidad adjudicadora) vaya a ejercer sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice a su vez la parte esencial de su actividad con el ente ó entes que la controlan. Igualmente cabe destacar la **STJUE de fecha 8 de mayo de 2003**⁶⁸ en la que el Tribunal, al hilo de la aplicación de la doctrina conocida como “*in house providing*” (que permite la inaplicación de las directivas comunitarias sobre contratos públicos cuando éstos se vayan a celebrar por una entidad adjudicadora con determinados organismo públicos vinculados a ella)⁶⁹ señala que la sociedad estatal española TRAGSA, “*en tanto que medio propio instrumental y servicio técnico de la administración española, está obligada a realizar con carácter exclusivo, por sí misma ó por medio de sus filiales, los*

de autos la entidad contratada suministra productos al municipio que le ha efectuado el encargo, siendo la segunda entidad una persona jurídicamente distinta del municipio pero sometida a un control análogo que ejerce el ente territorial sobre sus propios servicios y siempre que esta persona realice la parte esencial de su actividad con los entes que la controlan. La doctrina establecida en la llamada “Sentencia Teckal” ha sido reproducida en otras sentencias del mismo órgano jurisdiccional, como **STJUE de 7 de diciembre de 2000 (C-94/99)**, la de **8 de mayo de 2003** o la **STJUE de 3 de enero de 2005** para cuyo cumplimiento se dictó el Real Decreto-Ley 5/2005.

68

Aplica la doctrina antes mencionada y considera viable la exclusión del régimen de contratación pública ya que se trata de un ente instrumental del que se sirve la AGE y las CCAA que también pueden participar en su capital social mediante la adquisición de acciones. El **Dictamen del Consejo de Estado de 11 de febrero de 1999** enmarca la existencia de esta sociedad en el contexto que se desprende de los artículos 152 y 194 de la ley de contratos, “lo que permite que TRAGSA, pese a que actúe en algunas ocasiones como medio propio de la administración, pueda en otras competir como pura sociedad anónima que es. Ejemplos de otras sociedades similares en Andalucía: EGMASA (**Decreto de 7 de febrero de 1989**)

69

Hay que destacar que también podemos encontrar ejemplos de posturas refractarias a este posicionamiento mayoritario, como ha sido el caso **Sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 30 de octubre de 2000** en la que se estudia el caso de un convenio de colaboración entre administraciones locales en virtud del cual uno de ellos presta el servicio de agua potable al otro pero no de forma directa sino utilizando una empresa municipal. Para el Tribunal autonómico, esta empresa actúa como un tercero, ya que se constituyó para la gestión directa del servicio del servicio de abastecimiento de agua potable en su municipio. En este caso la gestión del servicio no se efectúa por el segundo Ayuntamiento, sino por su empresa municipal de aguas. Igualmente resulta interesante destacar el parecer de la **Junta Consultiva de Contratación Administrativa que en su informe 12 de noviembre de 1999** rechaza que dos ayuntamientos, un organismo autónomo, y un consorcio, pudieran formalizar un convenio de colaboración con una sociedad integralmente municipal.

trabajos que le encomienden la AGE, las CCAA y los organismos públicos dependientes de ellas(...). Por tanto las autoridades españolas podían encomendar legítimamente a TRAGSA los trabajos relativos a la implantación del registro oleícola sin recurrir al procedimiento de licitación”.

Finalmente cabría destacar la **Sentencia del TJUE de fecha 11 de mayo de 2006** en la que se analiza la cuestión prejudicial planteada con ocasión de la adjudicación directa de un contrato de suministros por parte de una entidad local a una sociedad mercantil creada por otro ente público sujeto a derecho privado y dependiente de la citada entidad pública territorial. El TJUE consideró que en estos casos la normativa comunitaria “*prohíbe la adjudicación directa a una sociedad anónima cuyo consejo de administración dispone de amplias facultades de gestión que puede ejercitar autónomamente y cuyo capital social pertenece en su totalidad a otra sociedad anónima cuyo accionista mayoritario es, a su vez, el poder adjudicador*”. Es decir el control que ejercía el municipio italiano (entiéndase esta mención hecha a la Administración regional) sobre las dos sociedades no iba más allá de la capacidad de acción que el Derecho de sociedades reconocía a la mayoría de los socios, lo que limitaba considerablemente su capacidad para influir en las decisiones de ambas empresas públicas.

Sintetizando, la aplicación de la doctrina *in house* pone de manifiesto lo innecesario de la licitación, pese a que concurren las características propias de los contratos públicos (objeto, carácter oneroso y forma escrita), cuando el ente territorial ejerza sobre la entidad de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios, y que ha de traducirse en una “*influencia potencialmente determinante tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de dicha sociedad*” (Sentencias **Parking Brixen** y **Carbotermo**), y que también resulta aplicable a los supuestos en los que varias entidades públicas tienen un servicio instrumental común (pensemos en el consorcio)⁷⁰.

⁷⁰ En el escrito de conclusiones del Abogado General de 28 de septiembre de 2006 sobre el caso TRAGSA, éste en relación con este primer requisito establece la necesidad de que “el estatuto legal aplicable

El segundo de los requisitos exigidos por el TJUE para la aplicación de la doctrina “*in house*” consistiría en que esta persona jurídica a la que se efectúa el encargo realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan, de modo que el resto de su actividad tenga carácter meramente marginal. Pero no basta con que se realice la parte esencial de las actividades para el ente público que ejerce el control, ya que seguiría existiendo la posibilidad de que con sus actividades restantes distorsione seriamente la competencia. Así pues, para que este segundo criterio pueda considerarse cumplido, es preciso que quede prohibido conceder a servicios instrumentales propios, o a personas jurídicas sometidas a un control público, contratos que no están comprendidos dentro de las competencias legales, administrativas o estatutarias de estos servicios o personas jurídicas.

Descendiendo a nuestro Derecho interno, este tipo de relaciones jurídicas encuentran un acomodo perfecto dentro de la figura de la encomienda de gestión⁷¹ a la que se hace referencia en el artículo 3.1.1) del TRLCAP⁷², si bien es cierto que este apartado representa una incompleta transposición de la doctrina comunitaria, ya que alude a uno solo de los requisitos exigidos por la jurisprudencia establecida por el TJUE, concretamente el relativo al control análogo al ejercicio sobre los propios servicios. A estos efectos, la Intervención General del Estado, en su **Informe de 22 de febrero de 2006** considera como elementos que permiten suponer la falta de autonomía del ente, y por tanto ponernos sobre la pista de una posible relación de instrumentalidad ajena a las disposiciones normativas que disciplinan la contratación administrativa, los siguientes: a) La

garantice la influencia real que todos los entes públicos que formulen encargos tengan, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes de este tipo de medio propio”.

⁷¹ La exclusión del campo de aplicación del TRLCAP de las relaciones jurídicas entabladas entre la Administración matriz y estos entes interpuestos se explicita en el artículo 154.2 del Real Decreto-Legislativo 2/2000 en los “supuestos en que la gestión se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado en cuyo capital sea exclusiva la participación de la Administración o de un ente público de la misma”.

⁷² Este nuevo apartado fue introducido a raíz de la promulgación del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo

obligatoriedad de realizar los encargos; b) Prohibición de participar en los procedimientos de licitación convocados por otras Administraciones Públicas que pueden realizar dichos encargos; y c) La aprobación por la propia Administración de las tarifas a aplicar.

Por otra parte resulta igualmente de interés traer a colación la facultad que confiere el TRLCAP a las Administraciones de proceder a la ejecución de obras por sí misma o de fabricar los bienes muebles que precise cuando tenga montadas a tal efecto fábricas, arsenales, maestranzas, etc...⁷³

A juicio de SOSA WAGNER⁷⁴, con ocasión del análisis de los artículos 152 y 194 del TRLCAP, cuando la ley habla de fábricas, arsenales, etc... también se está refiriendo a organizaciones que pueden estar perfectamente personificadas, de modo que las administraciones podrían encargar a estas entidades sin necesidad de acudir a procedimiento de licitación alguno la fabricación de bienes muebles o la ejecución de obras sin entablar relación contractual con terceros, ya que estas personificaciones instrumentales serían simples opciones de organización.⁷⁵

⁷³ Comentarios a la Sentencia del TJUE de 12 de julio de 2001 por TOMAS RAMÓN FERNÁNDEZ RODRIGUEZ: “En aquellos supuestos en los que la Administración decide ejecutar las obras por sus propios medios y sirviéndose de cualquiera de los modos de gestión directa de los servicios públicos, incluidas entes ad hoc y sociedades mercantiles, la normativa comunitaria debe quedar al margen porque es la Administración la que está actuando a través de entes instrumentales suyos. Estas previsiones legales han sido objeto de críticas por entender que ello puede suponer un cierre a determinados sectores del mercado nacional de contratos públicos, siendo el riesgo aún mayor cuando se contempla la posibilidad de colaborar con entidades particulares sin licitación previa. Desde esta perspectiva, la legislación nacional coloca en una posición privilegiada a los entes instrumentales propios, que aunque de iure son medios propios de la Administración, de facto son colocados en una posición de operadores privilegiados (Conclusiones del Abogado General en el caso de 28 de septiembre de 2006, caso TRAGSA).

En contra de esta visión sumamente restrictiva se yergue la posición adoptada por el Consejo de Estado en su Dictamen de 11 de febrero de 1999 en el que se dice que “la Administración tenga una empresa como medio propio de realización de sus fines no obsta para que, con la debida separación e información relativa al caso, esa misma empresa pueda competir en el mercado libre” sin que a ojos del alto órgano consultivo resulte un atentado a los principios de libre competencia ni negativo para la actuación pública.

⁷⁴ SOSA WAGNER, FRANCISCO. *La gestión de los Servicios públicos locales*. Ed. Cívitas, 2004.

⁷⁵ Semejante planteamiento cabría hacerlo extensivo a los contratos de servicios en la medida en que el legislador exige que se incorpore al expediente un informe del servicio correspondiente que justifique la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la administración

Así, el mismo autor considera que no habría problema alguno en el hecho de que estas fábricas, arsenales, etc... pertenezcan a otras administraciones diferentes de aquellas que pretenden utilizarlas siempre y cuando exista un convenio de colaboración o un consorcio.

El empleo de este sistema se ha generalizado en la mayoría de las Administraciones autonómicas⁷⁶ procediendo a la creación de entes de carácter instrumental que les permitan, por un lado, afrontar la construcción de grandes infraestructuras minimizando el impacto financiero en las cuentas públicas⁷⁷ y, por otro, mantener en todo momento el control de la inversión.

Dentro de esta modalidad de entes hay que diferenciar, como veremos mas adelante, aquellos casos en los que el socio exclusivo es la Administración, de aquellos otros en los que las sociedades públicas están abiertas a la presencia de capital privado. A continuación nos centraremos en el análisis de la primera de las alternativas citadas.

i) Creación de entes instrumentales de capital público y contratos “in house”.

Las entidades integrantes del primer modelo serían aquellas en las el único accionista es la Administración, y por ende, sus relaciones con la Administración matriz se articulan a través de la suscripción de convenios de colaboración, al margen, por tanto, de la normativa en materia de contratación administrativa (doctrina *in house* anteriormente expuesta).

para cubrir las necesidades que se trata de satisfacer a través del contrato, lo que evidencia la obligación que tiene la Administración de emplear sus propios recursos antes que acudir a la contratación con terceros.

⁷⁶ Ente las CCAA que han creado sociedades públicas para la gestión de infraestructuras, cabría mencionar a Asturias (Gispasa, entidad constituida expresamente para la gestión de infraestructuras sanitarias), Murcia (Giscarinsa), Castilla-La Mancha (Gicaman), Andalucía (Giasa) entre otras.

⁷⁷ Para que los gastos de inversión derivados de la construcción y explotación de obras a través de este tipo de entes interpuestos no compute en las cuentas públicas resulta preciso que dicha entidad goce de autonomía suficiente para la toma de decisiones económicas así como ostentar la titularidad y el poder de disposición de los bienes. De lo contrario, y a efectos exclusivamente contables se corre el riesgo de que se consideren como parte integrante de las Administraciones Públicas.

En nuestro Derecho interno, el pistoletazo de salida a esta posibilidad lo dio la **Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social**, al permitir la creación de entidades de derecho público para que se responsabilizasen de la construcción y explotación de carreteras y obras públicas en general. Al amparo de esta habilitación se constituyó por el Ministerio de Fomento el ente público “Gestor de Infraestructuras Ferroviarias” (GIF).

Este tipo de entes han proliferado posteriormente en la Administración autonómica⁷⁸ hasta el punto de haberse constituido verdaderas entidades instrumentales especializadas exclusivamente en la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias, como ha sido el caso de la empresa pública GISCARMSA⁷⁹ en la Región de Murcia o la empresa GISPASA responsable de la construcción del nuevo Hospital Central, en el Principado de Asturias.

La constitución de estos entes y su empleo para los fines concretos de construcción y explotación de infraestructuras sanitarias a través de la suscripción de convenios de colaboración tiene sentido siempre que se minimice la incidencia de los gastos de inversión en la deuda pública. Un ejemplo de ente público participado exclusivamente por la Administración Pública y que cumple con los criterios SEC 95 para la no afectación de la financiación de las infraestructuras sobre las cuentas públicas sería el caso de

⁷⁸ En la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha se ha creado la empresa GICAMAN (Gestión de Infraestructuras de Castilla-la Mancha), estableciendo el art. 3.b de la Ley 11/1997, de 17 de diciembre que “la sociedad estará facultada para realizar cualquier actividad lícita para la consecución de su objeto y, a tal fin, podrán firmar convenios y acuerdos con las Administraciones Públicas y particulares...”.

⁷⁹ La Ley 10/2003, de 23 de diciembre de Presupuestos Generales de la Región de Murcia, en su DA 14ª, incorpora la autorización del Consejo de Gobierno para la creación de una empresa pública regional que tendrá como objeto social la promoción, construcción y explotación de bienes inmuebles destinados a satisfacer las necesidades de infraestructuras sanitarias y sociosanitarias de la Comunidad Autónoma de Murcia. La ley añade que “las relaciones entre la Administración pública regional y la empresa pública se podrán articular mediante convenios que regularán la puesta a disposición de los servicios sanitarios o sociosanitarios de las correspondientes infraestructuras”. En desarrollo de esta previsión se formalizó Convenio Marco de Colaboración con la Consejería de Sanidad para el arrendamiento operativo del nuevo Hospital del Mar Menor.

la empresa pública austriaca BIG⁸⁰ “ya que dispone de un conjunto completo de cuentas” y si bien es cierto que “es al 100% de la Administración, el grado de control de la misma sobre BIG no parece estar por encima de lo que se indica en la SEC 95 con respecto a las unidades institucionales, como fijar la estrategia general de la unidad sin influenciar en la gestión diaria”.⁸¹

Pero una cosa es cómo se articulan las relaciones entre este tipo de entes y la Administración de la que dependen, y otra bien distinta sería determinar el régimen jurídico aplicable a las contrataciones efectuadas por estas entidades, ya que ello no afecta a la obligación que incumbe a la última entidad adjudicadora de aplicar los procedimientos de licitación previstos en las Directivas Comunitarias, participando de esta misma condición (poder adjudicador) las entidades creadas por la Administración bajo la forma jurídica de sociedad de Derecho Privado.⁸²

Sin embargo, el TRLCAP no se acomoda en su totalidad a las exigencias derivadas del derecho comunitario fijadas por la jurisprudencia del TJUE, como se desprende de la lectura conjunta de los artículos 1 y 2 de la Ley, en relación con la Disposición Adicional Sexta del citado texto legal, ya que el legislador, a los efectos de otorgar la calificación de poder adjudicador, combina de una parte el criterio de la forma jurídica (la societaria dejando al margen aquellos entes que no revistan esta forma) con los requisitos enumerados en el artículo 1.3, para deter-

minar la condición de organismo de derecho público comunitario.

Por otra parte, y abundando en la defectuosa trasposición del criterio sostenido por el TJUE, se excluye expresamente al contrato de concesión de obra pública, el cual, al menos aparentemente, se regirá por sus reglas específicas.⁸³

ii) Creación de entes instrumentales con participación de capital privado.

El modelo alternativo de entes creados por la Administración con la finalidad de servirse de ellos para la construcción y explotación de obras públicas sería aquél en el que se da entrada a un socio privado. En estos casos el problema que se plantearía no sería otro que la viabilidad jurídica de la aplicación de la doctrina *in house* a la luz de los pronunciamientos del TJUE⁸⁴, como sería el caso de la **Sentencia del TJUE en el caso Stadt Halle, de 11 de**

⁸³ El artículo 220.1 del TRLCAP señala que “se entiende por contrato de concesión de obra pública aquél en cuya virtud la Administración Pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario (...) la construcción y explotación, o solamente la explotación...”. Es decir, si efectuamos una interpretación gramatical y nos ceñimos a la redacción del precepto, parece que los contratos que persigan la realización de este mismo objeto convocados por entes creados por la Administración al amparo del proceso de descentralización funcional objeto de análisis pero sujetos a derecho privado no le será de aplicación la normativa administrativa en materia de contratación administrativa.

⁸⁴ La **STJUE de 10 de noviembre de 2005** pone especial hincapié en la necesidad de aplicar siempre los procedimientos de contratación pública previstos en la normativa comunitaria cuando exista inversión privada en una empresa en la que la posición mayoritaria la ostenta la Administración Pública. En términos similares la **STJUE de 18 de enero de 2007**, sobre adjudicación sin licitación de un convenio celebrado entre dos entidades adjudicadoras para la realización de un proyecto de ordenación, se consideró que la segunda entidad adjudicadora (una sociedad mercantil de capital mixto que se comprometía a efectuar las adquisiciones inmobiliarias, convocar un concurso de arquitectura, encargar la realización de los estudios, efectuar obras de construcción así como recabar fondos para posibilitar la comercialización de las obras destinadas a la creación de un centro de ocio) realmente no actuaba en calidad de contratista ya que no estaba obligada a realizar las obras previstas en el contrato, sino que su obligación principal consistía en preparar un contrato público de obras y efectuar su seguimiento. El Tribunal considera que el hecho de que la sociedad en cuestión no vaya a ejecutar directamente las obras resulta totalmente irrelevante a efectos de derecho comunitario, ya que basta que las encargue a los subcontratistas para que merezcan la inclusión dentro de la Directiva (**Sentencias de 12 de julio de 2001**, Ordine Degli Aarchietti y otros). Además el convenio tiene un marcado carácter oneroso ya que la segunda entidad recibe una cantidad del municipio y además puede obtener ingresos de terceros por la cesión de las obras realizadas. Todos estos elementos llevan al Tribunal a considerar que estamos no ante un convenio sino ante un contrato de obras siendo irrelevante que se prevea o no que la primera entidad adjudicadora (el municipio) pase a ser propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra.

⁸⁰ El socio único era el estado austriaco, que tenía el 100% del capital de la sociedad, dedicada a tenencia y propiedad de edificios de equipamiento público, y la gestión de contratos de alquiler y mantenimiento de dichos edificios.

⁸¹ **Decisión de 31 de enero de 2002 de Eurostat.**

⁸² La **STJUE de 15 de mayo de 2003** recuerda que, para merecer la consideración de organismo público, es preciso cumplir tres requisitos acumulativos: creación para satisfacer necesidades de interés general, no tener carácter mercantil o industrial, y tener personalidad jurídica y dependencia del Estado o de los entes territoriales u otros organismos de derecho público (**STJUE de 15 de enero de 1998**, asunto Mannesman Anlagenbau Austria y otros). La conclusión es que resulta indiferente la forma de constitución de la entidad, pues el estatuto de derecho privado de una entidad no constituye un criterio que puedan excluir su calificación como entidad adjudicadora. Por tanto, no cabe que los Estados miembros puedan excluir del concepto de organismo de derecho público a las sociedades mercantiles bajo control público.

enero de 2005. En dicha sentencia se vuelven a recordar los requisitos para la aplicación de la doctrina “in house” y se recuerda, una vez más, que una entidad pública en su calidad de entidad adjudicadora tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le correspondan con sus propios medios, y en tal caso se considera que no existe un contrato oneroso, si bien esta doctrina no es de aplicación a los supuestos en que exista una participación privada en el capital de la sociedad en la que participa también la entidad adjudicadora.

Las razones estriban en que cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta, y en segundo lugar porque la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de competencia libre y no falseada así como al principio de igualdad de trato contemplado en la **Directiva 92/50** ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la empresa pública una ventaja en relación con sus competidores. Las consecuencias jurídicas que se derivan son de una gran trascendencia, ya que no sería posible encomendar directamente, al margen de cualquier procedimiento de licitación, la realización de obras o servicios públicos, tal y como ha declarado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en sus **Informes nº 24/2000, de 30 de octubre y nº 1/2001, de 5 de marzo**.

Un caso singular en el que merece la pena detenerse es el de la Sociedad “Servicios Hospitalarios Generales, S.L.” (SERHOS), entidad creada mediante Acuerdo de 27 de diciembre de 2005 adoptado por el Vicepresidente primero de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, y cuyo objeto social no es otro que facilitar la puesta a disposición del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) de un edificio de uso sanitario-hospitalario y la prestación de una serie de servicios asociados al mismo, estando la totalidad del accionariado en manos públicas de la empresa pública ESINSA (constituida por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para proveer al Servicio de Salud de equipamientos sanitarios).

En este caso, y en atención a sus singularidades (empresa pública creada por una sociedad instrumental dependiente de la Junta de Comunidades y participada en la totalidad de su capital social por la Administración regional), se ha de tener en cuenta una vez más las consideraciones establecidas por la Jurisprudencia del TJUE sobre el ámbito de aplicación de las directivas de los contratos⁸⁵ a los efectos de determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos formalizados con terceros por este tipo de entidades, y que básicamente son: a) Personalidad jurídica diferenciada del ente; b) Ejercicio de una actividad tendente a satisfacer el interés general que no sea exclusivamente industrial o mercantil; y c) Control público del ente descentralizado.

A tenor de estos criterios, se puede afirmar que las relaciones contractuales entabladas por SERHOS para el cumplimiento de los fines que justifican su constitución deben ajustarse a los principios básicos contenidos en el TRLCAP (pese a las deficiencias y omisiones en las que incurre nuestro derecho interno), ya que se dan todas y cada una de las notas esenciales para predicar de esta entidad su carácter de poder adjudicador. En este sentido se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña en su **Informe nº 5/2006, de 20 de noviembre**, al aseverar que “*por lo que se refiere a la calificación de la actividad que desarrolla una sociedad anónima creada por la gestión de un hospital(...)hace falta concluir que es de difícil catalogación como actividad de carácter industrial o mercantil, teniendo en cuenta además, que el capital de la mencionada sociedad anónima es propiedad de una sociedad pública que pertenece a la misma corporación local que, en su día, creó también la primera*”.

Así pues, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, la doctrina fijada por la jurisprudencia comunitaria, y la previsión de que forme parte de la nueva sociedad un socio privado con una participación del 20% del capital social, las futuras relaciones jurídicas que se entablen con la Administración re-

⁸⁵ SSTJUE de 15 de enero de 1998, 27 de febrero de 2003 y 13 de enero de 2005 entre otras.

gional se canalizarán a través de la suscripción de un contrato de prestación de servicios⁸⁶.

No obstante, y en tanto esta sociedad no se haya constituido como tal, es otra empresa pública la responsable de licitar el contrato de construcción de las obras del nuevo hospital, si bien este contrato no reviste naturaleza jurídico-administrativa, sino que ha sido configurado como contrato privado⁸⁷.

Una vez se haya formalizado la constitución e inscripción de la nueva sociedad, será ésta (SERHOS), la que deba asumir la posición de poder adjudicador por subrogación en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato y que hasta ese momento asume como propios la empresa pública ESINSA.

Por tanto, y hasta que opere la sustitución anterior, la propiedad del Hospital será de ESINSA, asumiendo posteriormente la titularidad del bien

⁸⁶ Así se hace constar expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares del nuevo Hospital General de Toledo.

⁸⁷ La doctrina jurisprudencial tradicional ha venido utilizando como criterio dominante para delimitar la distinción entre contrato administrativo y contrato privado el del objeto o contenido, declarando que "son administrativos aquellos contratos que afectan al "servicio público", tomada esta expresión en el sentido amplio de interés público a cuya satisfacción tienda de algún modo la relación contractual de que se trate" (STS de 21 de febrero de 1979). Desde el punto de vista de la naturaleza jurídica de los entes intervinientes, la doctrina del TS ha venido considerando que las empresas públicas son sociedades mercantiles de naturaleza privada que no gozan del carácter de Administración Pública ni, en rigor, pueden asimilarse a ninguna esfera administrativa (STS de 26 de enero de 1995). En este sentido, el régimen jurídico de sus contratos deberá ajustarse a las normas de derecho privado (SSTS de 5 de abril de 2001 y 21 de noviembre de 2002). Sin embargo la evolución mostrada por el Derecho comunitario, acompañada por los sucesivos pronunciamientos judiciales del TJUE, ha conducido a lo que se ha dado en llamar "revolución jurídica" al obligar a las empresas, incluyendo las públicas, a modificar sus prácticas tradicionales de contratación para adaptarse a un sistema de contratación inspirado en los procedimientos de contratación pública. Por ello "las sociedades mercantiles bajo control público en mayor o menor medida no pueden ser excluidas del ámbito de aplicación de las Directivas" (Sentencias del TJUE de 10 de noviembre de 1998, asunto 460/1996 y 1 de febrero de 2001) al entender que no es la forma jurídica sino el objetivo el elemento fundamental a considerar" (STS de 22 de marzo de 2006). Una sentencia especialmente relevante dada su conexión desde el punto de vista material con la que se erige en el objeto social de la futura sociedad creada ad hoc para promover la construcción de edificaciones para uso hospitalario sería la de fecha 16 de octubre de 2003 dictada por el TJUE en la que se declara el incumplimiento por parte del Reino de España de la normativa comunitaria por no someter la licitación relativa a la ejecución de obras de un centro penitenciario convocado por una sociedad estatal al conjunto de una serie de disposiciones contenidas en la Directiva, y entiende que el estatuto de derecho privado de una entidad no constituye un criterio que pueda excluir su calificación como entidad adjudicadora en el sentido de las Directivas 92/50, 93/36 y 93/37.

inmueble la sociedad pública creada por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha (SERHOS) para que sea ésta la que asuma la prestación de servicios no sanitarios vinculados al edificio de uso hospitalario.

Con la breve descripción de esta última y complejísima versión de las fórmulas CPP materializadas a través de entes instrumentales podemos dar por concluida la exposición de las diferentes figuras que confluyen en el entramado de relaciones jurídicas al que las Administraciones sanitarias están recurriendo últimamente para dar respuesta a sus necesidades de dotación de infraestructuras. A continuación nos ocuparemos de los principales efectos o consecuencias que estas fórmulas de CPP van a tener sobre determinados elementos esenciales para el funcionamiento de los nuevos hospitales (recursos humanos, prestaciones sanitarias y servicios accesorios) y su régimen de responsabilidad por daños causados a terceros.

IV.- Efectos de la implantación de fórmulas de colaboración público-privada en el Sistema Nacional de Salud.

La actividad sanitaria gestionada de forma directa por los poderes públicos se configura, quizá, como uno de los elementos definitorios más característicos de un estado social. Sin embargo, el afán de lograr el máximo rendimiento de los recursos disponibles, y su combinación con los principios de eficiencia y economía, ha contribuido a la proliferación de empresas privadas especializadas en la gestión de diversas ramas de actividad cuya contribución permite descargar a los poderes públicos de tareas que, o bien no tienen que ser necesariamente realizadas por ellos o que, aún siendo de su competencia, no pueden atender adecuadamente ante la carestía de recursos y la creciente acumulación de funciones.

La participación de empresas privadas en la prestación de servicios hospitalarios públicos del modelo tradicional⁸⁸ a través de la contratación administrativa ha venido siendo una constante desde el

⁸⁸ Nos referimos a los hospitales del Sistema Nacional de Salud gestionados directamente por los Servicios autonómicos de Salud.

momento en que la diversificación y creciente complejidad de los servicios necesarios para el funcionamiento de los hospitales comprometió la viabilidad de su prestación con personal y medios propios.

La búsqueda de una mayor eficiencia en el sector público hospitalario ha hecho que, progresivamente, se haya concentrado el esfuerzo organizativo sobre el “propio saber hacer”. Esto ha llevado, en muchas ocasiones, a la externalización o descentralización productiva de las actividades periféricas susceptibles de ser gestionadas por empresas especializadas. Esta práctica empresarial, que se conoce bajo el término inglés de “*outsourcing*”⁸⁹, se empleó en un principio para ser utilizada en sectores de actividad considerados como “no estratégicos” (es decir, aquellos que no estaban en contacto directo con el paciente). Sin embargo, poco a poco se ha ido experimentando una evolución en el empleo de esta estrategia con la finalidad de optimizar la estructura de la organización y hacerla más ágil y flexible. Efectivamente, la razón de ser de la contratación de actividades públicas con terceros hemos de encontrarla, no ya tanto en argumentos de naturaleza económica, como en el incremento de la eficacia y eficiencia de la actividad hospitalaria, la recalificación de personal y la reducción de la complejidad de la gestión. Lo cierto es que este proceso de externalización es, a día de hoy, materialmente irreversible.

De este modo, las Administraciones sanitarias han ido recurriendo de manera progresiva a la contratación externa de servicios no sanitarios como la limpieza, la seguridad, el servicio de comidas, el mantenimiento, la lavandería e, incluso, la gestión de los archivos o de los almacenes, etc... Las figuras jurídicas empleadas para ello han sido los tradicionales contratos de servicios, de suministros o de consultoría y asistencia previstos y regulados en la normativa sobre contratos del sector público, y cuyo

análisis obviaremos al apartarse de los objetivos del presente trabajo.

También hemos apuntado que, a través de los contratos de gestión de servicios públicos, las Administraciones sanitarias han transferido a la iniciativa privada, de manera constante, tanto la responsabilidad como los beneficios económicos inherentes a la prestación de servicios sanitarios a los beneficiarios del sistema público ante la insuficiencia de medios propios para atender a la creciente demanda de atención sanitaria en plazos cada vez más breves.

En este esquema, la concesión de servicios sanitarios, como contrato administrativo de gestión de servicio público, se presentaría como una suerte de *outsourcing total*, en el que la Administración encomienda a una empresa privada la gestión integral de un hospital público, incluyendo tanto el desarrollo tanto de las prestaciones asistenciales como de las actividades accesorias.

Ambas figuras –contratos típicos de servicios, suministros y consultoría, por un lado, y concesión como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos– responden a figuras jurídicas tradicionales en nuestro Ordenamiento, profusamente analizados por la doctrina y la jurisprudencia, y cuyo análisis poco o nada aportaría a los objetivos del presente trabajo.

En los siguientes epígrafes nos centraremos, en cambio, en el estudio de determinados efectos especialmente llamativos que otras fórmulas más novedosas de PPP y PFI –tales como la concesión de obra pública, los contratos *in house* o el arrendamiento operativo de infraestructuras sanitarias– tienen sobre el régimen de gestión de personal, el de prestación de determinados servicios no sanitarios, o el de responsabilidad frente a terceros.

a) Efectos sobre el régimen de personal.

La actividad sanitaria y no sanitaria desarrollada bajo las fórmulas de concesión de obra pública o de contrato de arrendamiento operativo con empresas públicas constituidas al efecto (con o sin aportación de capital privado) presenta importantes peculiaridades en el régimen del personal que prestará servicios en estos nuevos hospitales. Estas peculiaridades de-

⁸⁹ El *outsourcing* es el instrumento que permite a quién contrata con otros la gestión de una parte de sus funciones, poder focalizar toda su atención sobre los aspectos más importantes y relevantes de la actividad que constituyen el verdadero sentido de su propia existencia (en el caso que nos ocupa, la prestación de la asistencia sanitaria.)

rivan, en primer término, del propio contenido de la actividad contratada ya que, mientras corresponde a la Administración la prestación de servicios sanitarios con su personal propio, la empresa contratista asume la ejecución de la obra y la prestación de los servicios no estrictamente sanitarios que sean precisos para el correcto desarrollo de la actividad asistencial de estos hospitales a través de su personal propio o de terceros.

Esta diversificación de la responsabilidad en la prestación de servicios en función de que éstos sean sanitarios o no sanitarios tiene como consecuencia, por lo que aquí importa, la inevitable coexistencia de empleados públicos y trabajadores laborales con una dependencia orgánica y funcional diversa y sometidos a regímenes jurídicos igualmente dispares⁹⁰.

i) Personal para el desarrollo de la actividad asistencial:

Así, las labores asistenciales serán desempeñadas fundamentalmente por personal estatutario de los Servicios de Salud, ya sean de nueva incorporación o procedentes de otros centros sanitarios. Este personal está sometido a su particular régimen jurídico constituido, fundamentalmente, por la **Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud**, así como por las disposiciones estatales y autonómicas vigentes en materia de personal de centros e instituciones sanitarias de la seguridad social que complementen y desarrollen esta norma básica, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales sobre función pública de la Administración correspondiente, en particular, la **Ley 7/2007, de 12 de abril, del Esta-**

tuto Básico del Empleado Público (EBEP), disposiciones concordantes y de desarrollo, y normativa autonómica sobre función pública. No podemos desconocer tampoco la existencia de un número residual de profesionales sanitarios con vínculo funcional o laboral que presta servicios en centros hospitalarios del Sistema Nacional de Salud.

La proliferación de hospitales gestionados bajo fórmulas de CPP, en lo que pueda afectar al personal estatutario que presta servicios en los centros sanitarios del modelo tradicional, ha merecido la atención del legislador, que ha optado por dar continuidad al vínculo jurídico del personal estatutario fijo que acepte la oferta de cambio de su relación de empleo público que efectúen los Servicios de Salud y pase a prestar servicios *“en un centro cuya gestión sea asumida(...) por otras entidades surgidas al amparo de las nuevas fórmulas de gestión promovidas por el servicio de salud o la comunidad autónoma y creadas al amparo de la normativa que las regule”* (at. 65 del Estatuto Marco)

Haciendo uso de esta habilitación normativa, la Comunidad Autónoma de Madrid se ha apresurado a instrumentar esta medida con el fin de garantizar el mantenimiento de la situación de servicio activo del personal estatutario fijo que pase a formar parte de la plantilla de los nuevos hospitales gestionados bajo fórmulas de CPP a través de la **Ley 4/2006, de 22 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas**, cuyo artículo 10 prevé la posibilidad de articular procesos de reordenación de efectivos de carácter voluntario de personal estatutario fijo para ser destinados a los nuevos hospitales, pudiendo así mismo participar en estos procesos tanto el personal laboral fijo como el personal funcionario de carrera, los cuales, una vez obtengan destino en estos nuevos hospitales, podrán integrarse como personal estatutario fijo, siempre que así lo soliciten, en las mismas condiciones y con los mismos derechos que el resto del personal estatutario de la Red Pública Asistencial.

Esta previsión normativa cobra especial trascendencia para el caso del Hospital de Majadahonda, que sustituirá al actual Hospital de Puerta de Hierro, y que asumirá como parte integrante de su plantilla

⁹⁰ *Un caso particular en el que la presencia de personal de la empresa adjudicataria cobra especial relevancia es el modelo de concesión administrativa propio del Hospital de Valdemoro. Sin embargo, ni siquiera en este caso, en el que es la propia concesionaria la que debe proporcionar los recursos humanos precisos para el desarrollo de actividades sanitarias y no sanitarias, podemos hablar de uniformidad en los regímenes jurídicos del personal ya que, por imposición administrativa, la empresa viene obligada a “reservar hasta un diez por ciento de las plazas de personal destinadas a la ejecución de las prestaciones sanitarias objeto del presente contrato, al personal estatutario del Servicio Madrileño de la Salud que opte por su incorporación voluntaria al Hospital de Valdemoro” compromiso éste que encuentra su correlato en el deber que tiene la Administración Sanitaria de “ordenar al adjudicatario la incorporación del personal estatutario del Servicio Madrileño de la Salud que opte por su incorporación al Hospital de Valdemoro, fijando las condiciones en que se habrá de llevar a cabo”.*

al personal estatutario de éste otro centro, tanto si se trata de persona sanitario como de personal de gestión y servicios. El problema se plantea, no ya tanto respecto del personal sanitario (no olvidemos que la explotación por parte de la empresa adjudicataria de la obra pública en régimen de concesión se limita exclusivamente a los servicios no sanitarios), como del personal estatutario de gestión y servicios, colectivo éste sujeto igualmente a normas de derecho administrativo y que, en cambio, deberá desarrollar la actividad profesional inherente a su nombramiento en ámbitos funcionales que, en un principio, quedan reservados a la gestión y explotación privada de la empresa concesionaria.

Esta concurrencia de personal de diversa procedencia sobre unas mismas áreas de servicio puede resultar un tanto problemática si nos preguntamos, por ejemplo, ¿en qué condiciones podrá gestionar estos servicios la empresa contratista cuando resulta que este personal que le viene “impuesto” tiene reconocidas por ley unos derechos y unas singularidades que difícilmente pueden tener acomodo en el esquema de funcionamiento de una empresa privada?, o bien, ¿qué margen de actuación le queda a la empresa concesionaria de este Hospital si el ejercicio de las potestades empresariales quedan reducidas al personal laboral propio que ella aporte para la explotación del centro sanitario?, o bien, ¿cómo compaginar las potestades de dirección y organización empresariales con los logros sociales alcanzados por el personal estatutario en los pactos y acuerdos suscritos en las Mesas Sectoriales de Instituciones Sanitarias?

Una peculiaridad más del modelo de concesión de obra pública utilizado para la construcción y explotación de los nuevos hospitales de la Comunidad Autónoma de Madrid es la configuración de los nuevos centros como Empresas Públicas dotadas de personalidad jurídica lo que, por lo que aquí importa, implica que podrán proceder a la contratación de empleados públicos en régimen laboral.

Este último dato no contribuye sino a completar la impresión de que asistimos a una especie de “espejismo” al analizar el régimen jurídico de estas fórmulas de CPP para la construcción y explotación de

infraestructuras sanitarias ya que, en lo que ahora nos ocupa, comprobamos que los nuevos hospitales, aprovechando su constitución bajo la forma jurídica de empresa pública, darán cobijo a empleados públicos ligados a la Administración tanto por una relación de servicios de naturaleza administrativa como laboral. Ahora bien, cabe preguntarse ¿cuáles serán las funciones que lleve a cabo este último tipo de personal contratado por el propio hospital en cuánto empresa pública dotada de personalidad jurídica propia?, ¿se tratará de personal sanitario o puede extenderse por igual al resto del personal de apoyo con funciones administrativas?

Estas y otras dudas no encuentran respuesta en la definición de las condiciones generales y particulares de la licitación, ni en el contenido típico de este tipo de contratos de CPP, que guardan un llamativo silencio en casi prácticamente todos los aspectos atinentes a la gestión de los recursos humanos.

ii) Personal para la prestación de servicios no sanitarios:

Junto al personal vinculado a la Administración Sanitaria a través de cualquiera de las relaciones de empleo antes citadas (estatutaria, funcionarial y laboral), las empresas privadas adjudicatarias de las concesiones de obra pública sanitaria, o aquellas constituidas al efecto por las diferentes Administraciones, deberán asumir la ejecución de la obra y la prestación de los servicios complementarios a la actividad asistencial con personal laboral propio o subcontratado a través de terceras empresas.

El personal de la contrata responsable de la prestación de servicios de gestión de personal administrativo, comprende personal administrativo de apoyo al personal asistencial y de gestión de la Administración Sanitaria, tal y como ya se ha adelantado, pudiendo desarrollar su actividad tanto en áreas asistenciales (admisión de urgencias, hospitalización o farmacia) como en áreas de docencia, investigación, biblioteca y formación continuada, o en áreas no asistenciales que constituyen el entorno profesional en el que desarrollan normalmente sus actividades el personal estatutario no sanitario tales como la gestión económica, de suministros y compras, de recursos humanos, así como la unidad de servicios

generales, siendo éste el ámbito en el que presumiblemente puedan surgir tensiones laborales en atención a la heterogeneidad del personal de distinta procedencia y régimen jurídico llamado a converger en estas unidades funcionales.

Al margen de esta cuestión, la empresa concesionaria debe asegurar que las contrataciones del personal necesario para la prestación de servicios se efectúan respetando los requisitos esenciales de titulación, los legales para el desempeño del puesto así como los conocimientos suficientes debiendo⁹¹ asegurar la formación continuada de dicho personal.

Así mismo la empresa concesionaria, entre otras obligaciones, deberá garantizar en todo momento que el personal a su cargo cumple del deber de confidencialidad con relación a cuantos datos e informaciones conozca por la participación en la prestación del servicio, un deber que adquiere especial importancia en el servicio de archivo de documentación clínica.

Una cuestión especialmente delicada se plantea en torno a la doble dependencia del personal de la empresa concesionaria destinado a tareas auxiliares de los profesionales sanitarios. Los pliegos que rigen los contratos de concesión de obra pública de los hospitales madrileños establecen que este personal dependerá orgánicamente de la sociedad concesionaria y funcionalmente de los Directores, Subdirectores, Jefes de Servicio y Jefes de Sección de la Administración contratante. Esta doble dependencia podría enturbiar la distinción entre la contratación de servicios para su prestación por terceros y la cesión ilegal de trabajadores. En efecto, la jurisprudencia ha venido considerando, de manera constante, que existe una contrata lícita cuando la empresa auxiliar cuenta con su propio patrimonio, organización y medios de producción tanto personales como materiales, sin que se trate de una mera ficción o apariencia ejer-

ciendo los poderes empresariales que le son propios (**SSTS de 11 de octubre de 1993, 7 de marzo de 1988 y 12 de septiembre de 1988 y STSJ de Madrid de 6 de octubre de 2003**). Si ponemos este primer criterio en relación con las fórmulas de CPP que venimos analizando, encontramos que quien verdaderamente ejerce las facultades organizativas y la dirección empresarial no es la empresa contratista, sino la Administración, pues las instrucciones y la labor directiva corresponde a personal de la Administración Sanitaria. Es cierto que existen algunos pronunciamientos judiciales que relativizan la importancia de este dato (en este sentido cabe traer a colación la **STSJ de Andalucía de 4 de diciembre de 1998**, que justifica “*la dependencia funcional de cargos y funcionarios responsables de las tareas, al estar exigida por su naturaleza, siendo incluso irrelevante que el superior funcional con que se relacionaba le pudiera encargar tareas distintas a las contratadas, pues ello no puede vincular a la Administración, ya que el encargo sólo era válido ciñéndose a los contratos y únicamente sería relevante la decisión del órgano facultado para contratar, no la actuación por tolerancia u oculta de quien no podía contratar ni vincular a la Administración. [...] la doctrina declara que este tipo de contratos, para reunir el carácter formal y real de administrativo, debe ser consecuencia de un expediente de contratación, con pliego de condiciones que exprese el objeto concreto del trabajo [...] Ello no se altera por diversos datos como la presencia del interesado en las dependencias de la Administración contratante, por la eventual existencia de horario o incluso de control de éste, por la relación, incluso de dependencia funcional, de cargos y funcionarios responsables de las tareas en que intervenía*”). Sin embargo, no es menos cierto que el propio **TSJ de Andalucía en sentencia de 6 de abril de 2001**, tras restar importancia al ⁹²criterio del lugar donde se lleva a cabo la actividad⁹² señala que lo fundamental “*no es dónde los trabajadores trabajan, sino quién impartía las órdenes e instrucciones para el desempeño de dicho trabajo y, en definitiva, ejercía el poder directivo*

⁹¹ En los pliegos se fija como criterio de valoración el compromiso de la sociedad licitadora de realizar nuevas contrataciones de carácter indefinido vinculadas a la ejecución del objeto del contrato. En el caso concreto de la concesión del Hospital de Valdemoro, el adjudicatario se obliga durante toda la vigencia del contrato a que el centro disponga de los recursos materiales y de equipamiento general pero también del personal sanitario y no sanitario que permita la perfecta atención del servicio público.

⁹² En sentido contrario **STSJ del País Vasco de 10 de julio de 2001** que sí otorga importancia a ese dato.

propio de la función empresarial”, debiendo reseñar que el hecho de que sea la empresa contratista la que ejerza las potestades disciplinarias no impide que pudiera considerarse que, en terminados casos, estos contratos propicien supuestos de cesión ilegal de mano de obra en el marco de un contrato limitado a suministrar mano de obra para la empresa principal, en este caso, la Administración⁹³.

En definitiva, si consideramos que lo relevante es conocer quién ejerce las facultades organizativas y directivas, si el contratista o la empresa principal, deberemos tener presente que, en el primer caso estaremos ante un supuesto lícito de concesión administrativa, mientras que en el segundo supuesto cabría aventurar la existencia de una posible cesión ilegal de mano de obra, ya que la Administración no puede asumir funciones directivas que no le corresponden por carecer de la condición de empleador. En todos estos supuestos tan solo existe un único empleador, la empresa contratista, de modo que la Administración podría controlar que los servicios se presten en la forma convenida, pero no dirigir el trabajo en cuestión.

En otro orden de cosas, la empresa concesionaria asume las responsabilidades en materia laboral, de seguridad social y de prevención de riesgos laborales respecto del personal de estos hospitales destinado al desarrollo de actividades no asistenciales. Sin embargo no podemos despreciar la eventual responsabilidad solidaria que podría asumir la Administración Sanitaria en el plano laboral y de Seguridad Social, a tenor de lo dispuesto en el art. 42 del Estatuto de los Trabajadores, ya que podría considerarse que la prestación es requerida por la Administración “*por razón de una actividad empresarial*”, pues el art. 42.2 del Estatuto de los Trabajadores no excluye de su campo de aplicación a empresas carentes de ánimo de lucro o que no tengan forma societaria, de modo que bien podría concluirse que no hay impedimento jurídico para que la Administración asuma una responsabilidad solidaria en este terreno, tal y como ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en **Sentencia de 15 de**

julio de 1997 o las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de julio de 1996, 27 de septiembre de 1996 y 18 de noviembre de 1996.

Otra cuestión en la que conviene detenerse es la que se suscita al hilo de la obligación de la empresa concesionaria de tomar las medidas oportunas para que, en caso de ausencia del personal, éste pueda ser sustituido por otro con el mismo nivel de conocimientos que la persona sustituida. Esta estipulación nos lleva a preguntarnos ¿qué responsabilidad asume la concesionaria en el caso de huelga de sus trabajadores? Este es un asunto que si se contempla expresamente en los pliegos de las concesiones de obra pública que venimos analizando, en los que se establece que, en los supuestos de huelga del personal de la empresa contratista que afecte al normal funcionamiento de la institución, es la empresa la que se compromete a ofrecer soluciones que garanticen los servicios mínimos imprescindibles que determine la autoridad gubernativa. Si no las ofreciere o no las llevase a la práctica, entonces la propia Administración estaría facultada para realizar los contratos que estime precisos, contratos éstos que serán por cuenta de la empresa que además asumirá la responsabilidad que derive de los trabajos contratados a terceros por este lapso de tiempo. Esta previsión nos obliga a preguntarnos si podría considerarse que semejantes prácticas atentarían o no contra el derecho de huelga de los trabajadores afectados, pues no en vano la **STC 66/2002, de 21 de marzo**, ha precisado⁹⁴ que la limitación de los poderes del empresario “se manifiesta en la libertad de contratación como *“técnica de sustitución externa de los trabajadores huelguistas resultaría contraria al artículo 28.2 de la CE de utilizarse como instrumento para privar de efectividad a la huelga, mediante la colocación de personal no como medida objetivamente necesaria para la buena marcha de la empresa, sino para desactivar la presión producida por el paro en el trabajo”*. A tenor de la doctrina jurisprudencial en torno a la

⁹³ *STS de 12 de diciembre de 1997*

⁹⁴ *La Administración podría participar plenamente de este concepto y a estos efectos pues si tales servicios fuesen prestados directamente por ella a través de su propio personal, no podría en cuanto empleadora proceder de forma distinta a como pauta el Real Decreto-Ley 17/1977 y contratar a trabajadores externos con el fin de sustituir a trabajadores en huelga de la empresa concesionaria.*

prohibición legal de sustituir a los trabajadores huelguistas por otros trabajadores, las nuevas contrataciones efectuadas por la Administración en estos supuestos podrían resultar más que cuestionables, ya que de esta forma se estaría desactivando la eficacia de esta medida de presión y minimizando sus efectos sobre la comunidad. Se podría justificar el empleo de este conjunto de medidas orientadas a contrarrestar los efectos de la huelga si entendemos, como afirma el Tribunal Supremo⁹⁵ que “*los sujetos directamente concernidos en el derecho de huelga son los trabajadores y la empresa a la que aqueéllos se hallan vinculados por el contrato de trabajo, pero los clientes o público en general(...)están completamente desvinculados del derecho de huelga...*” de modo que “*si el derecho de huelga no tiene por finalidad esencial perjudicar o hacer el mal a la empresa, es una manifiesta perversión del derecho a la misma tratar de perjudicar a terceros, máxime cuando se trata de terceros afectados en derecho tan vital como el de la salud, por ello aunque fuera cierto que enfermos no calificados de urgentes hubieran sido atendidos por empresas distintas de la que estaba en huelga, ello no significaría en absoluto menoscabo del derecho de los trabajadores*”.

Para finalizar este apartado, habría que resaltar otro aspecto a tener en cuenta en el plano de las relaciones laborales y que derivaría de la posible subrogación de la Administración en la posición jurídica que ostenta el concesionario al abrigo de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores. En este sentido el Tribunal Supremo ha rechazado que, con carácter general, sea aplicable el artículo 44 a los supuestos de concesiones administrativas (**STS de 5 de abril de 1993**). Sin embargo, existen algunos pronunciamientos judiciales que han reconocido la subrogación de la Administración, como ha sido el caso de la **Sentencia del TSJ de Galicia de 21 de junio de 2001** respecto del concesionario de los servicios de cafetería de un hospital perteneciente a la red asistencial, entendiendo que lo transmitido cons-

tituye una unidad económica susceptible de explotación aislada que goza de la debida autonomía funcional, o la **Sentencia del TSJ de Castilla y León de 21 de diciembre de 1993** que obligó al Ministerio de Defensa a subrogarse en los contratos de los trabajadores de una empresa concesionaria del servicio de Cafetería y Comedor por considerar que la Administración puso a disposición de la concesionaria “*todos los elementos patrimoniales necesarios para la explotación de la concesión*”.

En el caso concreto de los hospitales de nueva construcción bajo la fórmula de concesión de obra pública resulta evidente que la explotación se lleva a cabo dentro de las instalaciones de una infraestructura que adquiere el carácter de bien demanial⁹⁶.

Más evidente, si cabe, resulta la aplicación del mecanismo subrogatorio en el ámbito de las relaciones laborales para el caso del modelo de concesión administrativa del Hospital de Valdemoro, pues en este sentido se pronuncia el pliego de cláusulas administrativas particulares cuando establece que “*para la ejecución de los servicios, la Sociedad Concesionaria incorporará personal con la titulación y cualificación adecuada al puesto de trabajo desempeñado. Así mismo deberá cumplir todas las disposiciones vigentes en materia laboral y social, pudiendo la Administración en cualquier momento solicitar la acreditación de estos extremos. Extinguido el contrato administrativo, se estará a lo dispuesto en el artículo 44 del vigente Estatuto de los Trabajadores o disposiciones normativas que lo sustituyan*”⁹⁷.

En conclusión, creemos que existen suficientes motivos para afirmar que la coexistencia de esta multiplicidad de regímenes jurídicos y la diversificación de los vínculos de dependencia orgánica y funcional de los trabajadores encargados de la prestación de los diferentes servicios que integran la compleja actividad de un centro hospitalario no parece que pueda considerarse un elemento positivo de es-

⁹⁵ STS de 11 de mayo de 2001 sobre la huelga convocada por trabajadores de una empresa pública dependiente del Servicio Vasco de Salud, que derivó pacientes que en principio debían ser atendidos en el servicio de radiodiagnóstico de la sociedad pública a otros centros dotados de dichos servicios.

⁹⁶ El artículo 242 del TRLCAP reconoce el derecho del concesionario a “utilizar los bienes de dominio público de la Administración concedente necesarios para la construcción, modificación, conservación y explotación de la obra pública”

⁹⁷ Cláusula 14.4 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

tos modelos de CPP, sino más bien un probable foco de fricción entre los diferentes tipos de personal que ineludiblemente tenderá a dificultar la labor de gestión de estos nuevos hospitales. Esta especie de esquizofrenia jurídica, laboral y organizativa en materia de recursos humanos se despliega precisamente en el momento en que el Estatuto Marco apuesta claramente por potenciar los procesos de integración orientados a lograr una mayor homogeneidad en las plantillas de personal de las instituciones sanitarias para, de este modo, favorecer una más racional y eficiente política de gestión de recursos humanos. En este sentido, conviene recordar que la Disposición Adicional Quinta del Estatuto Marco, en relación con el art. 2 del mismo texto legal, pone de manifiesto la clara e inequívoca vocación uniformadora de los diferentes regímenes jurídicos de personal al servicio de instituciones sanitarias, lo que se hace extensivo incluso respecto del personal dependiente de los centros sanitarios concertados, según se desprende de la Disposición Adicional segunda del propio Estatuto Marco.

Es cierto que la promulgación del EBEP, en cuanto norma básica que pretende ofrecer una regulación unitaria del régimen jurídico del empleado público, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de su relación de empleo, pudiera neutralizar en parte las tradicionales diferencias entre los diferentes tipos de personal al servicio de la Administración. Sin embargo, no queda nada claro que la referida norma legal sea de aplicación preferente al personal estatutario ya que éste, tal y como así se colige de la regulación contenida en la Ley 55/2003, se configura como un régimen jurídico especial dentro del derecho general de la función pública, pues el legislador de 2003 optó sin ambages por dar primacía a la ley especial frente a la ley general y consagró la aplicación preferente de la normativa estatutaria, reservando la aplicación supletoria de la normativa sobre funcionarios única y exclusivamente para lo no previsto en la normativa estatutaria o en los pactos o acuerdos suscritos en ejercicio de la negociación colectiva.

b) Efectos sobre el régimen de prestación de servicios no sanitarios.

La provisión de servicios sanitarios por parte de los nuevos hospitales que se están construyendo a lo largo y ancho de nuestra geografía nacional exige diferenciar claramente entre aquellos que se acogen al nuevo contrato de concesión de obra pública, de aquellos otros (en realidad tan solo un hospital, el de Valdemoro), en el que la construcción y gestión del hospital en su integridad se encomiendan a la empresa concesionaria (incluida la prestación de asistencia sanitaria).

En el primer supuesto, tal y como ya se ha adelantado, la externalización de servicios tan solo alcanza determinadas parcelas de la actividad hospitalaria, concretamente aquellas ajenas al ámbito asistencial comúnmente conocidas como áreas no sanitarias, respecto de las cuales algunas ya han sido objeto de comentario.

Para aclarar esta cuestión lo primero que hemos de tener en cuenta es el diferente objeto que se persigue con uno y otro modelo. Centrándonos en los contratos de concesión de obra pública, la finalidad primordial no es otra que la creación de una nueva infraestructura hospitalaria que comprende no solo los trabajos necesarios para su construcción (redacción de proyecto de construcción del Hospital así como la ejecución y dirección de la obra por la sociedad concesionaria), sino que también engloba la explotación y mantenimiento de la obra pública y mantenimiento del mobiliario, o lo que es lo mismo, la puesta a disposición de la Administración del nuevo Hospital mediante la prestación de servicios residenciales y complementarios de naturaleza no sanitaria así como la explotación de zonas comerciales.

Veamos a continuación cuál es el régimen de explotación de la obra bajo este modelo, debiendo distinguir entre los servicios hospitalarios no sanitarios de una parte, y de otra las explotaciones comerciales a cargo de la sociedad concesionaria como fuente complementaria de ingresos.

Desde esta perspectiva, la peculiaridad del contrato de concesión de obra pública no estriba en el hecho en sí de que se lleve a cabo una externaliza-

ción masiva de servicios no sanitarios⁹⁸, sino en que la misma se lleva a cabo centralizándose la prestación de estos servicios complementarios en torno a un único empresario, la sociedad concesionaria de la obra pública a fin que de ésta pueda resarcirse de los gastos ocasionados por la construcción y puesta en funcionamiento del hospital, a lo que habría que agregar las explotaciones comerciales como veremos más adelante.

Una de los primeros efectos que se derivan de la externalización de este servicio (aunque también se puede hacer extensivo a los otros servicios no sanitarios objeto de contrata) es el excedente de mano de obra que se genera, pues aunque es cierto que los pliegos que regulan la construcción y explotación de estos hospitales prevén expresamente la presencia e incorporación en la plantilla de estos centros de personal estatutario, queda pendiente de conocer qué pasará con estos profesionales no sanitarios ligados a la administración por vínculo jurídico de naturaleza administrativa ¿qué funciones asumirán estos colectivos si es evidente que la mayoría de los servicios no sanitarios estarán en manos de empresas privadas que dispondrán de su propio personal? Las redistribuciones de personal serán una constante conforme se consolide con el paso del tiempo el sistema de prestación de servicios por personal laboral de empresas privadas. Semejante panorama se cierne sobre el resto de los servicios no sanitarios, como el servicio de alimentación, limpieza, seguridad, gestión de residuos... ámbitos en los que el personal estatutario está llamado a ser desplazado progresivamente por el personal laboral de las empresas subcontratadas, que prestarán los mismos servicios pero con unos costes sociales inferiores.

Pero en realidad la peculiaridad del contrato de concesión de obra pública no estriba en el hecho en sí de que se lleve a cabo una externalización masiva de servicios no sanitarios⁹⁹, sino en que la misma se lleva a cabo centralizándose la prestación de estos servicios complementarios en torno a un único empresario, la sociedad concesionaria de la obra pública a fin que de ésta pueda resarcirse de los gastos ocasionados por la construcción y puesta en funcionamiento del hospital, añadiendo las explotaciones comerciales.

Una de los primeros efectos que se derivan de la externalización de estos servicios es el excedente de mano de obra que se genera, pues aunque es cierto que los pliegos que regulan la construcción y explotación de estos hospitales prevén expresamente la presencia e incorporación en la plantilla de estos centros de personal estatutario, queda pendiente de conocer qué pasará con estos profesionales no sanitarios ligados a la administración por vínculo jurídico de naturaleza administrativa ¿qué funciones asumirán estos colectivos si es evidente que la mayoría de los servicios no sanitarios estarán en manos de empresas privadas que dispondrán de su propio personal? Las redistribuciones de personal serán una constante conforme se consolide con el paso del tiempo el sistema de prestación de servicios por personal laboral de empresas privadas. Semejante panorama se cierne sobre el resto de los servicios no sanitarios, como el servicio de alimentación, limpieza, seguridad, gestión de residuos... ámbitos en los que el personal estatutario está llamado a ser desplazado progresivamente por el personal laboral de las empresas subcontratadas, que prestarán los mismos servicios pero con unos costes sociales inferiores.

⁹⁸ Un buen ejemplo de externalización de importantes servicios no sanitarios lo tenemos en el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, que a finales de la década de los 90 inició un proceso de centralización de compras en un único proveedor para así "mejorar la logística hospitalaria pudiendo detraer a personal administrativo ocupado hasta entonces de llevar a cabo las funciones de compra y dedicarlo a otras tareas como control de la calidad y racionalización del consumo". (Diario Médico, 1 de diciembre de 1998), y más recientemente, cabe citar entre otros muchos casos, el del Hospital de "Marina Baixa" de la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana, embarcado en un proceso de externalización de buena parte de los servicios administrativos, como las áreas de Archivo, Admisiones y Cargos a Terceros.

⁹⁹ Un buen ejemplo de externalización de importantes servicios no sanitarios lo tenemos en el Hospital Universitario Reina Sofía de Córdoba, que a finales de la década de los 90 inició un proceso de centralización de compras en un único proveedor para así "mejorar la logística hospitalaria pudiendo detraer a personal administrativo ocupado hasta entonces de llevar a cabo las funciones de compra y dedicarlo a otras tareas como control de la calidad y racionalización del consumo". (Diario Médico, 1 de diciembre de 1998), y más recientemente, cabe citar entre otros muchos casos, el del Hospital de "Marina Baixa" de la Conselleria de Sanidad de la Generalitat Valenciana, embarcado en un proceso de externalización de buena parte de los servicios administrativos, como las áreas de Archivo, Admisiones y Cargos a Terceros.

Así pues, la explotación de la obra comprende todo un abanico de servicios no sanitarios cuya prestación puede efectuar directamente la empresa contratista utilizando sus medios propios o bien recurriendo a la figura de la subcontratación en las condiciones estipuladas en los pliegos. Pero independientemente de si tales servicios son facilitados directamente o por terceros, lo importante es que la empresa contratista es la única responsable frente a la Administración¹⁰⁰ del correcto funcionamiento de todo este elenco de servicios generales, que, por otra parte, deberán realizarse de conformidad con lo que en cada momento y según el progreso de la ciencia disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad que resulte de aplicación. El cumplimiento de esta obligación dinámica respecto de la conservación y explotación de la obra¹⁰¹ ha de conjugarse a su vez con las especificaciones técnicas de prestación que se detallan para cada servicio en los pliegos de prescripciones técnicas, siendo la sociedad concesionaria la que debe asumir toda responsabilidad derivada de la explotación de la obra en las condiciones detalladas en los pliegos, así como las labores de conservación de la obra, mobiliario e instalaciones del Hospital.

Para que la Administración pueda tener en todo momento un conocimiento puntual del grado de cumplimiento de las obligaciones de la empresa concesionaria, ésta debe proporcionar periódicamente a la Administración información sobre el desarrollo operativo de los distintos servicios que integran la explotación de la obra pública¹⁰², estableciéndose unos parámetros que permitan determinar de forma objetiva los niveles de prestación de los servicios. En este sentido hay que tener presente que no es suficiente con que se garantice por la empresa la conti-

nuidad en la prestación de tales servicios, sino que ésta se ha de llevar a término con arreglo a criterios de calidad, de modo que las empresas responsables deberán elaborar y desarrollar un plan de calidad, disponer de un responsable de calidad así como acreditar la calidad de la totalidad de los servicios, siendo la Administración la que finalmente deba decidir la norma que se ha de adoptar a estos efectos, pudiendo aplicarse en su caso, las deducciones económicas¹⁰³ por incumplimiento de los indicadores reflejados en los pliegos de prescripciones técnicas. Al margen de estas deducciones, se tipifica en los PCAP un cuadro de infracciones relativas a la explotación de la obra mereciendo con carácter general esta consideración todas aquellas que impliquen una prestación irregular de los servicios asumidos, infracciones que llevan aparejadas una serie de penalizaciones (carácter punitivo) que se gradúan atendiendo a la gravedad de los incumplimientos empresariales.

Durante toda la vigencia del contrato conserva el derecho al percibo de las retribuciones consistentes en una cantidad a satisfacer por la Administración sobre la base de la cantidad máxima anual ofertada por la empresa, cantidad que se desglosa en una parte fija y otra variable esta última correspondiente al grado efectivo de disponibilidad y calidad de los servicios prestados por la Sociedad Concesionaria. La prestación de los servicios por debajo de los niveles definidos como óptimos darán lugar a la aplicación automática de porcentajes de deducción, ponderados según el tipo de deficiencia. Pero las oscilaciones en las cantidades a abonar por parte de la Administración en concepto de prestación de servicios pueden obedecer a factores diversos tales como los ajustes por variaciones significativas en el volumen de prestación de servicios o bien por revisión de tarifas por inflación teniendo en cuenta las previsiones recogidas en los PCAP en orden al mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

¹⁰⁰ Así, se contempla en los PPT la creación de la figura del Gerente/Director de empresa como responsable final de todos los servicios.

¹⁰¹ En la CAM, se ha optado por que sea la Administración Sanitaria la que asuma la instalación, conservación y actualización de los equipos informáticos, lo que supone un importante esfuerzo de lucha contra la obsolescencia a la que están sometidos estos productos indispensables para el normal funcionamiento de las instalaciones hospitalarias.

¹⁰² En la Comunidad de Madrid se contempla la creación de una Unidad Técnica de Control cuya finalidad no es otra que asegurar un correcto y continuo funcionamiento de los servicios

¹⁰³ En los PPT se recoge para cada uno de los servicios no solo las especificaciones técnicas a las que se han de ajustar, unos indicadores de cumplimiento para permitir que se mida el nivel de prestación, y las deducciones aplicables por cada uno de los fallos de prestación de servicio, que servirán para determinar la retribución efectiva del concesionario

Pero la fuente de ingresos para la empresa concesionaria no procede en exclusiva del precio satisfecho por la Administración en concepto de contraprestación por la gestión de los servicios generales del Hospital, sino que se complementa con aquellos otros ingresos procedentes de las explotaciones comerciales¹⁰⁴, abiertas a una posible extensión a otras oportunidades de explotación adicionales, ya sea a petición de la empresa o bien por que así lo considere oportuno la propia Administración. Estas áreas de explotación comercial se caracterizan por la diversidad de servicios tanto desde el punto de vista del contenido como de los usuarios destinatarios. Así a modo de ejemplo podemos citar los locales comerciales y entidades bancarias para facilitar a los usuarios del hospital, ya sean visitantes, acompañantes de los enfermos, trabajadores del hospital, o pacientes en su caso, el acceso a la compra de determinados servicios, artículos o productos sin necesidad de desplazarse del hospital o el servicio de teléfono y televisiones en habitaciones y zonas comunes.

Frente al modelo hospitalario de concesión de obra pública, se encontraría el modelo típico de gestión indirecta de servicio público, la concesión, representada en el ámbito de la CAM por el Hospital de Valdemoro. La principal y más importante distinción existente entre ambos modelos desde el punto de vista de la explotación del servicio, estriba en que en este segundo supuesto la concesión se hace extensiva a los servicios asistenciales, es decir, la externalización es total, ya que comprende no solo los servicios tradicionales objeto de contrata (limpieza, seguridad, hostelería...) sino también aquellos otros que conforman el núcleo duro de la actividad hospitalaria: la prestación de atención sanitaria.

En la concesión sanitaria, las obligaciones de la sociedad concesionaria en buena medida coinciden con las anteriormente enumeradas respecto de las empresas contratistas en los Hospitales construidos

bajo la modalidad contractual de contrato de concesión de obra pública, como conservar la infraestructura, el equipamiento sanitario de cualquier naturaleza y el resto de las instalaciones, adquirir, mantener y en su caso reponer el mobiliario, equipamientos e instalaciones necesarios para la prestación de los servicios de asistencia sanitaria y de los servicios residenciales y complementarios no sanitarios o asumir la prestación de los servicios objeto de contrato con los medios propios de la concesión en las instalaciones del Hospital y con medios propios de la Administración o ajenos si fueran autorizados para ello.

Junto a estas obligaciones de contenido genérico (entre las que hay que incluir la asunción de responsabilidad por los daños que se produzcan a cualquier persona o el deber de cumplir con todas las normas laborales y sociales, así como las relativas a prevención de riesgos laborales) se encontrarían aquellas otras específicas relacionadas con el otro apartado que comprende la explotación del Hospital, la prestación de los servicios sanitarios propios de atención especializada de acuerdo con la cartera de servicios preestablecida en los pliegos, si bien cabe la posibilidad de que la misma pueda ser ampliada o reducida previo acuerdo alcanzado con la Administración.

Sin embargo hay que precisar que la materialización con medios propios de la empresa del compromiso asumido respecto de la prestación de servicios sanitarios se limita en principio a aquellas prestaciones incluidas en la oferta presentada por la sociedad concesionaria, de modo que el resto de las prestaciones que figuran en la cartera de servicios serán asumidas por la empresa concesionaria aunque prestadas con los medios de los que dispone la Administración Sanitaria o ajenos a ella si fuese autorizada, garantizando en todo caso que los servicios sanitarios se adecúen a los niveles de calidad y demora establecidos para todos los centros públicos de la Comunidad de Madrid.

La prestación de estos servicios a la población protegida comprendida en el ámbito territorial de actuación de la concesión devenga derechos económicos a favor de la empresa concesionaria, sin desconocer la posibilidad de que también se atiendan en

¹⁰⁴ Estas explotaciones comerciales abarcan servicios tales como tiendas de regalos, establecimientos de prensa, librería, papelería y música, floristería, oficinas bancarias, servicios de café-comedor para el público en general y servicio de restauración exclusivo para el personal del hospital, máquinas expendedoras de bebidas, frías y calientes, y sólidos, gestión del servicio de aparcamiento así como la prestación de telefonía y televisión en habitaciones de hospitalización y zonas comunes.

este Hospital a pacientes no comprendidos en la población protegida, en cuyo caso se facturará a la Administración Sanitaria siempre que se trate de personas titulares de tarjeta sanitaria de la Comunidad de Madrid. En el caso de pacientes procedentes de otras Comunidades Autónomas que sean atendidos en el Hospital de Valdemoro, la facturación se ajustará lo dispuesto en las normas vigentes en cada momento. Esta cláusula no aporta gran cosa si tenemos en cuenta el actual escenario normativo en el que se desenvuelven estos supuestos.¹⁰⁵

Finalmente hemos concluir nuestro recorrido por las diferentes fórmulas de colaboración público-privada en la construcción y gestión de infraestructuras sanitarias haciendo una mención al supuesto en el que la Administración ha optado por servirse de entes instrumentales propios dotados de personalidad jurídica diferenciada para que sean éstos lo que asuman los retos derivados de la construcción y puesta en funcionamiento de nuevos Hospitales, sacando a licitación pública los concursos correspondientes. Tal ha sido el caso de las obras del Hospital General de Toledo de las que se ha responsabilizado la empresa pública regional ESINSA, si bien en los pliegos se prevé la futura sustitución de dicha sociedad mercantil por otra sociedad de capital público (al menos inicialmente) que será la que se subrogue en la posición jurídica de ESINSA y ponga a disposición del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha el nuevo edificio para la prestación de asistencia sanitaria especializada, no así los servicios no sanitarios¹⁰⁶

¹⁰⁵ Este centro, pese a estar gestionado por una empresa privada no pierde por ello su naturaleza jurídico-pública, ya que la Administración es la que ostenta la titularidad del mismo, y por tanto, como centro sanitario perteneciente a la red sanitaria pública deberá someterse a las normas que disciplinan las relaciones entre los diferentes Servicios Autonómicos de Salud.

¹⁰⁶ Servicios de Limpieza, Seguridad y Vigilancia, Catering, Gestión y eliminación de residuos, gestión de mantenimiento, lavandería, costura, planchado y reposición de ropa hospitalaria, desinsectación, desratización y control de plagas, transporte, gestión del archivo pasivo, gestión auxiliar, conservación de viales y jardines, almacenes, televisión, telefonía e Internet, restaurantes, cafeterías y vending, guardería, gestión del aparcamiento, gestión del hotel para pacientes y gestión de explotaciones comerciales

cuya prestación monopoliza la nueva sociedad denominada SERHOS¹⁰⁷.

En este otro modelo de ente público interpuesto la retribución se realiza en base a la disponibilidad de un conjunto de espacios destinados a la prestación de toda una galaxia de servicios que comprenden tanto los servicios hospitalarios no sanitarios (almacenes, archivo o lavandería) como aquellos otros que se identificarían con las denominadas zonas comerciales propias del contrato de concesión de obra pública (servicio de aparcamiento, televisión, telefonía e internet), asumiendo respecto de todos estos servicios facultades relativas a las siguientes parcelas de gestión: dirección, gestión y control, recursos humanos, seguridad salud y prevención de riesgos laborales, acreditación de la calidad, gestión medioambiental así como eficiencia energética y desarrollo sostenible.

Así mismo se arbitra una serie de mecanismos que permitan ajustar las cantidades que se deben satisfacer por la Administración (fijas y variables) análogo al previsto, por ejemplo, en los pliegos que rigen la construcción y explotación de los nuevos hospitales de la CAM (revisión de precios, ajustes por volumen en el marco del restablecimiento del equilibrio de las condiciones económicas del contrato) al igual que las previsiones relativas al control por parte de la Administración del correcto y regular funcionamiento de tales servicios (elaboración periódica por parte de la sociedad de un informe de control que se ha de remitir a la Administración Sanitaria para permitir a ésta tener un conocimiento puntual a cerca del grado de desarrollo operativo y de disponibilidad de los servicios no sanitarios objeto de contrato).

En definitiva y a modo de conclusión, la semejanza entre los diversos modelos de colaboración

¹⁰⁷ La proliferación de este tipo de entidades creadas ad hoc para la construcción de infraestructuras ha sido objeto de crítica por entender no contribuye sustancialmente a mejorar la eficiencia en la gestión y lo que propicia es el surgimiento de un aparato público paralelo al de la Administración matriz. En términos similares se ha pronunciado PALOMAR OLMEDA que considera que “la ingeniería organizativa que el fenómeno implica, si no se compensa con control y fiscalización producirá que pronto no sepamos cuál es el volumen de la Administración ni de su deuda, ni donde empiezan y acaban las mismas”

público-privada en cuanto al régimen establecido para la externalización de la prestación de servicios hospitalarios no sanitarios y explotación de zonas comerciales es manifiesta en sus diversas facetas, régimen económico (con la natural distinción entre retribución por canon de la Administración respecto del primer tipo de servicios frente a la participación económica del usuario respecto de las zonas comerciales), control y dirección o modificaciones en las características del servicio.

c) Efectos sobre la gestión de archivos y ficheros que contengan datos de salud.

De conformidad con lo previsto en los arts. 14.2 y 17 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, los centros sanitarios tienen la obligación de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, correspondiendo su gestión, bajo la responsabilidad de la dirección del centro sanitario, a las unidades de admisión y documentación clínica.

Por tanto, entre las funciones a desempeñar por el personal de las empresas que colaboren en la gestión de infraestructuras sanitarias en virtud de fórmulas de PPP o PFI estarán las de codificación y análisis, la elaboración del CMBD, el desarrollo de sistemas de recuperación de información clínica para investigación o docencia, la gestión, el archivo y custodia de la documentación clínica –incluyendo la autorización y ejecución de movimientos y préstamos de historias clínicas– y, claro está, el establecimiento y mantenimiento de mecanismos que aseguren la integridad y la seguridad de la información.

En todo caso, no podemos olvidar que la responsabilidad de la gestión y custodia de las historias clínicas corresponde a la Administración titular del hospital, por lo que la encomienda de estas funciones a empresas privadas en el marco de las fórmulas de CPP habrá de articularse con las exquisitas cautelas inherentes a toda fórmula de externalización o tratamiento de datos personales por cuenta de terceros, especialmente en un ámbito, el sanitario, en el que se manejan datos especialmente sensibles y que conoce bien los rigores de la fiscalización que, en el año 1999, realizó el Tribunal de Cuentas sobre los con-

tratos de gestión de los servicios de archivo y documentación clínica hospitalarios¹⁰⁸.

Las posturas críticas y contrarias al uso del outsourcing en la gestión de los Archivos de historias clínicas consideran que la función archivística en general, y en el ámbito sanitario en particular, difícilmente puede concebirse como una función auxiliar o secundaria que deba ser encomendada a terceros, máxime si tenemos en cuenta que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, contempla como pieza importante dentro del entramado jurídico que diseña para garantizar los derechos de información del paciente, la existencia de la unidad de admisión y documentación, siendo la primera vez que este tipo de servicios aparecen contemplados en una norma con rango de Ley.

En definitiva, y a modo de anticipo se puede afirmar que el empleo de este recurso conlleva una serie de inconvenientes que se han de sopesar y calibrar una vez que se haya tomado la decisión de contratar el servicio con un tercero, como la necesidad de asegurarse la cualificación y profesionalidad del personal de la empresa contratista encargada de esta área de actividad.

En cualquier caso, y desde un punto de vista estrictamente jurídico, la gestión indirecta de los archivos públicos ha sido admitida expresamente por nuestro derecho positivo¹⁰⁹.

¹⁰⁸ El informe del Tribunal de Cuentas ponía de manifiesto la inexistencia de garantías contractuales de seguridad y confidencialidad, incurriendo en vulneraciones de la normativa sobre contratación pública y criticando así mismo el hecho de que al ser gestionados estos Archivos por empresas privadas, con frecuencia se ubicaban en locales ajenos a las instalaciones del centro lo que suponía mayores riesgos para la privacidad de la información, y además implicaba una mayor dependencia respecto de estas entidades ya que sustituir a la empresa contratada supondría incurrir en importantes gastos y molestias para la administración contratante.

¹⁰⁹ Así, la *Ley de Archivos y Documentos de Cataluña* establece en su art. 8 que: "la organización, la evaluación, la conservación y el acceso a éstos son responsabilidad directa de los titulares respectivos. En caso de que la Administración o entidades públicas titulares de documentos públicos contraten tareas relativas a estas funciones con empresas privadas se han de reservar la definición del sistema de gestión documental y la dirección y supervisión de la actividad contratada. La *Ley 19/2002 de Archivos de Castilla-La Mancha* también admite la contratación de la gestión, conservación y custodia de cualquier archivo público integrante del Sistema de Archivos de Castilla-La Mancha, lo que exigirá previo informe del Consejo de Archivos de la Comunidad. En ningún caso podrá suponer el ejercicio de potestades públicas,

Al margen de las disposiciones normativas de carácter general sobre Archivos, las referencias a los Archivos clínicos están contenidas en la Ley General de Sanidad¹¹⁰, en las diversas normas autonómicas promulgadas sobre la materia¹¹¹, y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, a la que ya hemos hecho referencia. Los principios generales de esta regulación pueden resumirse en los siguientes: a) La custodia de la historia clínica es responsabilidad del centro. En este sentido, los pliegos por los que se rigen los contratos de concesión de obra pública de los nuevos hospitales, quizá llevados por la necesidad de dejar constancia clara y nítida de la separación de funciones entre la Administración Sanitaria titular del servicio y la empresa concesionaria, se preocupan de remarcar que, si bien la custodia y conservación de la documentación clínica compete a la empresa contratista, no por ello cabe inferir que ésta sea la propietaria de las Historias clínicas sino que, por el contrario, dentro de este enfoque excesivamente patrimonialista en el que incurre la Administración, se dice taxativamente que *“todos los documentos, independientemente del soporte en que se plasmen (papel, informática, etc.), que se elaboren y los trabajos que se realicen para la ejecución del presente servicio, serán de la exclusiva propiedad de la Administración Sanitaria”* lo que se reitera en otros apartados de los pliegos de prescripciones técnicas al señalar, en relación con las bases de datos de historias clínicas, que *“serán propiedad del Hospital”*. Esta precisión, perfectamente comprensible dada la importancia de la materia objeto de externalización casa mal, sin embargo, con el lenguaje de derechos que sobre este ámbito emplea la Ley 41/2002 en relación con la cuestión ya superada por la doctrina y la legislación, de la titularidad de la historia clínica. La gestión, custodia y conservación han de ser asumidas con criterios de responsabilidad, debiendo establecerse las medidas técnicas mínimas de seguridad para po-

sibilitar la custodia y conservación eficaz de la información clínica; b) La gestión se efectuará a través de la unidad de admisión y documentación clínica (que en el RD 521/87 se configura como unidad adscrita a la Dirección médica del Hospital), lo cual no implica que exista inconveniente jurídico para que se proceda a la externalización del archivo de historias clínicas sin que ello constituya un supuesto de cesión de datos (artículo 11 de la LOPD) sino una modalidad de “tratamiento de datos por cuenta de terceros” previsto y regulado en el art. 12 de la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal¹¹². La importancia de que se respete el deber de sigilo es vital para la correcta ejecución del servicio, un deber éste que no recae solo sobre el personal de la Administración que desarrolle sus funciones en estos nuevos centros sanitarios¹¹³, sino también sobre el personal de la empresa contratista¹¹⁴. Al hilo precisamente de la necesidad de preser-

¹¹² El artículo 31 del **Reglamento de Contratación de la Comunidad Autónoma de Madrid**, establece que los contratos para la prestación de servicios de tratamiento de datos de carácter personal deberán ser comunicados a la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid con anterioridad a su adjudicación. Continúa este mismo precepto consagrando la obligación de quienes presten este tipo de servicios de cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la LOPD y **Ley 8/2001 de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid**, señalando que el incumplimiento de las anteriores determinaciones comportará la resolución del contrato sin perjuicio de las sanciones que quepa aplicar conforme a la ley 15/99, y las responsabilidades que pudieran derivarse de los daños y perjuicios que se ocasionen

¹¹³ Art. 19. j) del EM en el que se consagra el deber del personal estatutario de “Mantener la debida reserva y confidencialidad de la información y documentación relativa a los centros sanitarios y a los usuarios obtenida, o a la que tenga acceso, en el ejercicio de sus funciones”, tipificándose como infracción disciplinaria muy grave “el quebranto de la debida reserva respecto a datos relativos al centro o institución o a la intimidad personal de los usuarios y la información relacionada con su proceso y estancia en las instituciones o centros sanitarios”(art. 72.2.c) del EM)

¹¹⁴ Al respecto, resulta especialmente ilustrativa la cláusula 4 del Pliego de Prescripciones Técnicas del Hospital de Valdemoro al señalar que “el adjudicatario está obligado expresamente al cumplimiento de lo establecido en la Ley Orgánica 15/99, de 13 de diciembre, de protección de Datos de Carácter Personal y de la Ley 8/2001, de protección de Datos de Carácter Personal de la Comunidad de Madrid y demás legislación concordante al respecto del tratamiento de los datos personales contenidos en los ficheros inscritos por la Consejería de Sanidad y Consumo y sus organismos dependientes en la Agencia de Protección de Datos, así como a las exigencias recogidas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del paciente y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica” agregando que “el adjudicatario se compromete a tratar dichos datos personales observando los principios exigibles por la legislación en materia de protección de datos(...) así como a cumplir las instrucciones recibidas de la Administración Sanitaria...” debiendo observar “el secreto profesional respecto de los datos personales objeto de tratamiento, manteniendo

debiendo mantener el organismo público titular de los documentos la dirección y supervisión del archivo (art. 9).

¹¹⁰ Cuyo art. 23 permite la creación de registros y la elaboración de los análisis necesarios para el conocimiento de las distintas situaciones de las que puedan derivarse acciones de intervención de la autoridad sanitaria

¹¹¹ Como la Ley 21/2000 en Cataluña, la Ley 3/2001 en Galicia, o la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana

var la intimidad de los usuarios y el carácter confidencial de la información clínica, los pliegos de prescripciones técnicas de los hospitales construidos bajo el modelo de concesión de obra pública establecen que *“la sociedad concesionaria sólo mantendrá en su base de datos el número de historia clínica, nunca el nombre y apellidos del paciente, ni otros datos de identificación, siendo la base de datos propiedad del hospital”*. No podemos por menos que reconocer las cautelas que la Administración adopta en los pliegos, como la disociación de los datos clínicos (separación de datos de identificación personal respecto de los datos clínico-asistenciales), lo que no impide que deba ser de aplicación y observancia obligada las previsiones contenidas en la LOPD ya que no llega a producirse la anonimización definitiva de los datos.

Uno de los puntos más atractivos de la externalización de actividades reside en la descarga de responsabilidad¹¹⁵ que comporta para la administración pública, como así se hace constar expresamente en los pliegos de cláusulas administrativas particulares en relación con la regla general que se contiene en el artículo 97 del TRLCAP¹¹⁶, cuestión ésta que abordaremos, al hilo del régimen de responsabilidad patrimonial y civil de estos nuevos hospitales, en el epígrafe siguiente.

Baste señalar aquí que la propia LOPD, que admite la posibilidad de contratar con terceros la gestión de este tipo de información en su artículo 12, señala en el art. 19 que en *“aquellos casos en los que los interesados sufran, como consecuencia del in-*

cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley por el responsable o el encargado del tratamiento, daño ó lesión en sus bienes y derechos tendrán derecho a ser indemnizados”, y en el apartado segundo que *“cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas”*.

En particular, los pliegos de prescripciones técnicas del Hospital de Valdemoro establecen que en el supuesto de que “el adjudicatario, como encargado del tratamiento, destine los datos a finalidad distinta a la estipulada, los comunique o utilice incumpliendo las instrucciones fijadas en el presente contrato, será considerado también responsable del tratamiento, respondiendo de las infracciones en que hubiere incurrido”. No obstante obsérvese que la responsabilidad que asume la contratista en compartida, no exclusiva como se deduce del empleo del término “también”, de modo que no exonera de responsabilidad a la Administración Sanitaria¹¹⁷.

En definitiva, que la inclusión en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de estipulaciones por las que se establezca que será la empresa adjudicataria la única responsable de las historias clínicas, obligándose a su custodia, conservación y disponibilidad, no desvirtúa la posibilidad del damnificado de dirigir su acción de responsabilidad contra la Administración; otra cosa es la resolución sustantiva de ese tipo de reclamaciones, cuestión de la que nos ocuparemos en el siguiente apartado.

Al margen de la responsabilidad civil en la que se pueda incurrir, y de acuerdo con lo dispuesto en la **Directiva 95/46** que inspira la redacción de la vigente LOPD, se contempla en el Título VII de la ley (artículos 43 a 49) el régimen sancionador en vía administrativa por tratamiento ilícito de datos así como un control administrativo VII de la LOPD (artículos 43 a 49) si bien la regulación del procedimiento sancionador queda diferida a un posterior

absoluta confidencialidad y reserva sobre cualquier dato que pudiera conocer con ocasión del cumplimiento de los servicios prestados...”

¹¹⁵ Los pliegos de prescripciones técnicas de los nuevos hospitales construidos por la CAM afirman que *“será responsable (la concesionaria) de la custodia y conservación de los documentos entregados por el Hospital, pero en ningún caso tendrá acceso a su contenido, siendo la sociedad concesionaria la responsable directa de la difusión no autorizada de cualquier información confidencial.”* (cláusula 3.3 del PPT) y en la cláusula 4 del citado documento contractual se dice que la empresa concesionaria *“será responsable de cualquier fallo que afecte a la opertividad o el uso de un área funcional o parte de ella”*

¹¹⁶ el artículo 97 señala que será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato, salvo cuando tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de al Administración

¹¹⁷ Un sector de la doctrina que considera que hacer recaer sobre la Administración titular de la actividad la responsabilidad por cualquier daño causado por el contratista, en tanto que siempre conserva los deberes de vigilancia y policía del servicio, podría provocar una extensión desmesurada de la responsabilidad de la Administración

desarrollo reglamentario. La ley encomienda la tutela administrativa de la protección de los derechos a la intimidad de los datos personales a un ente de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar que actúa con plena independencia respecto de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones: se trata de la Agencia de Protección de Datos. Para poder ejercer su labor protectora, la ley le otorga potestades administrativas inspectoras (al margen de la que en esta misma línea pueda reservarse para sí la administración contratante) y sancionadora, facultándola para inspeccionar los ficheros automatizados que almacén información personal e imponer sanciones pecuniarias que agotarán la vía administrativa. En el caso objeto de estudio (posible responsabilidad de la empresa contratista por extravío de las historias clínicas), el centro sanitario deberá arrostrar las consecuencias que se deriven de la reprobación de todo lo actuado y acatar la resolución del Director de la Agencia para que se establezcan las medidas que permitan el cese o la corrección de los efectos de la infracción, pues ésta se habría cometido en un fichero del que es responsable la Administración.

En el ámbito penal, junto a los artículos 197 (acceso ilegítimo a datos personales, y un supuesto agravado consistente en la cesión ilícita de los datos así obtenidos) y artículo 199 (incrimina las conductas que gravita sobre la cesión, comunicación o revelación ilícita de los datos).

Señalaremos para concluir que, si bien resulta jurídicamente posible la decisión de encomendar a un tercero la gestión del archivo de historias clínicas de estos nuevos hospitales, convendría replantearse los inconvenientes que una medida de estas características comporta¹¹⁸. Al desgranar la regulación jurídica, hemos visto como los servicios de documentación clínica son las unidades encargadas de las custodia y conservación de las historias clínicas, y sus responsables (médicos documentalistas) coordinan

una labor cuyo objetivo es proteger la información que facilite la continuidad e idoneidad de los cuidados. Además, el mantenimiento adecuado de esta documentación permite realizar tareas de investigación, gestión y administración sanitaria, docencia, evaluación de la calidad asistencial, estudios epidemiológicos y testimonio documental para la resolución de problemas médico-legales, sin olvidar la información que de esta documentación puede también extraerse para efectuar un control de costes. Así pues, se trata de una actividad de carácter médico con ribetes asistenciales debido a la polivalencia funcional que presenta parece seguro ya que, por un lado, los profesionales encargados de su tratamiento son todos ellos médicos especializados y, por otro, dentro del organigrama de estructura básica de centros hospitalarios, la dependencia del servicio lo es respecto de la División médica y no respecto de la División de Gestión y de servicios generales.

d) Efectos sobre el régimen de responsabilidad civil o patrimonial.

Del régimen de derechos y obligaciones que caracteriza a las fórmulas de colaboración público-privada que venimos analizando interesa detenernos ahora en el régimen jurídico de la responsabilidad económica (civil o patrimonial) que pueda surgir como consecuencia de los daños y perjuicios ocasionados a pacientes o usuarios en el marco de la asistencia sanitaria dispensada en los hospitales gestionados bajo estas fórmulas.

A pesar de las diferencias que pueden surgir en este campo en función del tipo de modelo participativo (concesión de servicio, concesión de obra pública, etc...) lo cierto y común a todas ellas es que el contratista asume, en virtud del vínculo obligacional de que se trate, una serie de responsabilidades: por un lado, frente a la Administración en caso de incumplimiento y, por otro, frente a los terceros, debiendo indemnizar a éstos por los daños y perjuicios que sufran en su persona o bienes con motivo de la ejecución del contrato, excepto que el daño se deba a una orden directa e inmediata de la Administración.

Esta es la regla general admitida por la jurisprudencia de manera reiterada respecto a servicios públicos explotados por empresas privadas en base a

¹¹⁸ Entre otros posibles inconvenientes que cabe plantearse, los más importantes serían: que se resintiesen las garantías de confidencialidad respecto a la información almacenada, la pérdida de eficacia si no se dispone a tiempo de las historias clínicas, las dificultades de coordinación de los episodios y las entregas ante situaciones de urgencia.

concesiones o contratos de gestión de servicios públicos. Sin embargo, ¿qué tipo de responsabilidad es el exigible en relación con daños producidos con ocasión de la asistencia sanitaria en hospitales en los que conviven prestaciones sanitarias públicas con servicios no estrictamente sanitarios explotados por empresas privadas o sociedades públicas interpuestas en virtud de modelos de concesión de obra pública o de contratos *in house*?

La pregunta no es en absoluto ociosa, pues no podemos olvidar que, además de los supuestos de responsabilidad estrictamente derivados de la asistencia sanitaria, nos encontramos en la práctica con daños derivados de prestaciones no sanitarias (los denominados *riesgos de explotación*) y otros en los que las prestaciones no asistenciales concurren en diferentes grados de intensidad a la producción del resultado dañoso (infecciones intrahospitalarias por deficiente mantenimiento o limpieza de los conductos de ventilación, etc...).

En efecto, en un concepto amplio de servicio público como el mantenido por nuestra doctrina jurídica, lo que distingue la actividad administrativa en el sentido de los servicios públicos a los que se refiere la ley cuando disciplina la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, no es que sus elementos instrumentales sean diferentes o estén modificados en función de una actividad prestacional o de otra índole de la Administración, sino el fin a que en su conjunto la actividad administrativa se dirige (la satisfacción de los intereses generales), el carácter con que lo hace (de modo continuo o regular), los límites a que está sujeta (los fijados por la atribución de potestades por el ordenamiento jurídico) y las prerrogativas inherentes a la específica regulación del ejercicio de las potestades en el marco del derecho público.

Los elementos personales o reales que se integran en la actividad administrativa no deben ser diferentes de los necesarios para el desarrollo de cualquier actividad humana útil o productiva, pues su

característica radica en la afección teleológica o instrumental al servicio¹¹⁹.

A efectos expositivos conviene, por tanto, que distingamos ya desde el principio dos situaciones diferentes: la de la responsabilidad por daños producidos en el marco de la actividad de un hospital explotado por una empresa privada en régimen de concesión, y la de aquellos otros centros –concesión de obra pública y contratos *in house*– en los que la Administración asume directamente la prestación de asistencia sanitaria con personal propio que desempeña sus funciones en un ámbito gestionado por la empresa privada que explota el centro y sus servicios no sanitarios. En este segundo escenario resultará decisiva la delimitación del origen del daño (actividad estrictamente asistencial, meramente auxiliar, o concurrencia de ambas) pues de ello dependerá no sólo las condiciones adjetivas del ejercicio de la acción (reclamación del perjudicado frente al contratista o frente a la Administración, tipo de procedimiento, orden jurisdiccional competente) sino incluso los presupuestos sustantivos de imputabilidad (criterio objetivo en la responsabilidad patrimonial o exigencia de culpa o negligencia en caso de responsabilidad extracontractual civil).

En el primero de los supuestos –**responsabilidad del concesionario de servicios sanitarios**– la delimitación de la causa del daño no resulta decisiva si partimos del hecho de que, en virtud de la concesión, la Administración traslada al contratista el riesgo de la explotación en su totalidad (servicios sanitarios, para-sanitarios y no sanitarios).

Si partimos de lo previsto en el artículo 106.2 de la Constitución, los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. No obstante, en virtud de la existencia de un concesionario gestor de un servicio de titularidad pública, las reglas de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones

¹¹⁹ Dictamen del Consejo Jurídico de la Región de Murcia núm. 153/2004.

sufren una alteración importante. Podemos anticipar ya en este momento que, desde un punto de vista material, el criterio es el de la responsabilidad del concesionario -salvo que el daño traiga causa en una orden directa de la Administración que aquel debe cumplir, caso en el que procederá la responsabilidad de la Administración titular del servicio- y que, desde un punto de vista procedimental, la reclamación se dirigirá siempre a la Administración concedente, quien deberá resolver sobre el patrimonio responsable y la cuantía indemnizatoria.

En efecto, la responsabilidad del gestor de servicios públicos ha sido reiteradamente contemplada -en referencia, fundamentalmente, a la figura de la concesión- por nuestro Ordenamiento Jurídico¹²⁰. El sistema obedece a la regla general de que es el concesionario el obligado a indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, siendo de cuenta del contratista todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato salvo aquellos que sean producidos por causas directamente imputables a la Administración (**Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1974, 7 de noviembre de 1987 y Dictamen Consejo de Estado nº 3425/2001, de 20 de diciembre**).

A pesar de lo expuesto, no podemos ignorar que en la jurisprudencia del Tribunal Supremo han venido conviviendo dos líneas doctrinales. La primera consideraba que el particular lesionado podía exigir

de la Administración contratante, en régimen objetivo y directo, la indemnización por los daños derivados de la explotación de un servicio público por parte de un contratista interpuesto, debiendo la Administración, si se dan los requisitos de responsabilidad, abonar la indemnización al dañado, sin perjuicio de su derecho de repetición frente al contratista (tesis mantenida en las **Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 20 de octubre de 1998, 5 de diciembre de 1997, 11 de febrero de 1997 y 18 de diciembre de 1995** y por el **Consejo de Estado** en sus **Dictámenes de 18 de junio de 1970 y 12 de junio de 1973**). La segunda tesis, a la que se adhiere la mayor parte de la jurisprudencia actual, considera que la Administración no siempre responde directamente por los daños producidos a los particulares sino sólo cuando en la actuación del contratista haya mediado orden expresa de la Administración o los daños sean debidos a vicios del proyecto elaborado por ella misma. En esta línea jurisprudencial se encuentran las **Sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de enero de 1992, 6 de octubre de 1994, 3 de abril y 11 de junio de 1995, 20 de abril de 1999, 30 de abril de 2001, 19 de febrero de 2002 y 30 de octubre de 2003**, entre otras¹²¹.

Así pues, normativa y jurisprudencia parten del principio general de que la Administración traslada al contratista, no sólo la gestión del servicio público y el beneficio empresarial asociado al mismo, sino también la responsabilidad en torno a las consecuencias dañosas que, para terceros, pudieran derivarse

¹²⁰ Ya en la **Ley de Expropiación Forzosa de 1954**, el artículo 121.2 estableció para los servicios públicos concedidos que la indemnización correrá a cargo del concesionario, salvo en el caso en que el daño tenga su origen en alguna cláusula impuesta por la Administración al concesionario y que sea de ineludible cumplimiento para éste, añadiendo el artículo 123 que, cuando se trate de servicios concedidos, la reclamación se dirigirá a la Administración que otorgó la concesión, la cual resolverá tanto sobre la procedencia de la indemnización como sobre quién debe pagarla. Posteriormente, el art. 98 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, y el actual art. 97 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), dispone que: "1. Será obligación del contratista indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato." (...) "3. Los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, se pronuncie sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños".

¹²¹ En esta línea mayoritaria, resulta muy didáctico el contenido del Dictamen nº 163/2005 del Consejo Jurídico de la Región de Murcia en el que se señala que cuando el ordenamiento jurídico establece que la Administración ha de determinar el sujeto responsable de los daños, oído el contratista en el procedimiento, está queriendo decir que, sin perjuicio de la eventual responsabilidad directa de la Administración, en la resolución del procedimiento ha de determinar también si es el contratista el que en última instancia debería hacer frente a la indemnización. En caso afirmativo, si el contratista no satisface voluntaria y directamente el pago al perjudicado (que sería lo lógico en aras de la economía de trámites) la Administración vendría obligada a satisfacer el importe de la indemnización al perjudicado (salvo suspensión judicial de la ejecutividad de la resolución), sin perjuicio de que después aquélla se dirigiera por la vía de repetición contra el contratista en ejecución de su propia resolución.

Con ello se consigue aunar el carácter directo de la responsabilidad administrativa con la determinación, en el mismo procedimiento de responsabilidad, del sujeto que ha de soportar en definitiva la indemnización, evitando así una posterior e innecesaria vía de regreso.

del funcionamiento del servicio, como recuerda la **Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1989**, al señalar que *cuando los daños y perjuicios se derivan de una actividad técnica no cumplida directamente por la organización administrativa, sino por organizaciones privadas no integradas en la Administración, con las que ésta contrata atribuyéndoles la gestión de un servicio público, se interfiere entre Administración y particulares una empresa privada a la que materialmente le son atribuibles sus causas*, añadiendo la citada Sentencia que la cuestión de responsabilidad en estos casos la resuelve la propia Ley haciendo correr la indemnización a cargo del contratista, con carácter general, y a cargo de la Administración en el caso de que el daño se produzca por causa imputable a ésta.

Desde el punto de vista adjetivo o procedimental, el paciente o usuario que sufra un perjuicio atribuible a la actividad (sanitaria o no sanitaria) desarrollada en un hospital explotado en régimen de concesión de servicios deberá deducir su reclamación frente a la Administración titular del servicio público, quien habrá de proceder en la forma indicada en el **Real Decreto 429/1992, de 26 de marzo**, y en la **Ley 30/1992, de 26 de noviembre**, es decir: dando audiencia al contratista en el expediente de forma que pueda hacer alegaciones y aportar los medios de prueba que considere necesarios¹²² y sin perjuicio de la facultad de impugnar ante la jurisdicción contencioso-administrativa la resolución adoptada, tal y como ha expresado el Tribunal Supremo en **Sentencias de 25 de octubre de 1993, 10 de junio de 1995, y 3 de mayo de 1999**. En la resolución que ponga fin al procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial, la Administración deberá resolver sobre el patrimonio responsable y la cuantía indemnizatoria; es decir, deberá pronunciarse con claridad sobre si procede o no la indemnización y sobre quién debe cargar con su abono (**STSJ de Navarra de 19 de mayo de 2004 y STSJ de Murcia de 30 de octubre de 2000**).

En caso de que la Administración evite pronunciarse con claridad sobre si procede o no la indemnización y sobre quien debe cargar con su abono, y se limite a inadmitir o a desestimar la reclamación argumentando sumariamente sobre su exoneración, sin mención alguna a la posible responsabilidad del concesionario, la Administración deberá asumir las consecuencias que eventualmente se deriven del hecho dañoso. En palabras del TSJ de Cantabria (**Sentencias de 3 de abril de 1995 y 23 de febrero de 2001**) *si es la propia Administración la que brinda al ciudadano la posibilidad de impugnar jurisdiccionalmente una resolución por la cual niega su responsabilidad sin considerar la del concesionario, le está vedado introducir ahora un argumento nuevo que, además de ser de gran calado, no expuso cuando pudo y debió hacerlo, toda vez que ese modo de conducirse ha privado al recurrente de la posibilidad de argumentar lo que en defensa de su derecho estime procedente en relación con la responsabilidad del con concesionario, amén de que, quizá, incluso la posición procesal del hoy actor hubiera sido distinta en caso de que la Administración hubiera resuelto pronunciándose en los términos en que debió hacerlo*. Esta doctrina determina la obligación para la Administración de poner en conocimiento del titular del derecho, no sólo la existencia de la figura del concesionario o contratista, sino también su responsabilidad, pues en el supuesto de desestimar la solicitud basándose exclusivamente en la falta de concurrencia de los requisitos para exigir la responsabilidad patrimonial, no podría aparecer en juicio tal circunstancia, sin perjuicio de que, de resultar condenada, pudiera repetir, reclamando lo pagado al concesionario o contratista ya que, si bien la Administración puede no ser la responsable de indemnizar, tiene la obligación de resolver la reclamación, tanto sobre la procedencia de la indemnización, como sobre quién debe pagarla, y esta decisión deja abierta la vía contenciosa tanto al particular como al concesionario, habiéndolo declarado así de forma reiterada la Sala de lo Contencioso-Administrativo del **Tribunal Supremo** en **Sentencias**, entre otras, de **9 de mayo de 1989, 11 de octubre de 1991, 6 de octubre de 1994, 8 de marzo de 1997 y 30 de abril de 2001**, en las que se sienta la doctrina de que la re-

¹²² Tal y como prevé el art. 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, al señalar que en todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios.

clamación debe dirigirse al órgano de contratación y ser resulta por la Administración decidiendo la responsabilidad que debe satisfacerse por el contratista, pues carece de sentido que, teniendo la Administración la potestad de interpretar el contrato y, por tanto, las incidencias habidas en el mismo, tenga que abrirse una nueva vía administrativa y, en su caso, procesal, para que el pago se haga efectivo.

La impugnación en vía contenciosa de la resolución adoptada habrá de ser articulada ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa aún cuando en la producción del daño haya concurrido un sujeto privado interpuesto, tal y como señala expresamente el art. 2 e) de la **Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa** (modificada por **LO 19/2003, de 23 de diciembre**) al señalar que los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa conocerán de la *responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación que se derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad civil*". En el mismo sentido, el art. 9.4 de la LOPJ (en la redacción dada por la LO 19/2003, ya citada), señala que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa *conocerán, asimismo, de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas*".

La acción habrá de dirigirse, pues, no sólo frente a la Administración, sino también frente al contratista, ya que la responsabilidad de éste no puede declararse sin su emplazamiento para comparecer como interesado o codemandado. Sólo en el caso que se declarase efectiva la responsabilidad patrimonial del contratista, y consolidada la idea de que no puede existir solidaridad entre él y la Administración en materia de responsabilidad patrimonial, la postura de la Administración aparecería como compromisario en un plano, únicamente, subsidiario en caso de insolvencia de la compañía mercantil contratista de las obras de urbanización a las que se atribuye el ser las causantes del daño (**Sentencia del TSJ de La Rioja de 16 de junio de 1999**).

También señalamos como una peculiaridad de la responsabilidad de los contratistas de la Administración que, a diferencia de lo que sucede con las autoridades, funcionarios y demás agentes públicos, que responden sólo en caso de dolo, culpa o negligencia graves (artículo 145.2 LRJPAC), los primeros responden con el mismo carácter objetivo con el que lo hace directamente la Administración, dados los términos del artículo 97 LCAP que expresamente se refiere a "todos" los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de la ejecución del contrato, sin exigir elemento intencional alguno, de modo que sólo se excluiría la responsabilidad en el caso de fuerza mayor, por establecerlo así el citado artículo 106.2 de la Constitución. Ello es coherente, además, con la moderna jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que, como es sabido, ha venido a objetivar la responsabilidad por daños en el supuesto de que el sujeto productor de los mismos los haya causado en el ejercicio de una actividad empresarial, entendiendo suficiente para generar tal responsabilidad el riesgo inherente a dicha actividad cuando objetivamente sea susceptible de generar esos daños, cual es el caso de la actividad técnica de los contratistas de la Administración (**Dictamen Consejo Jurídico de Murcia nº 163/2005**).

La claridad de la doctrina sobre la responsabilidad por la materialización del riesgo en el ámbito de los servicios sanitarios concertados que hemos expuesto exige, no obstante, una profunda revisión cuando los daños se produzcan por o con ocasión de

la asistencia sanitaria prestada bajo otras fórmulas de PPP como la **concesión de obra pública sanitaria** o la figura de los **contratos in house providing** pues, si bien son aplicables a estos supuestos la mayoría de los principios generales expuestos (en virtud de los cuales la presencia de un sujeto interpuesto en la prestación de servicios públicos determina, por regla general, la responsabilidad de éste) lo cierto es que en virtud de estas fórmulas de PPP la prestación sanitaria se desarrolla merced a un complejo entramado de relaciones jurídicas y servicios convergentes de titularidad pública y privada.

Esta circunstancia implica, en materia de responsabilidad por el funcionamiento del servicio, que los resultados dañosos de la actividad desarrollada en el mismo hospital de la red pública podrían dar lugar a dos tipos de responsabilidad jurídica diferente en función del hecho causante: la patrimonial de la Administración responsable de los servicios sanitarios (por ejemplo, en un caso de luxación de prótesis de cadera implantada a un paciente) y la responsabilidad civil del concesionario de la infraestructura y de los servicios no sanitarios (por ejemplo, en caso de una intoxicación por una partida de alimentos en mal estado).

Y si bien la situación que se plantea en los hospitales gestionados bajo fórmulas de PPP o PFI no difiere en lo sustantivo, y por lo que se refiere al régimen de responsabilidad por daños causados en el marco de la asistencia sanitaria pública, de la que pudiera plantearse respecto a determinados servicios externalizados (lavandería, catering, seguridad, limpieza, etc...) en hospitales gestionados directamente por la Administración bajo el modelo tradicional, lo cierto es que la magnitud de la cesión integral a la iniciativa privada de todo el elenco de actividades no estrictamente sanitarias en los nuevos hospitales gestionados bajo fórmulas PPP o PFI, supone un salto cuantitativo y cualitativo tan importante que, a buen seguro, hará necesaria una revisión de los criterios de imputación de responsabilidad por el funcionamiento de servicios públicos gestionados por terceros interpuestos.

La especial configuración del régimen de responsabilidad por asistencia sanitaria en estos su-

puestos se materializa, como ya se apuntó, no sólo en la vertiente procedimental, sino también en la sustantiva.

Respecto a la primera, el paciente o usuario que sufra en un perjuicio atribuible al funcionamiento de servicios no estrictamente sanitarios en estos hospitales puede plantarse, bien reclamar ante la Administración responsable del centro por la vía de la responsabilidad patrimonial —en cuyo caso entraría en juego la doctrina ya expuesta—, bien hacerlo frente a la empresa privada titular del servicio por la vía de la responsabilidad extracontractual, o bien interponer la demanda contra ambos conjuntamente. En estos casos podría producirse la ruptura de esa unidad jurisdiccional en el fuero de la responsabilidad por asistencia sanitaria pública tan arduamente lograda a lo largo de las sucesivas reformas legislativas que se han sucedido entre 1992 y 2003.

En efecto, como señala SEGURA GARCÍA¹²³, durante los últimos años hemos asistido a una interesante pugna judicial en la que jueces y tribunales de las cuatro jurisdicciones parecían querer disputarse la competencia para conocer de las demandas de indemnización de daños causados por asistencia sanitaria dispensada en centros e instituciones del Sistema Nacional de Salud. Por lo que aquí importa, los jueces y tribunales del orden civil justificaban su competencia en la *vis atractiva* de la jurisdicción civil (arts. 9.2 y 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial); en la necesidad de no dividir la contingencia de la causa para evitar la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios sobre una misma materia en caso de demanda conjunta frente a sujetos privados y Administración sanitaria; y, finalmente, cuando se demandaba únicamente a la entidad pública, se reconocía la competencia de esta jurisdicción al entender que la Administración se encontraba en el ámbito de las relaciones empresariales, estrictamente privadas, desprovista de *imperium*. Por su parte, los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo resolvían las demandas de esta índole con fundamento en la responsabilidad patri-

¹²³ SEGURA GARCÍA, BELÉN.- *Responsabilidad Jurídica por Asistencia Sanitaria. Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias*. Editorial Lexnova, 2007.

monial del Estado por funcionamiento normal o anormal de un servicio público.

Con la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y del Real Decreto 429/1993 (cuya Disposición Adicional preveía que las reclamaciones por responsabilidad de servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud seguirían la tramitación administrativa y contencioso-administrativa) el legislador quiso terminar con el peregrinaje jurisdiccional en esta materia atribuyendo en exclusiva el conocimiento de la responsabilidad patrimonial sanitaria a la jurisdicción contencioso-administrativa.

No obstante, determinadas imprecisiones en la redacción de estas normas dejaron abierta la posibilidad de que los juzgados y tribunales del orden civil, en particular, persistieran en su empeño de mantener la competencia para conocer de las demandas de los particulares frente a las Administraciones sanitaria y sus compañías aseguradoras de la responsabilidad, lo cual obligaba a los interesados a soportar dilatados procesos plagados de cuestiones previas sobre competencia que en no pocos casos concluían con una resolución que obligaba a las partes a reiniciar el proceso en otro Orden sin haber examinado la cuestión de fondo.

Así las cosas, en el año 1998 el legislador abordó una nueva reforma en busca de la anhelada unidad jurisdiccional. Con la **LO 6/1998, de 13 de julio**, se modificó el art. 9.4 de la LOPJ para que fueran los juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo los que conocieran en exclusiva de las demandas por responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio *cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive*, y si a la producción del daño concurren sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos en este orden su pretensión de resarcimiento ante este orden. Esta misma LO modificó también el art. 2.e) de Ley Reguladora de la jurisdicción Contencioso Administrativa, en el sentido de atribuir al orden jurisdiccional contencioso-administrativo las cuestiones que se susciten en relación con (...)e) La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad

o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social.” Pocos meses más tarde, la Ley 4/1999, de 13 de enero reitera la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa introduciendo la Disposición Adicional duodécima de la Ley 30/1992, del RJAPAC ¹²⁴.

Con esta triple reforma parecía quedar zanjada la cuestión. Sin embargo, y pese a los términos tan tajantes en que se expresó el legislador, lo cierto es que el Tribunal Supremo sorprendió a todos una vez más atribuyendo la competencia para conocer de las acciones por responsabilidad patrimonial contra la Administración a la jurisdicción civil en los **Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia de 27 de diciembre de 2001 y 21 de octubre de 2002**, resolviendo un conflicto negativo de competencias entre un órgano del orden jurisdiccional civil y otro del contencioso administrativo en dos supuestos en los que se formulaba demanda de responsabilidad civil conjuntamente frente a RENFE, entidad de naturaleza pública y su aseguradora, merced a la “*vis atractiva*” que ejercía esta jurisdicción en base al art.9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. ¹²⁵

Sea como fuere, el legislador tuvo que hacer frente de nuevo a esta controversia a través de una nueva reforma. Mediante la L.O. 19/2003 se ha puesto fin a más de veinte años de polémica doctrinal y jurisprudencial estableciendo de forma tajante y contundente la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa señalando que “*El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá*

¹²⁴ Disposición Adicional duodécima de la Ley 30/1992: “La responsabilidad patrimonial de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.”

¹²⁵ La solución adoptada por la Sala, fue cuestionada por no pocos administrativistas, para los que de la lectura conjunta de los arts. 9.4, parr.2º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el art. 2. e) de la LRJCA no dejaba lugar a dudas, al establecer la interdicción de que la Administración sea demandada por responsabilidad civil ante la jurisdicción civil

de las cuestiones que se susciten en relación con (...) e) *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aún cuando en la producción del daño concurran con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad.*” (art. 2.e. LRJCA)

Por su parte, la nueva redacción del art. 9.4 de la LOPJ viene a reforzar aún más esta declaración señalando que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo *conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas.*”

La generalización de las fórmulas de PPP o PFI para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias puede reabrir esta polémica con ocasión de las reclamaciones que los particulares interpongan frente a las entidades privadas que gestionen los servicios no estrictamente sanitarios por los daños sufridos como consecuencia, por ejemplo, de fracturas por caídas en el interior del hospital por encontrarse el suelo húmedo, intoxicaciones alimentarias, extravío de documentación clínica, etc...

La constatación de que no estamos ante una hipótesis jurídica de laboratorio la encontramos en un reciente **Auto de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2006** que atribuye al **orden civil** el conocimiento de una demanda por las lesiones sufridas

por una limpiadora de una Fundación Pública Sanitaria (Fundación Hospital del Oriente de Asturias) al pincharse con una aguja infectada en un quirófano. Este pronunciamiento, que parece reabrir nuevamente una polémica que parecía ya definitivamente superada, resulta especialmente trascendente a los efectos del presente trabajo toda vez que sustenta la competencia del orden civil en el hecho de que *los hechos debatidos, según se infiere del análisis de los escritos incorporados a las actuaciones del conflicto, no tienen relación alguna con la asistencia sanitaria pública concertada*¹²⁶, *ni aparece demandada la Administración Pública*.

A la luz de este reciente pronunciamiento de la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo, las reclamaciones por daños acaecidos en hospitales gestionados bajo fórmulas PPP o PFI que no se deriven de la actividad estrictamente sanitaria deben ser sometidas al conocimiento de los juzgados civiles y, por tanto, hurtadas al procedimiento administrativo y contencioso administrativo de responsabilidad patrimonial cuando el particular opte por no demandar a la Administración responsable del centro y dirigirse exclusivamente frente a la empresa titular del servicio generador del daño (limpieza, archivo de documentación clínica, cocina, mantenimiento, etc...)

Ciertamente, este pronunciamiento abre una vía de agua en la difícil consolidación de un fuero único para las reclamaciones por daños causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada en centros del Sistema Nacional de Salud al poner el punto de mira en la naturaleza del servicio –sanitario o no sanitario– causante de los daños, y en el hecho de que la demanda se dirija o no contra una Administración pública. A la vista de estos dos datos no resulta aventurado apuntar que las fórmulas de gestión hospitalaria público-privadas serán el caldo de cultivo de una nueva fractura en la tan anhelada unidad jurisdiccional.

¹²⁶ La Audiencia Provincial de Oviedo se había declarado incompetente para conocer de la demanda en base a lo previsto en la DA 12ª de la Ley 30/1992 –en la redacción dada por la Ley 4/1999– en relación con la Ley Orgánica 19/2003 y con la Ley 15/1997 sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud.

Pero, al margen de cuestiones puramente procedimentales, la atribución del conocimiento de las reclamaciones por daños al orden civil o contencioso-administrativo implica también consecuencias de orden sustantivo que guardan estrecha relación con uno de los elementos determinantes del surgimiento de la responsabilidad: su carácter subjetivo u objetivo; es decir, la necesidad o no de acreditar algún grado de culpa o negligencia por parte del agente en la producción del daño.

Recordaremos brevemente que, en términos generales, la responsabilidad patrimonial se fundamenta en criterios objetivos, si bien matizados precisamente en el campo de la responsabilidad por asistencia sanitaria¹²⁷ por criterios moderadores como el de la adecuación de la asistencia a la *lex artis ad hoc*¹²⁸. No obstante, y aún cuando los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo puedan emplear en ciertos casos criterios moderadores como el apuntado, lo cierto es que no falta numerosos ejemplos de resoluciones judiciales sobre res-

ponsabilidad patrimonial que sustentan la condena a la Administración sanitaria en postulados netamente objetivos, tanto cuando se trata estrictamente de prestación sanitaria, como, con más intensidad si cabe, cuando los daños no guardan relación con la actividad puramente asistencial, sino que se producen con ocasión de la estancia y permanencia de pacientes o usuarios en centros sanitarios derivados de los denominados *riesgos de explotación*.

Sea como fuere, ya hemos visto cómo al concesionario codemandado en un pleito por responsabilidad patrimonial en el orden contencioso-administrativo se le aplican los mismos criterios de responsabilidad objetiva o cuasi-objetiva que a la propia Administración.

Pues bien, en el caso de que el paciente o usuario lesionado opte por una reclamación directa frente al contratista por culpa extracontractual, en lugar de por una reclamación por responsabilidad patrimonial frente a la Administración, nos encontraremos con que los juzgados y tribunales del orden civil aplicarán, lógicamente, sus propios criterios de determinación de la culpa o negligencia, exigibles en vía civil para tener acceso a una indemnización por responsabilidad ex arts. 1902 y siguientes del Código civil – moderados, si se quiere, cuando se trata de los riesgos de explotación de una actividad empresarial, pero culpabilísticos, al fin y a la postre-.

Para el caso en que se demande a ambos conjuntamente –Administración y contratista- parece posible, de momento, sostener la competencia del orden contencioso-administrativo y la aplicación, por tanto, de las reglas o criterios sustantivos de atribución de responsabilidad consolidados en este campo¹²⁹.

¹²⁷ La STS-CA de 10 de mayo de 2005 establece que “este Tribunal Supremo tiene dicho en jurisprudencia consolidada -y que, por lo reiterada, excusa la cita- el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar”

¹²⁸ La SAN-CA de 26 de noviembre de 2003: “Se hace necesario, cuando los Tribunales se enfrentan ante un problema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento o a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos. De esta forma, y ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto se utiliza con generalidad el criterio de la “lex artis” (...) 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 (“lex artis”). En el caso de que se atendiera sólo a la existencia de la lesión, se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la “Lex Artis

¹²⁹ Presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria: a) Existencia efectiva de un daño evaluable económicamente e individualizado que el interesado no tengan obligación de soportar, esto es un daño antijurídico; b) Que la lesión sufrida sea consecuencia de la dispensación de asistencia sanitaria por la Administración sanitaria, en desarrollo de funciones de la misma naturaleza, en una relación de causa a efecto; c) La concurrencia del nexo causal entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, sin interferencias extrañas que pudieran anular o descartar aquel, como que el daño no se haya producido por fuerza mayor; y d) Ejercicio de la acción en el plazo de un año, de conformidad con las previsiones del artículo 142, 5 de la Ley 30/1992.

Cuando la producción del daño se deba o pueda deberse a una actividad en la que hayan concurrido conjuntamente la Administración y el contratista, la dificultad se presentará a la hora de determinar el grado de responsabilidad de cada uno de ellos o, en su caso, de sus respectivas aseguradoras. En concesiones de obra pública sanitario u otros modelos en los que la participación público privada converja en la actividad desarrollada en el centro sanitario, habrá que dilucidar cual es el factor determinante en la producción del daño (por ejemplo, en una reclamación por enucleación de un ojo a un paciente debido a una infección intraoperatoria contraída en una intervención quirúrgica de cataratas, puede que el factor determinante haya sido el incumplimiento por parte de los profesionales sanitarios –dependientes de la Administración– de las medidas de asepsia preoperatorias que aconsejan los protocolos; pero la infección también puede deberse a un defectuoso mantenimiento de los conductos de ventilación de los quirófanos en los que se hubiera alojado la bacteria causante de la infección –actividad de la que resultaría responsable la empresa explotadora del centro). En casos en que pueda acreditarse de forma determinante la causa productora del daño, el contratista responderá de los que se produzcan como consecuencia de los procesos de ejecución que controle de forma directa e inmediata, en tanto que esta responsabilidad se excluye respecto de la parte del proceso de la que es directamente responsable la Administración. En este sentido, la **STS de 24 de abril de 2003** señala que la Administración sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus propios servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenas a la organización o a la actividad administrativa, pues la responsabilidad de la Administración no puede ser tan amplia que alcance a los daños derivados de actos puramente personales de otros sujetos de derecho que no guardan relación alguna con el servicio.

En cuanto a la posibilidad de que Administración y contratista respondan de forma solidaria, la doctrina jurisprudencial es clara al respecto (por todas, **Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de octubre de 2002**) en el sentido de considerar que en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la

responsabilidad solidaria no aparece impuesta en el art. 1902 y siguientes del Código Civil, siendo aplicable la doctrina jurisprudencial de la responsabilidad solidaria únicamente cuando el hecho dañoso resulte de una actuación conjunta derivada de la cooperación de varios comportamientos que no puedan individualizarse, lo que sucederá en aquellos supuestos en los que no sea posible determinar con certeza cual ha sido el elemento decisivo para la producción del daño.

En definitiva, la generalización del empleo de fórmulas de PPP o PFI para la construcción y explotación de infraestructuras sanitarias plantearán nuevos desafíos a los Tribunales a la hora de determinar, procesal y sustantivamente, los criterios de imputación de la responsabilidad derivada de la actividad sanitaria y auxiliar de estos nuevos hospitales.

Bibliografía

- Amoedo Souto.- TRAGSA. Medios propios de la Administración y huida del Derecho Administrativo. Ed. Atelier. Barcelona, 2004.
- Benito López, Bernardino y Montesinos Julve, Vicente.- Análisis de la Financiación ¿privada? de infraestructuras. RVEH nº9 – III/2003.
- Cabasés Hita, Juan M. La financiación de la sanidad pública. Derecho y Salud. Vol. 14, marzo 2006. Núm. Extraordinario XIV Congreso Derecho y Salud.
- Comisión Europea. “Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones”, 30 de abril de 2004
- Cortes Generales. Comparecencias en relación con el proyecto de Ley de contratos del sector público. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Año 2007 VIII Legislatura Núm. 756. Sesión núm. 31 (20 de febrero de 2007)
- Cuadrado Zuloaga, Daniel.- Contratos Administrativos y Contratos privados. Actualidad Administrativa, nº6. Marzo 2007.
- Domínguez Martín, Mónica. Formas de Gestión de la Sanidad Pública en España. Ed. La Ley, 2006.

- Gimeno Feliú, José María.- La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. Ed. Cívitas. Madrid, 2005.
- Gimeno Feliú, José María.- La problemática derivada del encargo de prestaciones a entes instrumentales propios: alcance de la jurisprudencia comunitaria. Ed. Cívitas. Madrid, 2005.
- Jiménez Palacios, Alfonso. El Sistema Nacional de Salud 20 años después. Revista Administración Sanitaria 2006; 4(2):311-22.
- Lamata Cotanda, Fernando. Manual de Administración y Gestión Sanitaria. Ed. Díez de Santos, 1998.
- López Benítez, Mariano.- ¿Sirve la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para la contratación de los servicios sanitarios? Algunas reflexiones a propósito de los contratos sobre servicios y bienes sanitarios. Derecho y Salud. Vol. 9, núm 1. Enero-Junio 2001.
- Martín Seco, J.F.- Hospitales Privados Contra la Sanidad Pública. Crítica Social y Ciudadana, 20 de diciembre de 2006 (<http://www.crisyc.com/crisyc>)
- Menendez de la Cruz, Cristina. Contratos de colaboración público-privada en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público. Contratación Administrativa Práctica, nº 66 – Julio 2007.
- Nieto Garrido, Eva. “La financiación Privada de obras y Servicios Públicos en el Reino Unido”. Revista de Administración Pública nº 164, mayo-agosto 2004.
- Palomar Olmeda, Alberto.- Manual Jurídico de la Profesión Médica. Ed. Dykinson, 1998.
- Pérez Gálvez, Juan Francisco.- Creación y regulación de centros y establecimientos sanitarios. Ed. Bosch, 2003.
- Pleite Guadamillas, Francisco.- Objetivos de la norma comunitaria sobre contratación pública. Contratación Administrativa Práctica, núm. 50. Febrero 2006.
- Puyod, Carmina.- Interacción desigual entre la pública y la privada en el contexto autonómico. El Médico, 31 de marzo de 2006.
- Rebollo Puig, Manuel.- La responsabilidad patrimonial de la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos. Derecho y Salud. Vol. 8, Núm. 1. Enero-Junio 2000.
- Resolución legislativa del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (2006/2043 (INI))
- Segura García, Belén.- Responsabilidad Jurídica por Asistencia Sanitaria. Marco Jurídico de las Profesiones Sanitarias. Ed. Lexnova, 2007.
- Sevilla, Francisco.- La universalización de la atención sanitaria 20 años después de la Ley General de Sanidad. El Médico, 10-11-06.
- Sosa Wagner, Francisco. La gestión de los Servicios públicos locales. Ed. Cívitas, 2004.
- Tolivar Alas, Leopoldo.- Derechos de los pacientes y usuarios ante la gestión privada de servicios sanitarios. Derecho y Salud. Núm. Extraordinario XV Congreso.
- Tragsa. Contratos in house. Conclusiones del Abogado General del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.- Contratación Administrativa Práctica, núm. 59. Diciembre 2006.
- Troncoso Reigada, Antonio.- Privatización, Empresa Pública y Constitución. Ed. Marcial Pons. Madrid, 1997
- Villar Rojas, Francisco José.- La concesión administrativa de obra pública como nueva fórmula de gestión de servicios sanitarios. Derecho y Salud. Volumen 14, marzo 2006.

