

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Comisión Científica

EXCMO. SR. JOAQUÍN RUIZ-GIMÉNEZ Y CORTÉS
ILMO. SR. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO
ILMO. SR. TOMÁS SALA FRANCO
ILMO. SR. JOAQUÍN TORNOS MÁS
SR. JUAN LUIS BELTRÁN AGUIRRE

Director:

SR. FRANCISCO JOSÉ VILLAR ROJAS

Secretario:

SR. JOSÉ LUIS RUIZ CIRUELOS

Consejo de Redacción

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

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

© COPYRIGHT 2001. **ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD**
RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. EL CONTENIDO DE LA PRESENTE PUBLICACIÓN NO PUEDE SER REPRODUCIDO NI TRANSMITIDO POR NINGÚN PROCEDIMIENTO ELECTRÓNICO O MECÁNICO, INCLUYENDO FOTOCOPIA, GRABACIÓN MAGNÉTICA, NI REGISTRADO POR NINGÚN SISTEMA DE RECUPERACIÓN DE INFORMACIÓN, EN NINGUNA FORMA, NI POR NINGÚN MEDIO, SIN LA PREVIA AUTORIZACIÓN POR ESCRITO DEL TITULAR DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE LA MISMA.

PRODUCCIÓN: ASOCIACIÓN JURISTAS DE LA SALUD
APARTADO 4074
31080 PAMPLONA

DEPÓSITO LEGAL: B-35337-93
I.S.B.N. 84-95206-79-X
IMPRESO EN ESPAÑA POR LINEGRAFIC, S.A.
HNOS. NOAIN, I I
31013 ANSOAIN - NAVARRA
<http://www.ajs.es>
e-mail: ds@ajs.es

DS

DERECHO Y SALUD

DRET I SALUT

ZUZENBIDEA ETA OSASUNA

DEREITO E SAÚDE

Publicación Oficial
de la Asociación
Juristas de la Salud

Volumen 12, Junio 2004

Extraordinario XII Congreso Derecho y Salud

- Intervención de la Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha
D^a M^a Henar Merino Senovilla 1
- Profesiones sanitarias: su ordenación.
Juame Aubia Miramón 5
- La cohesión del Sistema Nacional de Salud.
Santiago Muñoz Machado 15
- Biotecnología y normas jurídicas
Encarna Roca 25
- Mesas de Trabajo 43
- Conclusiones de las Mesas de Trabajo 67
- COMUNICACIÓN:
Legislación Navarra sobre voluntades anticipadas: en particular, el sujeto otorgante y la formalización del documento. 75

INTERVENCIÓN DE LA DEFENSORA DEL PUEBLO DE CASTILLA-LA MANCHA

Ilma. Sra. D^a M^a Henar Merino Senovilla

Los Defensores del Pueblo Autonómicos son “órganos de control” facultados para supervisar la actividad de la Administración, ya sea ésta en defensa de los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, ya venga motivada por un caso de “mala administración”. Carecen de potestad sancionadora alguna, lo que confirma la línea tradicional del Ombudsman en ser calificado como una “Magistratura de la persuasión”.

Cabe realizar tres precisiones relativas al control ejercido por los Defensores del Pueblo:

a). En primer lugar, el control efectuado por la Institución del Defensor del Pueblo constituye propiamente un control jurídico o de legalidad. Y es que, efectivamente, su misión primordial reside en controlar estricta y exclusivamente la adecuación de la actividad supervisada a las normas jurídicas que disciplinan dicha actividad.

b). En segundo lugar, y derivado de la primera consideración apuntada ha de hacerse notar que este control es realizado siempre “*a posteriori*”, es decir, verifica que una actuación (pasada) es conforme o no a un determinado parámetro.

c). Por último, y sin perjuicio de lo que se acaba de decir en los apartados precedentes, conviene reseñar que el control de legalidad efectuado por los Defensores del Pueblo posibilita a su vez el ejercicio de otros controles. Dicho más claramente: el control ejercido por estas Instituciones (y dado a conocer mediante los informes presentados a las Cortes Regionales y a través de los medios de comunicación), puede (y debe) provocar el ejercicio de actuaciones de control político de las Asambleas Legislativas, así como originar, además, otras manifestaciones de control más difusas, canalizadas a través de los medios de comunicación y la opinión pública.

En definitiva, resumiría las funciones de los Defensores del Pueblo como mediación entre el poder público y el

ciudadano, con la finalidad de obtener una solución a los hechos que éste le expone, en forma de queja, manejando argumentos y razonamientos para que se observen y respeten los derechos y libertades fundamentales, así como el ordenamiento jurídico vigente.

Partiendo de estas consideraciones generales, tan resumidamente expuestas, pero que nos sitúan en el pórtico de esta Institución, os comentaré en síntesis el papel que corresponde a la Defensora del Pueblo, en el ámbito de la Sanidad en Castilla-La Mancha y conforme al cual viene ajustando su actuación.

La Constitución Española en su artículo 43 reconoce el derecho a la protección de la salud y atribuye a los poderes públicos la responsabilidad de organizar y tutelar la salud pública a través de las prestaciones y servicios necesarios.

La Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha, señala, entre otros, como principios más relevantes que informan la ordenación y actuación sanitaria en nuestra Comunidad Autónoma, los de universalización de los servicios sanitarios, igualdad efectiva, calidad de los servicios, coordinación, eficacia, eficiencia y responsabilidad y participación del colectivo de profesionales.

El control sobre tales actuaciones lo confió el legislador autonómico, en un primer momento, al Defensor del Usuario del Sistema Sanitario, cuya figura se creaba en la referida Ley 8/2000, y que venía desarrollada en los artículos 7 a 14 de la misma.

Sin embargo, dicho sistema de control nunca se puso en funcionamiento, puesto que fue derogado unos meses después de su aprobación, en concreto por la Disposición Derogatoria de la Ley 16/2001, Reguladora del Defensor del Pueblo de Castilla-La Mancha.

La Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha asumió, de este modo, la garantía y defensa de los usuarios del sistema sanitario, a la vez que la supervisión y control de toda la actividad emanada de la Administración Sanitaria, simplificando con ello la tramitación de las quejas de pacientes y usuarios que entendiesen vulnerados sus legítimos derechos.

Esta asunción de competencias hace posible que la Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha tenga un amplio campo de actuación referido a la Administración Sanitaria, que va más allá del inicialmente asignado al Defensor del Usuario del Sistema Sanitario. Así, en lo que se refiere a la Consejería de Sanidad y dentro de ella, el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), su nivel de intervención lo es en términos semejantes a los que la Ley Reguladora de nuestra Institución, le permite en Agricultura, Obras Públicas, Educación, entre otras.

Sin embargo, en este marco previo de competencias, sin duda desconocido para la ciudadanía, pero con incidencia innegable en el amparo que podemos otorgarles, hay quejas que se dirigen a la Institución y que no podemos tramitar porque su objeto tiende a que supervisemos facultades de auto-organización de la Administración Sanitaria.

Esa facultad de auto-organización es un poder exclusivo de la Administración Pública, reconocido por la doctrina constitucional, y plasmado en leyes de ordenación, (sirva de ejemplo la ya citada Ley 8/2000), sin que los Defensores del Pueblo puedan ejercer control alguno sobre los criterios políticos que sirven de base para establecer una determinada planificación sanitaria.

En estos casos, nos vemos obligados a decir a quienes presentan la queja, que no podemos intervenir, informándoles cuales son los instrumentos y órganos que tienen a su alcance para canalizar sus reclamaciones o propuestas para conseguir que las estructuras sanitarias respondan con agilidad, eficacia, cercanía y calidad a sus demandas.

Pero sin duda, este tipo de quejas, son porcentualmente pocas; verdaderamente el grueso de quejas de entre las casi 200 que hemos recibido, incluidas las referidas a medio ambiente, están referidas a materias que sí son competencia de la Institución y que se refieren a actos de la Administración Sanitaria cuyo control y supervisión tenemos encomendados.

Destacaría, entre éstas, las que nos dirigen los pacientes, usuarios o sus familiares, referidas a la vulneración de su **derecho de información y acceso a la docu-**

mentación clínica, y las que reclaman un trato humanizado en los servicios.

Aquellas que están referidas a los derechos de información y acceso a la documentación clínica, vienen a sostener los reclamantes que el Centro Hospitalario, Centro de Salud, Servicio, etc., no les ha facilitado información suficiente sobre su proceso asistencial, o que no le han permitido el acceso a su documentación clínica, o a obtener copia de los datos que figuran en su historia clínica.

Desde nuestra Institución, se hace ver con claridad a los promotores de la queja, que no tienen derecho a obtener el original o copia de sus analíticas, de sus RX, y de sus Resonancias Magnéticas, por poner un ejemplo, puesto que los resultados de dichas pruebas, tienen que figurar en los respectivos partes médicos que se les hacen llegar.

En cambio, tienen pleno derecho de acceso a la información y documentación clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Ahora con mayor legitimidad desde la entrada en vigor de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, que es Ley Básica, y que viene a consagrar los principios que ya se recogían en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000, y en el Convenio de Oviedo sobre los derechos humanos y la biomedicina de 1997, vigente en España desde primero de enero de 2000.

En nuestra Comunidad Autónoma, la propia Ley 8/2000, en su artículo 4, también recoge los derechos que tienen las personas incluidas en su ámbito de aplicación, que vienen a ser coincidentes, en lo básico, con lo ahora regulado en la Ley 41/2002.

Con esta última norma, además de realizar correctamente la prestación sanitaria, el profesional sanitario que interviene está obligado al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica (art. 2.6). Ya queda claro que la información clínica habrá de ser verdadera, comunicarse al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, y habrá de ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad (art. 4.2). Como también que el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles. Se impone así, la obligación de recabar el consentimiento informado de los usuarios para la realización de cualquier intervención (art. 2.3).

La Ley estatal básica, sin dejar de reconocer la responsabilidad de informar que recae sobre los profesionales

sanitarios que atienden al paciente durante cada fase del proceso asistencial, o le aplican una técnica o un procedimiento concreto, constituye al médico responsable del paciente como garante de este último, respecto del cumplimiento de la obligación de información a su favor.

El acceso a la historia clínica es uno de los derechos que con mayor frecuencia se invocan vulnerados por los pacientes o sus familiares. Desde esta Institución venimos recabando la colaboración de los Centros Sanitarios para que cumplan y satisfagan este derecho del usuario. Porque su incumplimiento arrastra la vulneración de otros derechos también esenciales que corresponden al afectado.

La ventaja que nos ofrece la Ley estatal básica con respecto a la historia clínica, es que define su estructura, la coordinación en su custodia, su contenido y sus características. Pero sobre todo que el paciente puede acceder a toda la biografía patológica contenida en su historial. Tan sólo se limita el derecho de información cuando afecte a la intimidad del fallecido, a las anotaciones subjetivas de los profesionales, o que perjudique a terceros.

Queda despejada cualquier duda que a tenor de la legislación preexistente a esta Ley estatal básica, pudiera tener la Administración Sanitaria, para limitar o menoscabar el derecho de información del paciente y como esta Institución conecta directamente dicho derecho con el de dignidad e intimidad del ser humano y el respeto a la autonomía de su voluntad, instamos a través de nuestras sugerencias, recomendaciones o propuestas, a que la Administración reponga cualquier actuación que conlleve la vulneración o desconocimiento de tales derechos.

Otro conjunto de quejas que llega a la Institución es la referida a una falta de humanización de los servicios y máximo respeto a la dignidad de los ciudadanos.

Nos encontramos con supuestos en que el paciente, usuario o familiares, se quejan de haber recibido un trato poco humano del profesional sanitario que le ha atendido, extendiendo su desacuerdo a un Servicio completo, e incluso a la Dirección Médica del Centro. Y distinguimos este grupo de quejas, de aquellas que se refieren al error médico, o a una actuación médica contraria a la "*lex artis*", que haya podido ocasionar un perjuicio.

Es nota común, en muchos de estos supuestos, el fallecimiento del paciente, si bien hay supuestos en que no se ha producido tan fatal desenlace.

Evidentemente la Institución realiza una investigación de lo acaecido en cada caso concreto y extrae sus conclusiones a tenor de la información recabada, dando lugar finalmente al archivo del expediente en algunos

supuestos, en otros a facilitar información al promotor de la queja, y en otros a realizar la oportuna recomendación a la Administración Sanitaria.

Deducimos en algunos de estos casos que no se ha dado una información completa y detallada de la actuación de los profesionales sanitarios, y que esa falta de información da lugar a las conjeturas y especulaciones en quién pasa por momentos difíciles y dolorosos.

Cuando menos ante la denuncia de hechos graves, con consecuencias graves, sería aconsejable la apertura de expedientes informativos internos para investigar lo sucedido, dando traslado de su resultado a los afectados. No tenemos constancia de que tales expedientes informativos se incoen, ni de que su resultado se transmita información a los interesados, lo que sin duda da origen, al menos en algunos supuestos, a que se siga adelante con la reclamación, bien ante esta Institución, bien ante los Tribunales de Justicia.

Bien es verdad que en determinados casos, el paciente o usuario, interpreta por falta de humanización en los servicios sanitarios, lo que en manera alguna puede tener tal calificación, como es que el médico resulte más o menos explicativo o hablador, que tenga un gesto cariñoso con el paciente, o que su cortesía con los familiares sobrepase los límites del contexto en que se producen estos encuentros.

Sin perjuicio de tan exageradas expectativas, lo cierto es que este principio informador de toda actuación sanitaria ha de estar presente a lo largo de la relación médico-paciente y que las condiciones adversas en que a veces ha de prestarse la asistencia, no puede desmerecer o disminuir el grado de humanización que un servicio como la salud exige de su prestatario. Todavía menos cuando entre los derechos de los usuarios y pacientes figura en lugar relevante el de una atención sanitaria adecuada a las necesidades individuales y colectivas, lo que obliga a reforzar las condiciones de su prestación a determinados pacientes.

Y para cerrar este pequeño balance de experiencia práctica Institucional, quiero decirles que también recibimos reclamaciones en las que los usuarios del sistema sanitario se quejan de las consecuencias que para ellos representa una falta de coordinación de los servicios sanitarios; el desajuste que supone en algunas comarcas el transporte sanitario, con cita en horarios que les resulta imposible su desplazamiento con transporte público, y la excesiva dificultad y gasto económico que les supone los continuos desplazamientos para ser tratados de sintrón fuera de las localidades de su residencia.

Por último y para exponer casi todo el "muestreo" de nuestro trabajo en la Institución les haré referencia a tres Resoluciones distintas que hemos elaborado resolviendo casuísticas tan plurales y diferentes como las siguientes:

1.- Cáncer de mama.

Como consecuencia de los hechos que rodearon el proceso de asistencia sanitaria de una mujer afectada por cáncer de mama y que, produjeron la disputa entre dos cirujanos en el interior del quirófano del Hospital de Albacete, interrumpiendo el procedimiento quirúrgico, cuando la paciente ya estaba anestesiada, motivaron que la Asociación de mujeres afectadas de cáncer de mama de Albacete, manifestara públicamente su reprobación ante lo sucedido.

Los hechos narrados dieron lugar a la queja 02/0040 en la que se dictó un informe específico desde esta Institución. Éste forma parte del informe a las Cortes Regionales de 2002 de la Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha publicado en el B.O. de las Cortes de Castilla-La Mancha de 4 de noviembre de 2003.

2.- Anestesia epidural en la asistencia en el parto.

Recibimos quejas, en las que según sus promotoras, tenían dificultades o se les había privado del derecho a acceder a la anestesia epidural en el parto para las usuarias del Hospital Virgen de la Luz de Cuenca.

Parecía desprenderse que en la no prestación del servicio de analgesia durante el parto para un buen número de mujeres de Cuenca, existían razones de carácter organizativo o presupuestario y otras que respondían a la consideración profesional de los contenidos que conforman la atención continuada o de urgencias en el Hospital.

Se constató que la Gerencia Hospitalaria y el equipo directivo del Centro estaban trabajando en aquel momento para solucionar ambos aspectos.

Lo narrado originó varias quejas, la 533 del 2002 y la 90 y 257 del 2003. Cada una de ellas originó una resolución de esta Institución en las que se sugería a la Gerencia del SESCAM que adoptara las medidas necesarias para ampliar la oferta de anestesia epidural, removiendo los condicionantes y limitaciones que en aquel momento

recaían sobre su prestación. Se han ido ampliando las plantillas de médicos anestesistas de distintos hospitales de la región, lo que sin duda está repercutiendo en una mejora del servicio a nivel general, no sólo en la asistencia al parto.

3.- Una trabajadora embarazada del Ayuntamiento de Tomelloso, reclamó la intervención de la Institución para hacer efectivo su derecho a trabajar en un espacio laboral "libre de humos".

Los hechos narrados dieron origen a la queja 02/0348 que finalizó con un informe en el que se recomendaba al Ayuntamiento que adoptara cuantas acciones fueran necesarias para velar por la salud de la trabajadora promotora de la queja, haciendo cumplir la prohibición de fumar en cualquier área laboral del Ayuntamiento donde trabajasen mujeres embarazadas, cumpliendo así la Ley autonómica sobre drogodependencias y otros trastornos adictivos.

Quisiera terminar mi intervención haciendo alusión a algo que debe constituir preocupación permanente no sólo de la Defensora del Pueblo de Castilla-La Mancha, sino de la Administración Sanitaria y de quienes de una u otra forma están vinculados con la asistencia sanitaria en nuestra Comunidad Autónoma.

Me refiero a la mejora de la calidad en el sistema sanitario en su conjunto, objetivo que deberá estar presente en las actuaciones de las instituciones sanitarias, tanto públicas como privadas.

La demanda de calidad en la gestión de la Administración Sanitaria debe considerarse como un derecho de la ciudadanía, ya que mientras dicha Administración no cumpla los mínimos de estándar de calidad que demandan los usuarios no podrá hacer efectivo los derechos de éstos.

Es preciso que se regulen los estándares de calidad que deben cumplir los centros, servicios y establecimientos sociosanitarios de utilización pública de nuestra Comunidad. Otras Comunidades (Cataluña) ya lo han hecho. Con ello no sólo mejorará la asistencia sanitaria, sino que se protegerán y garantizarán de manera mas efectiva otros derechos fundamentales que sin duda están estrechamente ligados con aquél.

PROFESIONES SANITARIAS: SU ORDENACIÓN

*Jaume Aubia Miramón
Director General de Recursos Humanos y Servicios
Económico-Presupuestarios del
Ministerio de Sanidad y Consumo*

El Congreso de Derecho y Salud, me da la oportunidad de presentar la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que si no ocurre nada extraordinario, en la sesión que hoy empieza en el Senado va a conseguir su aprobación definitiva por el Pleno de esta Cámara.

Para mí es una satisfacción estar hoy aquí, en el sentido de poder explicar esta Ley a los de dentro, pues entiendo que esta Asociación reúne a muchos, todos o casi todos, de los que, una vez esta Ley sea efectiva, van a tener que desarrollarla, impulsarla, mejorarla en los ámbitos de los servicios autonómicos de salud y en los ámbitos de las organizaciones.

La Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias se inscribe en una especie de trípode legal, articulado alrededor de la Ley de Cohesión y Calidad, cuyo Título III prefiguraba lo que después serían las dos Leyes que en este momento estamos a punto de aprobar: el Estatuto Marco y la Ley de Ordenación de las Profesiones.

El objeto de la Ley es el ejercicio de las profesiones, pero para explicar lo que pretende y lo que no pretende la Ley, entiendo, sobre todo después de haber, durante todo este año, estado presente en una serie de debates políticos y mediáticos, que es necesario hacer una afirmación inicial en el sentido de que el ejercicio de las profesiones en nuestro sistema parte casi de un vacío normativo. Seguramente, el concepto vacío normativo es duro, es excesivo, pues hay leyes y otras normas, pero muy antiguas, del siglo XIX y de la primera mitad del siglo XX. Incluso la Ley General de Sanidad, como una norma de naturaleza predominantemente organizativa cuyo objetivo fundamental es establecer la estructura y el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, habla poco, de hecho casi nada, de los profesionales.

De alguna forma, por tanto, esta Ley sería el primer intento en el mundo de la Sanidad, de desarrollar el artículo 36 de la Constitución, para lo cual, por la doctrina del

Tribunal Constitucional, tenemos que atenernos a una serie de principios. Primero que el desarrollo de este punto de la Constitución necesita una Ley formal ya que limita un Derecho Constitucional definido en el artículo 35 de la propia Constitución, el derecho al libre ejercicio de las profesiones. Por tanto, la limitación de este derecho requiere una ley básica, requiere establecer con absoluta certidumbre de que estamos en el ámbito de un bien común, no desarrollando el derecho de un grupo, no protegiendo un derecho individual o de colectivo, y por tanto, las restricciones que debe hacer la ley a este libre ejercicio de las profesiones que la constitución garantiza debe estar basado en la protección de un bien común, de un bien social como es la sanidad.

Es cierto que también el reconocimiento recíproco de títulos entre los Estados miembros de la Unión Europea, y por tanto la existencia de directivas reguladoras de esta materia, supone asimismo una limitación al ejercicio de las profesiones.

Y sin embargo, en la exposición de motivos de esta Ley, se indica que ésta no es una Ley para definir competencias o funciones ni para delimitar unas y otras profesiones. La Ley se basa en el concepto de profesión desde el punto de vista sociológico, que tiene unas ciertas características de formación superior, de autonomía y, por tanto de necesidad y derecho a la autoorganización, con exigencias superiores, de carácter deontológico y de espíritu de servicio.

De hecho, cuando en la nueva Ley se pretende hacer una definición de a qué profesiones se está refiriendo, intenta ser fiel a este concepto sociológico, digamos liberal, europeo y anglosajón, y encuentra en nuestro sistema normativo dos ámbitos que ayudan a definir lo que son estas profesiones. Primero, una definición educativa y después la existencia de una corporación profesional. Y por esto, en la exposición de motivos dice esta Ley:

"...existe la necesidad de resolver, con pactos interprofesionales previos a cualquier normativa reguladora, la cuestión de los ámbitos competenciales de las profesiones sanitarias manteniendo la voluntad de reconocer simultáneamente los crecientes espacios competenciales compartidos interprofesionalmente y los muy relevantes espacios específicos de cada profesión y por ello en esta Ley no se ha pretendido determinar las competencias de unas y otras profesiones de una forma cerrada y concreta sino que establece las bases para que se produzcan estos pactos entre profesiones, y que las praxis cotidianas de los profesionales en organizaciones crecientemente multidisciplinarias evolucionen de forma no conflictiva, sino cooperativa y transparente".

A pesar de estas intenciones, tanto en la opinión pública como en el debate político, cuando esta Ley se ha planteado, no se ha podido obviar el protagonismo de dos temas, que son el de la colegiación y el de la competencia. El tema de la competencia, de ámbito funcional propio de cada profesión, no se ha podido obviar, porque, de hecho, quién está o quién no está en la letra de Ley, y, si está, cómo se sale en la letra de la Ley, ha sido motivo de un debate en tiempo y en espacio, seguramente mucho más relevante que el que la Ley, en estas materias, pretendía suscitar.

¿Cuál es el objeto de la Ley realmente? El objeto fundamental de la Ley es permitir y ayudar a la adaptación de los profesionales y de las organizaciones en las que éstos trabajan a nuevos retos. Estamos asistiendo, queramos o no queramos, al nacimiento de una nueva sociedad. Una nueva sociedad en la que hay fenómenos nuevos, fenómenos relacionados con la complejidad, complejidad de un crecimiento del conocimiento científico y técnico explosivo, y esto requiere y exige una complejidad organizativa también creciente, en las formas en las que las profesiones ofrecen sus servicios y en la organización de los servicios sanitarios, lo que, evidentemente produce, como consecuencia de ello, tensiones económicas.

Estos fenómenos nuevos tienen repercusiones sobre las organizaciones sanitarias y también sobre las profesiones. Asistimos a un fenómeno universal, a un fenómeno que se produce en muchos países, de aparición de situaciones espectacularmente nuevas, problemas como la motivación o la desmotivación, la desprofesionalización, la falta de reconocimiento profesional, la insatisfacción de los profesionales, la huida de estos profesionales en todo el mundo, desde la India hasta Estados Unidos, desde Polonia, a Italia o a nuestro país. En todas las publicacio-

nes científicas y profesionales se refleja la aparición de estas crisis.

Además, en esta sociedad estamos asistiendo, queramos o no queramos, la veamos o no la veamos, a una tendencia de exigencia superior, de garantías de resultados, de no asunción o de exigencia de que los riesgos desaparezcan o disminuyan, de exigencias de que la información o la comunicación, antes la Defensora del Pueblo hablaba de esto, tenga mucha más importancia en estas relaciones del sistema sanitario. Y, por tanto, esta tendencia social que hasta ahora no era evidente en nuestra sociedad, significa más transparencia, unas responsabilidades más explícitas, más audits. Este fenómeno en el consumo o en el comercio, es bien evidente, pero también lo es en la universidad, lo es en investigación, y de hecho lo es en todos los ámbitos sociales, de manera que se habla que la nueva sociedad, esta sociedad postmoderna, es una audit society.

Dentro de nuestras organizaciones, en el conjunto del sistema sanitario necesitamos nuevos profesionales. Necesitamos profesionales con nuevos roles, con nuevos papeles. Necesitamos que aquellas decisiones que requieran priorizar inversiones, contener los costes, gestionar la demanda o mejorar la seguridad, decisiones que sabemos que no pueden ser tomadas solo de arriba abajo, impliquen el compromiso de los profesionales, que los propios profesionales lideren estos cambios.

Necesitamos unos nuevos roles de los profesionales y, en cambio, tenemos unos sistemas retributivos, de selección y de promoción que no incentivan, que no están adaptados a los resultados de la calidad del trabajo. Y los sistemas de promoción son rígidos y lentos, basados en mérito inicial, etc. Por lo tanto, los objetivos generales de la LOPS no son tanto y explícitamente los de determinar las competencias de cada uno, sino éstos, los de atender las necesidades de los profesionales, de las organizaciones y, en general, del sistema sanitario. De los profesionales vistos en este contexto internacional, en este contexto académico, para atender a la motivación, a las necesidades de formación continuada, a los sistemas de incentivación individual, de flexibilidad, de reconocimiento, de participación y de autonomía de los profesionales.

Pero también necesidades de las organizaciones para atender a una multidisciplinariedad creciente, a la necesidad de articular los trabajos en equipo, a una necesidad de estimular el compromiso y la implicación de los profesionales, a una rapidez más adecuada de respuesta del sistema sanitario, que necesitamos ya, de flexibilidad, por ejemplo, entre la oferta y la demanda del número de espe-

cialistas, o entre la oferta y demanda en la calidad de la formación. Y necesitamos, también, una nueva respuesta, un ordenamiento competencial para que la organización de la formación se adecue, se acerque a lo que en este momento es la distribución de competencias en el ámbito asistencial.

Dice esta Ley, en su artículo 1, sobre su objeto y ámbito, que es “regular las profesiones sanitarias en lo que se refiere a su ejercicio por cuanta propia o ajena, a la estructura general de la formación de los profesionales, al desarrollo profesional de los mismos y a su participación en la planificación y ordenación de las profesiones y del Sistema Sanitario. Asimismo, establece los registros de profesionales que permitan hacer efectivo los derechos de los ciudadanos...”.

La Ley se estructura en un título preliminar y cinco títulos que intentaré explicar para justificar, para argumentar cómo se intenta dar respuesta a estos retos sociales, organizativos o profesionales de los que hemos hablado.

Cuando define en el Título Preliminar los ámbitos funcionales y por tanto entra el concepto de reserva de actividad básico en el artículo 36 de la Constitución, la Ley lo hace utilizando unos criterios muy restrictivos, como no podría ser de otra forma, tanto desde el punto de vista de la doctrina del Tribunal Constitucional como del propio sentido común. De manera que mantiene unos criterios muy restrictivos de cuáles son las profesiones cuya actividad debe ser protegida.

Se hace con dos criterios, la titulación, titulación de nivel universitario y la existencia de colegios. La existencia de colegios, como se define en la Ley, no presupone, no significa, no entra en si estos colegios son o no son obligatorios, gran debate implícito en esta Ley, pero que creemos que esta Ley será absolutamente igual de aplicable y no se tendrá que cambiar, resuelva lo que resuelva el Tribunal Constitucional sobre la colegiación obligatoria o no obligatoria. La Ley se refiere a la existencia de estos colegios, que, por otro lado, en el cien por cien de las profesiones existen en este momento. La existencia de un colegio no significa, ni presupone, postura previa alguna en el debate o en el dilema jurídico de si la colegiación obligatoria es la única forma posible de colegiación o en el problema competencial (Estado-Comunidades Autónomas) para establecer la obligatoriedad o no obligatoriedad de la colegiación.

En la definición de las titulaciones se utilizan unos criterios de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional, acogiendo en esta definición las titulaciones universitarias, y, por lo tanto, entendiendo lo que son las

profesiones clásicas: médicos, farmacéuticos, dentistas y veterinarios. Pero añadiendo aquellas otras que mantienen en el ámbito europeo una directiva específica aunque sean diplomados, como enfermeros y matronas, y añadiendo lo que son los diplomados equivalentes, que en otros países pueden ser especialidades o subgrupos profesionales dentro de enfermeros y que dentro de nuestro ordenamiento jurídico son diplomaturas independientes: fisioterapia, etc.

A estos se añaden los titulados superiores que no tienen una formación sanitaria en su formación pregrado (psicólogos, químicos, biólogos) pero que en nuestro ordenamiento jurídico tienen reconocida ya una especialización sanitaria: psicólogos clínicos, análisis clínicos, inmunología, etc.

Hay un cuarto grupo, titulados de formación profesional ya reconocidos por Ley como profesión, que se refiere única y exclusivamente a los titulados de formación profesional reconocidos por la Ley 10/86.

Aquellos otros profesionales titulados de formación profesional, técnicos superiores o técnicos medios, es evidente que son titulados, es evidente que son profesionales y tienen los títulos también expedidos por el Estado, pero las normas reguladoras no deben determinarse por Ley básica, por lo tanto no están bajo el artículo 36 de la Constitución. La Ley, en su artículo 3.2, indica que las normas reguladoras en relación con estas profesiones deberán determinarse por las Administraciones competentes.

Esta clasificación profesional estará sujeta a cambios cuando la normativa educativa cambie o cuando en el ámbito de lo que se ha llamado el "Movimiento de Bolonia" y, por lo tanto, la homologación europea y los cambios en la titulación europea se modifique la estructura del sistema educativo. Hay una disposición transitoria que permitirá que esta Ley siga siendo efectiva y que sea posible adaptarse a estos previsibles cambios.

Cuando hablamos ya en el Título I del ejercicio de las profesiones, se hace un ejercicio voluntario de que haya definidas una gran parte, un gran paquete de funciones comunes en el campo de la prevención, de la educación, de la investigación, de la formación, de la gestión en la que no se hace una reserva de actividad para cada una de las profesiones, sino que se determinan que estas son funciones comunes de todas ellas. Y, en cambio, las funciones específicas, en el artículo 6 y 7, se intenta buscar, se han intentado buscar aquellos términos descriptivos, relevantes, significantes para cada profesión, pero que han sido voluntariamente genéricos, voluntariamente amplios, voluntariamente neutros. Esto no siempre ha sido entendi-

do así y una gran parte de los debates que hemos asistidos es de grupos profesionales, colegios, que entendían que sus definiciones deberían ser mucho más precisas, más limitativas.

De todas maneras, en este primer Título el fondo, el núcleo, no es tanto este sistema de competencias, sino establecer una serie de principios. Algunos de los principios son básicos, son generales, no llamarían mucho la atención. El artículo 4 dice que el profesional sanitario, el estar al servicio de la sociedad, al servicio del interés y la salud de los ciudadanos, por ejemplo, pero, en cambio, si hay otras que ya son exigencias nuevas en nuestro ordenamiento jurídico de forma paralela como está ocurriendo en otros países, pero no en muchos países, como, por ejemplo, el artículo 4.6 cuando dice: "los profesionales sanitarios realizarán a lo largo de su vida profesional una formación continuada, y acreditarán regularmente su competencia profesional". Ahora podemos estar a la cabeza de este movimiento hacia una evaluación más explícita, a una recertificación en el futuro.

Nuevas exigencias, pero también viejos principios: el artículo 4.7, inmediatamente después de este 4.6, dice que "el ejercicio profesional se llevará a cabo con plena autonomía técnica, científica y sin más limitaciones que las que establece esta Ley". En esta Ley se establece que estas limitaciones, al menos, deben venir, fundamentalmente, ligadas a estas cuatro, cinco exigencias.

- Primero, la obligatoriedad de la historia clínica
- Segundo, la existencia de guías clínicas participadas por los propios profesionales que las deben utilizar.
- La existencia de normas escritas de actuación común dentro de los equipos, servicios y unidades.
- Y dos principios que, entendemos, tienen una gran carga de futuro o de necesidad, que es la existencia que debe limitar o puede limitar la autonomía, la existencia de protocolos para la continuidad asistencial.
- Y la atención creciente a la multidisciplinariedad, que después en el artículo 9 se amplía.
- Cuando se habla en este Título I, también, de los deberes de los profesionales hay algunos muy obvios: atención adecuada a las necesidades del paciente y al nivel del conocimiento científico, pero se hace apelación a otros que no son tan tópicos, tan estándar: al uso racional de los recursos, tema del que estábamos hablando antes, al respeto a la dignidad y al derecho de participación de los pacientes en las propias deci-

siones, información, por lo tanto, de la historia clínica de acuerdo con la Ley reciente 41/2002. Pero, también la obligación de la transparencia, nuevo deber, la transparencia en la información, en los registros y, también, la libre elección y al derecho de renuncia del médico en estas relaciones.

- Entraré un poco más en el tema de los registros. En esta voluntad de transparencia se hacen requerimientos explícitos a los registros de profesionales. Registros de profesionales que deben ser públicos. Hasta ahora estos registros estaban exclusivamente en manos de los colegios, seguirán estando en manos de los colegios, por lo tanto, no cambian las competencias de los colegios en los registros, pero sí que en esta Ley se les hacen exigencias explícitas a estos registros. Exigencias de accesibilidad a la población, implícitamente en el siglo XXI significaría "registros en la red". Registros públicos a disposición de las Administraciones Sanitarias. Administraciones Sanitarias que establecen criterios y requisitos para estos registros. Al menos deben tener estos registros una serie de campos: nombre, titulación, especialidad, categoría y función en el centro donde se trabaja.
- Y estos criterios y especificaciones técnicas determinadas por las Administraciones deben permitir la integración de estos registros en el Sistema de Información del Sistema Nacional de Salud, que se establece en la Ley de Cohesión y Calidad como un órgano, un instrumento al servicio del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y se establece, como una exigencia, que los centros sanitarios deberán revisar los contenidos de estos registros cada tres años.
- Hay que citar específicamente en este primer capítulo, tres aspectos relevantes en la Ley:
- Primero, la apelación que hace la Ley al trabajo en equipo, la definición de lo que es trabajo en equipo y, sobre todo, abre la puerta en este Artículo 9 a importantes cambios organizativos en la competencia de los responsables de los servicios sanitarios. Trabajo en equipo que deberá basarse en la accesibilidad, en el objetivo de la accesibilidad, de aumentar la accesibilidad de los profesionales y la continuidad asistencial. Equipo que no deberá ser solo pensado como articulado de forma jerárquica, sino que puede ser un trabajo en equipo articulado de forma colegiada. Se establece si es jerarquizado no por titulación y competencias sino por competencia, primero y titulación, segundo. Que tenderán, deberán tender más a ser equipos multiprofesionales, pluridisciplinarios, basa-

dos en el principio de confianza, con una constitución explícita apoyados por las Organizaciones y con un elemento muy importante, a nuestro entender, en lo que podría ser una evolución en adaptar en nuestro sistema de necesidades cambiantes la delegación explícita de funciones entre los miembros de este equipo.

- El segundo es estos tres se refiere a la gestión clínica. El Artículo 10.2 contiene una definición de lo que es la gestión clínica, entendiendo que gestión clínica es un término que puede tener muchísimas interpretaciones, pero en este caso en esta Ley nos ofrece ésta: “jefatura de unidades y equipos sanitarios y asistenciales, las de tutorías de formación especializada, continuada y de investigación y las de participación en Comités internos de los Centros Sanitarios dirigidos a asegurar la calidad, seguridad y ética asistencial, la continuidad y coordinación entre niveles o el acogimiento, cuidados y bienestar de los pacientes”.
- Todas estas actividades deberán ser sometidas a evaluación del desempeño, después hablaremos del desarrollo profesional, también sometido a oportuno reconocimiento por parte no solamente de su propia organización sanitaria, sino del conjunto del Sistema Sanitario.
- El tercero de los elementos es una pincelada hablando de la investigación y docencia que esta Ley, ya en la Ley de Cohesión y Calidad se hablaba de ello, permitirá implementar no solamente los trayectos investigadores post-residencia, sino la existencia en los centros de trabajo de plazas de investigador vinculadas en los centros asistenciales vinculados a institutos de investigación públicos o privados.
- Con esto entramos en el Título II. Habla de la formación y de hecho es el 50% de todos los artículos de la Ley. La Ley actualiza y adecua las competencias formativas al actual sistema de desarrollo de la competencia en la asistencia. Delimita y en algunos casos cambia las competencias entre Estado y Comunidades Autónomas, entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y Ministerio de Educación y Ciencia y establece, de una forma mucho más explícita, las funciones de la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, que se había creado en la Ley de Cohesión y Calidad, estableciendo sus funciones tanto sobre el pregrado como en el postgrado.
- Cambios relevantes que se producirían en la organización de esta formación especializada.
- Los títulos los expide el Ministerio de Educación y Ciencia, los establece el Gobierno, previo informe preceptivo de la Comisión de Recursos Humanos, y tienen validez para todo el territorio del Estado. Respecto a la homologación de títulos extranjeros, entendiendo títulos no comunitarios, se establecen dos tipos de homologación, una homologación profesional y otra homologación a efectos académicos. Una homologación profesional que se establece como competencia única del Ministerio de Sanidad y Consumo, debe permitirnos establecer mecanismos, seguramente, más ágiles para que en momentos determinados de necesidades puntas tengamos la oportunidad de homologar más rápidamente o menos rápidamente títulos o especialistas que puedan ser más necesarios en nuestro sistema.
- En cuanto al número de plazas del sistema de formación, también esta Ley hace un cambio muy importante porque el número va a ser determinado por la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, pero a propuesta de las Comunidades Autónomas con un informe del Ministerio de Educación y el Consejo de Especialidades que cambia la geometría práctica de lo que hasta ahora ha venido ocurriendo.
- En la formación de pregrado se configura, asimismo, un cambio muy significativo en la prueba de acceso al Sistema de Formación que debe pasar de lo que es ahora, una prueba muy básica, muy interesante como un sistema objetivo de selección, pero que ahora pensamos que esta necesidad de selección ya no es tan importante y necesitamos una prueba que nos ayude, primero a generar cambios en los currículos de las facultades y, segundo, que sirva más para la distribución que no, seguramente, para la selección. Y, por tanto, el examen debe pasar a ser un conjunto de pruebas que valore no solamente conocimiento, que es lo que hace ahora, sino también, habilidades prácticas, habilidades clínicas y algo muy importante, muy relevante, habilidades comunicativas.
- Hay un periodo de siete años, previsto en una disposición transitoria, para que esto vaya pudiéndose ejecutar de acuerdo con cambios progresivos en los currículos de las facultades, pero a nadie se le escapa la profundidad de los cambios que, si conseguimos esto, van a producirse.
- La formación especializada tiene tres cambios fundamentales: primero, el sistema de información será, exclusivamente, por residencia. Por lo tanto, aquellas

especialidades que hasta ahora no tenían residencia, en cinco años se van a transformar en formaciones por residencia.

- Las especialidades se agruparán en criterios de troncalidad, después explicaremos por qué, qué virtualidad, qué función se le da a esta troncalidad, y se crean las Áreas de Capacitación Específica como un ciclo superior después de la especialización. Tanto la troncalidad, como la residencia, como las áreas de competencia específica son viejos conceptos que hasta ahora no han entrado en nuestro sistema de regulación, pero que tienen un fuerte arraigo conceptual en los expertos.
- Cuando hablamos de troncalidad de la especialización significa que, al menos, dos años de las especialidades que compartan el mismo tronco, compartirán un mismo programa formativo y esto debe permitir, por un lado, la reespecialización dentro del mismo tronco. Un ejemplo que ponemos continuamente es que necesitamos anestesistas y tenemos intensivistas que, seguramente, por el tipo de trabajo, por el tipo de demanda, podrían ser transformados, como opción individual y como necesidad del sistema, con mucha rapidez en anestesistas. Estas pasarelas dentro del mismo tronco deben permitir a nuestro Sistema Sanitario y a nuestros profesionales, para ellos, que tengan opciones individuales de cambio de formación en su carrera a lo largo del tiempo; para los servicios de salud para el sistema sanitario, adaptarse mucho más rápidamente a cambios de necesidades.
- Pero, además, esta troncalidad debe permitir superar el conflicto, la tentación de la superespecialización en sí, y la frustración que hoy existe, producto de que estamos formando profesionales con altos niveles de complejidad cuando, después, en el mercado de trabajo, lo que se necesita cada vez más son especialistas transversales. Por tanto, este énfasis en la troncalidad debe permitir estas dos funciones.
- Las Áreas de Competencia Específica serán abiertas a diversas especialidades, basadas en programas específicos y pruebas de evaluación de competencias, pruebas que deberán existir para las áreas de competencia específicas, para las pasarelas de cambio de la especialización dentro de la troncalidad, etc.
- Por tanto, el esquema organizativo de nuestro sistema sanitario va a sufrir un cambio muy importante. Hemos tenido durante veinte años, desde el año 79 según en que ámbito, al menos desde el punto de vista legal

desde el año 84, un sistema "en peine". Un sistema en el que se entra a partir de una prueba, que entras a partir de esta prueba en una púa, púa en la que pasa el profesional toda su vida. Si el crecimiento científico y el sistema sanitario demandan nuevos conocimientos, solamente se pueden añadir nuevas púas a este peine, a esta verja. En cambio ahora pasaremos a un sistema en red.

- Un sistema en red en el que primero habrá una troncalidad, dentro de esta troncalidad habrá las especializaciones, entre estas especializaciones habrá pasarelas y, por encima de estas especializaciones habrá áreas de capacitación específica, multiespecialidad e, incluso, multidisciplinarias, lo cual permite ver como pasamos de un sistema muy rígido a un sistema que permite opciones individuales con flexibilidad.
- En la Ley, también, se establece otra figura. En aras de esta flexibilidad, en aras de buscar esta adaptación del marco legal a las necesidades, tanto individuales como del sistema, se establece la figura de los diplomas de acreditación y de acreditación avanzada, expedidos y certificados por las Administraciones Sanitarias Públicas, que permitirán acreditar formación, conocimientos o habilidades para aquellos profesionales que sin haber obtenido un título de especialista, orientan su actividad como médicos generalistas hacia ámbitos como, por ejemplo, la estética, la acupuntura, etc. Que hasta ahora ni estaban regulados, ni se podía reconocer su existencia y, que de alguna forma, deben permitir que las administraciones sanitarias autonómicas, fundamentalmente, en el ámbito de sus competencias utilicen estos diplomas de acreditación como formas de garantía de mayor calidad de estos servicios que de hecho, queramos o no queramos, existen y la población demanda.
- Un ámbito muy importante, novedoso, también de esta Ley, es la formación continuada. Se establece a partir de un principio que es la formulación de la formación continuada como derecho y como obligación.
- Derecho significa que el empleador deberá facilitar esta formación pero, también, que el profesional tiene una obligación de atender a la formación continuada. Hay elementos novedosos, también, a que nos referimos cuando hablamos de formación continuada.
- Hay un primer punto se sería garantizar la actualización de los conocimientos y de los aspectos científicos, técnicos, éticos que esto sería normal, digamos. Quizás no tan normal, no tan evidente, los aspectos

sociales y económicos, pero aun menos evidente, dentro de la formación continuada los objetivos tienen que ser potenciar la capacidad del uso de los recursos sanitarios, mejorar la percepción del profesional, de su propio papel social y posibilitar la comunicación entre los profesionales.

- Para conseguir estos objetivos algunos clásicos, algunos obvios, otros menos obvios y menos clásicos se crea la Comisión de Formación Continuada, de hecho se había creado ya en la Ley de Cohesión y Calidad pero aquí se desarrolla, compuesta por las Administraciones Públicas presentes en el Consejo Interterritorial, incorporando a las organizaciones de los Colegios Profesionales, Universidades, Colegios y Sociedades Científicas, a los Consejos de las Especialidades.
- La función de esta Comisión de Formación Continuada es buscar los objetivos y las necesidades de esta formación continuada, así como un ámbito muy específico que es la acreditación.
- Se hace una formulación de que la acreditación es competencia de las Administraciones Sanitarias del Estado y las Comunidades Autónomas, por tanto, lo acreditado por uno será reconocido por los demás, con lo cual, dando por superado un enquistado conflicto de competencias.
- Lo más novedoso en esta formulación está el punto 3 y en el punto 4, del artículo 35, que dicen que “solamente podrán ser subvencionados con cargo a fondos públicos los Centros y las actividades de formación continuada que estén acreditados”, y que “los organismos de la acreditación continuada habrán de ser, en todo caso, independientes de los organismos encargados de la provisión de actividades de formación que acredite”.
- Con ello y con la posibilidad de la delegación de esta acreditación en corporaciones o instituciones de derecho público, que también estaba en la Ley de Cohesión y Calidad, se abre un nuevo campo en un ámbito tan importante como el de la formación.
- En el Título III, se habla, también, de una novedad muy importante bajo el nombre de Desarrollo Profesional. Este debe ser un potente instrumento para reorientar las políticas de recursos humanos en nuestro Sistema Sanitario. Está basado en un sistema individual de reconocimiento del mérito, intentando dar por superado aquel debate, que en el curso de la discusión del estatuto se mantenía alrededor del concepto de ca-

rrera profesional, carrera profesional que en el estatuto marco se define como un derecho y se equipara a derecho a promoción, para ser sintético. Y se preserva en la LOPS este sistema de reconocimiento individual basado en evaluación, para mantener esta posibilidad de reorientar nuestras políticas de recursos humanos, de incentivación, etc.

- Basado no solamente en el reconocimiento individual, sino basado en una evaluación explícita, no en un derecho colectivo para todos, sino solo para aquellos individuos que acepten una evaluación.
- Además es un sistema independiente de la retribución, esto no quiere decir que no va a tener un valor retributivo, pero que tiene que ser independiente de la retribución en el sentido de que quien valora los méritos, fundamentalmente, quien reconoce este mérito, no debe, inicialmente, ser demasiado cercano a quien determina la retribución.
- Para establecer este sistema de desarrollo profesional se han determinado unos criterios que permitan su homologación. Un sistema de reconocimiento tenía un dilema básico: o un sistema centralizado que es, por otro lado, imposible de gestionar, es decir, un tribunal central para doscientas o trescientas mil personas que cada un número determinado de años se presente a un examen es algo inconcebible, pero era una opción y casi una reivindicación de muchos grupos. Y, por otro lado, algo que si fuese tan diversificado, tan externo no tendría ningún valor de comparación y por tanto, perdería su valor de reconocimiento. Por tanto, se ha escogido una formulación mixta en la que haya una evaluación muy pegada a la realidad en cada centro de trabajo pero con un fuerte sistema de homologación, que permita que lo que haga un Comité de Evaluación en un centro, sea relevante, sea significativo, sea posible homologar.
- Para explicitar esta homologación se fijan unos criterios mínimos, un esquema mínimo de criterios: cuatro grados, que el ascenso requerirá evaluación y que esta evaluación deberá valorar resultados asistenciales en todo caso, y de investigación y docencia para aquellos ámbitos profesionales donde esto tenga relevancia. Tanto resultados asistenciales cuantitativos como cualitativos, esto va a requerir esfuerzos importantes en las organizaciones para cuantificar e indexar estas cantidades y cualidades. Deberá sumar, deberá evaluar la formación continuada acreditada y deberá evaluar la implicación del profesional en gestión clínica. Entendida gestión clínica por la participación

- que el Artículo 10 se hace de una serie de funciones de importancia de valor añadido, para la participación, la implicación de los profesionales en el día a día de sus organizaciones.
- Estos principios generales de evaluación se establecen como un requisito mínimo, y quizás lo más significativo está en que los comités de evaluación que estarán en cada centro, estarán compuesto mayoritariamente por los propios profesionales. Por lo tanto, es un sistema de desarrollo profesional en manos, fundamentalmente de los propios profesionales, pero, evidentemente, con protección para que no se convierta en algo irrelevante, en un juego de amigos, sino con la participación de evaluadores externos nombrados por las Agencias de Calidad o por Sociedades científicas con experiencias demostradas en este ámbito.
 - La Ley también regula, en su Capítulo IV el ejercicio profesional en la sanidad privada. Es de resaltar el requisito establecido en el artículo 45: "las consultas profesionales deberán cumplir los requisitos de autorización y acreditación que, atendiendo a las específicas características de las mismas, determinen los órganos competentes de las Comunidades Autónomas". Por lo tanto, la acreditación a la inspección podrá recabar la colaboración de agencias de calidad o de los organismos, y, en el caso de las consultas de los profesionales, de los colegios.
 - Se establece una nueva exigencia explícita de contratos: "los contratos de prestación de servicios sanitarios, así como sus modificaciones, que se celebren entre profesionales sanitarios, entre profesionales y Centros Sanitarios o entre profesionales y Entidades de Seguros que operen el ramo de enfermedad, se formalizarán por escrito". Deberán ser, por tanto, fidedignos y asequibles.
 - También, en este capítulo en este Título IV se hace una formulación de la obligatoriedad, de la necesidad de la cobertura de responsabilidad, y en el artículo 47, se dice: "los profesionales sanitarios que ejerzan en el ámbito de la asistencia sanitaria privada, así como las personas jurídicas o entidades de titularidad privada que presten cualquier clase de servicios sanitarios, vienen obligados a suscribir el oportuno seguro de responsabilidad, un aval u otra garantía financiera que cubra las indemnizaciones que se puedan derivar de un eventual daño a las personas causado con ocasión de la prestación de tal asistencias o servicios".
 - Y en curso de la tramitación de esta Ley en el Senado, seguramente, va a aceptarse alguna ampliación de estos conceptos, como que las Comunidades Autónomas, con los Colegios, van a determinar en qué condiciones mínimas este seguro se debe ofrecer, y a promover las fórmulas para que los profesionales puedan cumplir con estas nuevas obligaciones.
 - En el Título V se desarrolla otro nuevo órgano. Este nuevo órgano se llama Comisión Consultiva Profesional. Es un órgano que tienen tres grandes funciones. El primero ya salía en la Ley de Cohesión y Calidad que es donde se crea. Dijimos que la Ley de Cohesión y Calidad era el núcleo donde después tanto el Estatuto como la LOPS han desarrollado muchos de los puntos que la Ley de Cohesión y Calidad se dibujaban. Es un órgano de apoyo a la Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud, a través del foro profesional, que tendrá que ver, que hablar, que dirimir con la Comisión de Recursos Humanos, todo aquello que tenga que ver con la formación y la evaluación de competencias.
 - Y además hace dos funciones: una se le encarga hacer un informe anual del estado de las profesiones, por tanto, en este informe pueden haber propuestas dirigidas al Consejo Interterritorial, a las Autonomías, al Ministerio, sobre cómo en este Consejo, desde el punto de vista de las profesiones, se ve el estado actual de las profesiones que, de hecho, es una parte muy importante de lo que son los problemas, la forma de ver los problemas del Sistema Sanitario.
 - Por lo tanto, crea lo que entendemos que debería ser un espacio de deliberación social. En nuestro sistema sanitario y en general nuestro sistema político, va a ser cada vez más necesario crear espacios de deliberación social y, digamos, el Consejo Profesional Consultivo se crea como el espacio nuevo, en el que esta deliberación social entre la profesiones y la sociedad, entre las profesiones y las administraciones, la sociedad civil respecto al Estado pueda tener una formulación de deliberación.
 - Y como último objetivo de esta Comisión Consultiva Profesional tiene que ver un poco con el principio, de que hablábamos de que esta Ley no pretende dirimir y delimitar competencias cerradas. Es el órgano de mediación y propuestas de

solución con las Administraciones de los conflictos de competencias entre profesiones.

- Con esto, digamos, se cierra un poco la descripción de los que son los objetivos más importantes, las formulaciones en esta Ley.
- Hay una Disposición Adicional que tiene que ver con los residentes y que contiene un mandato al Gobierno para que mediante Real Decreto realice algo que, también, llevamos tiempo tratando de conseguir, que es la regulación laboral especial de residencia de acuerdo con las normas de la Comunidad Europea, para que se combine adecuadamente una relación, que es la formativa de los residentes, con una relación laboral que los residentes con sus organizaciones en las que prestan sus servicios.
- En resumen, es una Ley que permite reorientar los sistemas de retribución y promoción por los de desarrollo profesional basados en una relación individual y regular, indicadores de actividad y productividad asistencial, docente e investigadora, una evolución de la formación continuada acreditada y una implicación en las actividades de gestión clínica.
- Estos sistemas de evaluación deberán estar mayoritariamente en manos de los propios profesionales.
- Es una Ley que determina que la evaluación de las competencias, estableciendo esta formulación en el Artículo 4.6, y, por tanto, que debe impulsar las metodologías de evaluación de las competencias que van a tener una formulación fun-

damental al final de la especialización en las ACEs, en los niveles de desarrollo profesional, en los diplomas de acreditación.

- Permite implementar los sistemas de acreditación de la formación continuada, que deben ser respetuosos con las competencias de las Comunidades Autónomas, pero a la vez independientes de los empleadores, sobre todo, independientes de la industria y participados por las organizaciones profesionales.
- En resumen, entendemos que esta es la primera Ley que desarrolla el derecho constitucional al ejercicio de las profesiones sanitarias sin que pretenda ser una Ley de Competencias profesionales, que introduce los conceptos más actuales del movimiento del profesionalismo en la definición de las profesiones, basadas en conocimiento, basadas en formación, basadas en más exigencia, basadas en una evaluación de resultados más explícitos, más responsabilización, más autonomía, más compromiso con las organizaciones y más transparencia de procedimientos, registros y contratos.
- Se abre con esta Ley, esperamos, una nueva era en las políticas de recursos humanos pues permite que aquella adaptación a los profesionales se haga atendiendo a nuestras necesidades como Sistema Sanitario, pero, también, con los nuevos y viejos valores que las profesiones han tenido a lo largo de toda su existencia.

LA COHESIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

*Prof. Dr. Santiago Muñoz Machado
Catedrático de Derecho Administrativo*

1.- PLANTEAMIENTO.

La Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003 sin ninguna duda profundiza en los sistemas de cooperación establecidos en la Ley General de Sanidad de 1986, los pormenoriza y los mejora, los aclara y los desarrolla. Lo hace, sin embargo, utilizando unas competencias que el artículo 149.1.16 de la Constitución atribuye al Estado, cuya proyección, en los términos en que lo hace la nueva Ley, puede ser discutible en cuanto supone la recuperación por parte del Estado de competencias que no siempre encajan con facilidad en el concepto de bases de la sanidad.

El esfuerzo de mejora del funcionamiento cohesionado y coordinado del Sistema ha determinado que la Ley haga un enorme despliegue organizativo. Uno de los riesgos que tiene el Estado de las Autonomías es que se añada más complejidad organizativa a la que ya conlleva. Como es bien sabido, existen diecisiete Comunidades Autónomas que se suman a la Administración General del Estado. El riesgo consiste en que, al tener que coordinarse unas y otras se termine creando un nuevo nivel, añadido al estatal y autonómico, un tercer nivel institucional, el nivel de la cooperación, nutrido de una gran cantidad de órganos cooperantes que se ocupan de facilitar esa tarea en unos u otros aspectos; esto es algo que se nota bien en la Ley que vamos a comentar.

Hay un aspecto, también del texto, que me parece subrayable, y es que en muchos extremos opera más bien como Ley modelo que como una Ley que tenga una vigencia y una fuerza ejecutiva propia. De su lectura surge la duda de si no hubiera sido más conveniente remitirse a la cooperación que se pueda organizar en el seno de los órganos de cooperación, en lugar de señalar directamente en la norma, en que debe consistir esa cooperación.

Diré también para concluir esta parte introductoria que la Ley ha cuidado bastante poco lo que son los aspectos puramente ejecutivos y coactivos de sus regulaciones, propone muchas cosas, determina cuantos programas

a de haber, concreta determinados aspectos que deben definir el carácter unitarista del sistema, pero no dice qué ocurre si eso no se cumple, no se sabe cuál es el sistema coactivo que está al servicio del cumplimiento de estas reglas de derecho porque lo único que existen son definiciones muchas veces ingenuas; porque no pone detrás de sus mandatos un aparato coactivo que permita avisar de qué se van a cumplir esos mandatos.

La Ley está llena de buenas intenciones, que duda cabe, lo que pasa es que esas buenas intenciones se marcan en un sistema que nos viene dado, que no es modificable sin reformar la Constitución misma y, por tanto, lo que debemos plantearnos es si la solución de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Sanitario es una vía que pueda tener realmente viabilidad a pesar, insisto, de sus magníficas intenciones.

¿Qué es lo que la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud pretende?

Pues algo que, en principio, es difícil no compartir: que todos los ciudadanos españoles tengan los mismos derechos a la asistencia y a la protección de la salud en todas las partes del territorio nacional. Pero éste no es un problema que concierna solo a los Servicios Sanitarios, es un problema de la totalidad de los servicios que prestan los poderes públicos, en cuanto que se fragmentan en el territorio y, es posible que en unos lugares el contenido de esos servicios pueda ser distinto que en los demás. La fragmentación del sistema sanitario es una consecuencia, a mi juicio, inevitable de lo que establece la Constitución.

El artículo 149.1.16 de la Constitución dice de modo rotundo que corresponde al Estado, la sanidad exterior, bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos. Para saber qué significa y cuál es el alcance de esa competencia se puede acudir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, sobre ese precepto y los términos que utiliza, bases, legislación, coordinación, que los ha desglosado e interpretado de un modo preciso. En términos generales, este precepto, como

otros de otros lugares del artículo 149.1 de la Constitución, permiten que un servicio público que tenía una conformación unitaria se divida en tantos servicios como Comunidades Autónomas existan.

Las competencias que tiene el Estado sobre las bases, según lo ha dicho en diferentes ocasiones el Tribunal Constitucional, permite establecer una regulación unitaria de alcance a todo el territorio de la Nación y lo que es más importante, le permite regular mediante Ley el modelo sanitario al que se han de adecuar la totalidad de los servicios de las Comunidades Autónomas; le permite fijar un modelo sanitario general.

Ese modelo sanitario es muy importante para determinar cuál a de ser el contenido del derecho a la salud en España, y es también muy importante para determinar cómo se han de articular las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia.

2.- LA COHESIÓN, LA COORDINACIÓN EN LA LEY GENERAL DE SANIDAD.

Cuando el legislador de 1986 se planteó cual habría de ser el modelo sanitario para el país, el modelo sanitario general, utilizó esa competencia sobre las bases para definirlo y lo hizo del siguiente modo: entonces estaba más de moda que lo que está ahora que los sistemas de salud de los Estados Europeos tenían que aproximarse lo más posible al modelo de Servicio Nacional de Salud que se desarrolló en los años 40 en Inglaterra y ulteriormente en otros países europeos. Todos esos sistemas nacionales de salud estaban contruidos sobre esquemas organizativos centralizados, salvo el italiano que fue el último en llegar a la familia de los servicios nacionales de salud.

El Servicio Nacional de Salud determina que el Estado se compromete mediante una organización propia a ofrecer a los ciudadanos unas prestaciones financiadas unitariamente y de contenidos igualmente uniformes en todo el Estado. Esa es la idea de los servicios nacionales de salud: integración de servicios, igualdad y financiación homogénea. Evidentemente, un servicio nacional de salud de ese porte no cabía en la Constitución Española, por razón del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. El único servicio nacional de salud posible era uno que asumiera la integración de centros y la integración de prestaciones, entonces dispersos entre el Estado, la Seguridad Social, las Diputaciones y los Ayuntamientos, en un marco organizativo único, que la Ley de 1986 propicia, pero sometido al control de las Comunidades Autónomas.

¿Por qué? Por la razón de que el Estado no tiene más competencias que las puramente legislativas, de programación y de coordinación. Las competencias ejecutivas, de gestión y de administración pertenecen a las Comunidades Autónomas. Este es el punto de partida constitucional que conduce a que en España en 1986 se llame Sistema Nacional de Salud a algo que no es un sistema nacional de salud y tiene poco de parecido con el original Servicio Nacional de Salud británico que es un servicio de estructura centralizada.

Aquí lo que se crean son 17 servicios nacionales de salud unificados o coordinados en el marco de un sistema que, esto sí, se llama Sistema Nacional de Salud, cuya vertebración y cohesión interna es enormemente difícil de establecer porque el Estado no tiene instrumentos suficientes para establecer la cohesión correspondiente ¿Qué es lo que se hace? Pues se utilizan las nociones constitucionales, bases y coordinación de la sanidad y, otra que viene casi de rebote, procedente de los Estatutos de Autonomía no de la Constitución, que es la noción de Alta Inspección para con estos materiales urdir una pequeña trabazón entre los sistemas de salud de las Comunidades Autónomas y vincularlos todos a un sistema general.

¿En qué consista esa trama que permite unir unos servicios con otros? Lo que da de sí la Ley de Sanidad de 1986 no es demasiado, aunque sí es importante. Por lo pronto es sincera la Ley al definir el Sistema Nacional de Salud en los términos que lo hace el artículo 44. El Sistema Nacional de Salud dice ese precepto, no es otra cosa que, el conjunto de los Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, no tiene un carácter unitario, sino que es la aglomeración de esos servicios. Una vertebración que se produce en términos de integración de servicios, en cuanto que, somete a una misma organización, los centros, servicios y establecimientos dependientes de la Comunidad Autónoma, de las Diputaciones, de los Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones Territoriales, de modo que haya una gestión de establecimientos, una gestión de las prestaciones, en la escala territorial de Comunidad Autónoma que sea común.

Partiendo de esa vertebración, que apenas supone una relación o una unión entre esos servicios en el marco general, se establecen unas estructuras y se ponen de pié algunas medidas para darle cohesión y que el funcionamiento sea lo más coordinado posible. Por lo pronto, se define el principio general de coordinación en el artículo 73 de la Ley en términos casi literalmente exactos a como lo había hecho el Tribunal Constitucional tres años antes

en sentencia de 28 de abril de 1983 que, les recuerdo, descalificó un Real Decreto de Coordinación Sanitaria de 1981 aprobado por el Estado, justamente porque dijo que lo que allí se establecía excedía con mucho de las competencias de coordinación del Estado. Dice el artículo 73 que la coordinación general sanitaria se ejercerá por el Estado fijando medios y sistemas de relación para facilitar la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las Administraciones Sanitarias en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se logre la integración de actos parciales (esto es literalmente la Sentencia) en la globalidad del Sistema Nacional de Salud.

Los instrumentos que se establecen en la Ley son: obligar a las Comunidades Autónomas a que formulen planes propios de salud, la posibilidad de planes de las Comunidades Autónomas distintos de los anteriores que son financiados parcialmente por el Estado, los planes de salud conjuntos que se pueden establecer entre dos o más Comunidades Autónomas con cooperación o no del Estado, y el plan integrado de salud, que es la gran herramienta de coordinación de la Ley General de Sanidad, si bien, muy difícil de establecer. Porque un plan integrado de salud supone que lo ha de aprobar un organismo estatal, pero con la plena participación en su formación de todas las Comunidades Autónomas. Asunto éste que no es nada sencillo de organizar porque puede que el plan integrado sea solamente la confluencia de criterios completamente dispares de unos y de otros, de modo que lo que se elabore tenga poco que ver con un plan y más con una acumulación de propuestas inconexas. Para evitarlo la Ley del 86 inventó un procedimiento al que no se ha dado demasiado aire, pero que es importante, que consistía en que el Estado empezaría por fijar lo que allí se denominaban unos criterios de coordinación sanitaria, que se mandaban a las Comunidades Autónomas, para que formularan sus planes conforme a esos criterios de modo que quedaban más o menos unificados los planes territoriales y, luego, volvían al Gobierno para formular el plan general.

Junto a estas medidas, puramente instrumentales, era capital, y sigue siéndolo, la creación del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, al que define como órgano permanente de comunicación e información de los distintos sistemas de salud, entre ellos y con la Administración Estatal. Es el órgano que tiene que ocuparse de formular las políticas cohesionadas y se considera como un mecanismo de coordinación, porque allí se desarrolla toda la alta inspección; entendida al menos, tal

y como la habían definido las primeras sentencias del Tribunal Constitucional.

La alta inspección es una función que está vinculada a la potestad estatal de vigilancia, que existe en todos los sistemas federales y, también en el nuestro, cuando las competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas se reparten en la Constitución, de modo que al Estado corresponde la legislación y a las Comunidades Autónomas la ejecución o gestión de lo establecido en esa legislación. Cuando se produce este reparto el que ejecuta no es el mismo que legisla. El que ejecuta es siempre el mismo poder público que legisla cuando es el Estado el que hace las dos cosas, pero cuando el que legisla es el Estado y las Comunidades Autónomas gestionan o ejecutan se puede producir un decalaje o una desobediencia al legislador: dicte usted la Ley y yo hago en la práctica con la gestión lo que me parezca. De modo que, en todos los sistemas complejos habilitase una función estatal de vigilancia, para comprobar simplemente que el gestor está desarrollando la Ley en el sentido que el legislador ha querido y no reinventándola con ocasión de su aplicación práctica.

Esto es importante porque la alta inspección no tiene nada que ver que con la inspección sanitaria ni de medicamentos, ni de bebidas, ni de establecimientos sanitarios, ni de nada parecido. No es una competencia ejecutiva de aplicación inmediata que permita una inspección sobre la inspección sanitaria. Es una inspección sobre la administración sanitaria autonómica, no sobre la inspección sanitaria autonómica.

Hasta aquí ha llegado la Ley de Sanidad de 1986 con algunos defectos bastante notables y muchas virtudes, porque consiguió establecer, unas reglas generales del juego y diseñar un sistema unitarista o con ciertos matices unitaristas, en un marco constitucional que difícilmente lo permitía, porque encomendaba la gestión de los servicios sanitarios a las Comunidades Autónomas de un modo indiscutible; quedaba claro en el texto de la Constitución, pero más claro lo dejó el Tribunal Constitucional. Realmente, ese sistema no ha empezado a funcionar del todo hasta que se han producido las últimas transferencias de servicios sanitarios de la Seguridad Social. Asimismo, la Ley incurrió en algunas omisiones como, por ejemplo, no definir en concreto cuáles eran las prestaciones que correspondían al sistema sanitario, que se corrigió con un Decreto de 1995, todavía hoy vigente y que, realmente, es una pieza complementaria muy esencial, porque sin él no se sabe, realmente, cuál es el alcance material, el contenido del derecho a la salud, que proclama tanto la Constitución como recoge la Ley a la que me estoy refiriendo.

Lo cierto es que, esta Ley no pudo resolver un problema que no es resoluble con leyes de organización de los sistemas sanitarios: ¿qué ocurre cuando un servicio sanitario o de otro orden que había sido organizado de un modo unitario se fragmenta en diecisiete trozos?

Pues lo que ocurre es que las infraestructuras de todo orden en los diferentes territorios que van a recibir esos servicios, esas partes de lo que antes fue unitario, no van a tener una calidad ni unos contenidos idénticos, de manera que se producen desigualdades territoriales inmediatas, unos reciben grandes dotaciones, otros pocas dotaciones. ¿Qué significa esto desde el punto de vista del derecho a la salud? Pues que este derecho se ejerce, sobre todo, en el territorio en el que uno está asentado, con todas las deficiencias del territorio en el que reside, con todas las ventajas y todos los inconvenientes que esa situación puede tener.

¿Cómo se corrige esto? Pues en la Constitución se les ocurrió una fórmula que no ha dado de sí casi nada, pero que previeron los constituyentes, porque esto ocurre en sanidad y ocurre en carreteras, y en cualquier servicio económico o social antes controlado por el Estado que se haya fragmentado ¿Qué es lo que pensó el constituyente? Algo un poco ingenuo. Pensó que la solución era constituir un Fondo de Compensación Interterritorial, para suplir estas deficiencias. Pero el fondo no dio más de sí o no ha dado mucho de sí o no ha servido, desde luego, para hacerlo en el grado necesario para equiparar a todos los territorios. Un Estado ahorrativo siempre piensa que para qué va a igualar a todas la Comunidades Autónomas en cuanto a los contenidos de los servicios; basta con que lo haga esto en algunas comunidades, los centros de referencia no tienen porque estar en todas las partes, los centros de alta calidad, por señalar un concepto puramente sanitario.

Este tipo de problemas se han de resolver redotando a los que quedan en inferiores condiciones. Además, de las dificultades financieras que esto plantea, también surgen inmediatamente otras conceptuales, otras de principio, difíciles de solventar. Cuando se ha planteado al Tribunal Constitucional cuál es el alcance de la solidaridad interterritorial y la igualdad de todos los ciudadanos españoles ante la Ley y ante los servicios públicos, no ha dudado una sola vez en decir, que la igualdad es un principio constitucional que no debe entenderse en el sentido de que todos los ciudadanos tienen los mismos derechos en todas las partes del Estado. No todos los ciudadanos tienen los mismos derechos en todas las partes del Estado, lo que argumenta el Tribunal, completando esa afirmación, con

otra que dice que si todos tuvieran que tener el mismo derecho a los mismos servicios en todas las partes no habría autonomías, esto sería un sistema centralizado y no dejaríamos a las Comunidades Autónomas que con los servicios que tienen hagan lo que les parezca, los doten más, los doten menos, tengan unas prestaciones superiores y otras inferiores.

Estos son algunos de los problemas de fondo en los que no hago más desarrollo porque a la mayor parte de este auditorio experto le constan y pueden ser, en buena medida, obviedades. Lo que me interesa es hacer algunas consideraciones sobre el modo en que este problema ha sido abordado por la Ley de Cohesión Sanitaria que es en lo que estamos.

3.- LAS INICIATIVAS DE LA LEY DE COHESIÓN DEL SERVICIO NACIONAL DE SALUD.

La Ley de Cohesión pretende evitar estas disparidades; evitar que los derechos de los ciudadanos tengan diferentes contenidos hasta el límite que la Constitución lo permite. Al intentarlo, como dije, es una Ley cargada de buena voluntad, ha realizado un reajuste importante de la posición que el Estado tiene en el Sistema Nacional de Salud y ha vuelto a arbitrar, recrear y ampliar el número de instrumentos y de técnicas de coordinación sanitaria que se pueden emplear en la práctica.

Al hacer estos dos cambios: reordenación competencial y recreación de instrumentos de coordinación y de cooperación, la Ley no ha sido todo lo exquisita y lo meticulosa que fue la Ley General de Sanidad en la articulación de las competencias básicas del Estado y las competencias de las Comunidades Autónomas.

La Ley de Cohesión se ha dictado en ejercicio de la competencia del artículo 149.1.16 de la Constitución, que atribuye al Estado las bases y la coordinación de la sanidad. Este es el título constitucional fundamental que se emplea. Toda la Ley es de aplicación general en todo el territorio porque no se hace en ella ninguna excepción. La Ley es, por su contenido, básica porque se refiere a cuestiones básicas. La jurisprudencia constitucional acepta que es básico aquello que dice el legislador que es básico; es una manera de definir bastante rocambolesca, pero es así, es básico lo que dice el legislador que es básico siempre que se trate del establecimiento de principios que han de tener una aplicación común y general en todo el territorio del Estado. Así que por su contenido esta Ley es indiscutiblemente básica.

Pero, sin embargo, no hace una definición formal de hasta donde alcanzan las competencias del Estado. En este punto, esta Ley retrocede hacia los años 80 cuando la legislación básica se definía solamente con arreglo al criterio material al que he aludido antes: básico es lo que es básico. Como este tipo de hacer leyes producía en la práctica muchos problemas, porque saber lo que es básico no depende de una definición legislativa, sino de la interpretación que se haga por el intérprete o el aplicador de la norma básica en cada caso, el Tribunal Constitucional empezó a exigir, desde finales de los años 80, que cada ley básica hiciera una definición formal de cual era el alcance de su regulación y la medida en que esa regulación se imponía a las Comunidades Autónomas. Se trataba de cortar, definitivamente, un problema de aplicación del derecho que nos estaba arrastrando en España hacia situaciones realmente rocambolescas y difíciles. Las leyes que aprobaba el Estado regulaban una materia y solían añadir con ocasión de regulaciones exhaustivas: “sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas”, de modo que las cláusulas “sin perjuicio” eran en aquel tiempo absolutamente dominantes. La jurisprudencia constitucional exigió al legislador que no siguiera haciendo esto, porque luego en la aplicación de esa Ley el intérprete tenía que decidir si era la decisión estatal o la decisión autonómica la que tenía que tener en cuenta. De modo que las cláusulas sin perjuicio fueron eliminadas en virtud de la Jurisprudencia Constitucional que exigió al Estado que se arriesgara, y cuando creyera que una competencia era suya, dijera esto es mío y no sin perjuicio de las Comunidades Autónomas; esto es mío, y si la Comunidad Autónoma no está de acuerdo que lo impugne, que es otra manera de hacer mucho más clara que la actual. Curiosamente la Ley de Cohesión Sanitaria no ha recogido este criterio y ha vuelto a la fórmula: el Estado regula todo, y lo hace “sin perjuicio de”.

Algunas de estas remisiones, además, son realmente retóricas y no tienen ni siquiera sentido. Cabe destacar la del artículo 71 que advierte (imaginen que obviada) que las funciones del Consejo Interterritorial se ejercerán sin menoscabo de las competencias legislativas de las Cortes Generales (faltaría más) y, en su caso, normativas de la Administración del Estado así como, también, sin perjuicio de las competencias de desarrollo normativo, ejecutivas y organizativas de las Comunidades Autónomas.

Si el ejercicio de las competencias del Consejo Interterritorial depende de todo eso, cosa que ya sabemos, naturalmente su ejercicio de coordinador estará muy notablemente mermado. Reitero que estos sin perjuicios sitúan al aplicador del Derecho en la más absoluta perplejidad.

Como lo que dice la Ley de Cohesión es “sin perjuicio” de lo que digan las Comunidades Autónomas, en caso de que las Comunidades Autónomas se hayan pronunciado sobre el tema, el aplicador dirá: ¿a quién atiende? Porque lo menos que exijo es un legislador que arriesgue a definir la competencia como suya y si alguien no está de acuerdo que lo impugne, que para eso está el sistema de resolución de conflictos. Lo mismo ocurre todas las veces en que no se define el contenido de las obligaciones de unos u otros poderes públicos, sino que lo que ocurre es que se remite la Ley a acuerdos. Hace definiciones y dice: esto es sin perjuicio o contando con el acuerdo de las Comunidades Autónomas, lo cual es una regulación sobre la que se puede preguntar ¿si la regulación nueva requiere, siempre, un acuerdo previo de las Comunidades Autónomas para qué se hace la regulación nueva? En el Consejo Interterritorial o en cualquier otro órgano se hace el acuerdo y no hace falta una nueva regulación.

Otro aspecto que resuelve la Ley con enorme flexibilidad es una cuestión que ha sido muy polémica en el desarrollo del Estado de las Autonomías. Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 28 de abril y 20 de mayo del año 83, que son las primeras que definen en que consiste la coordinación sanitaria y las bases de la sanidad (luego su doctrina se ha reiterado muchas veces) anularon algunos preceptos de un Decreto de 1981 sobre coordinación sanitaria (lo recordarán los más viejos seguidores de la Jurisprudencia Sanitaria del Tribunal Constitucional) porque en opinión del Tribunal lo que es básico y la coordinación no puede establecerse en un Real Decreto, sino que tiene que contenerse en una norma con rango de ley. Desde entonces los juristas hemos dado mil vueltas al concepto “bases” para determinar si las bases tienen que definirse siempre por ley o puede complementarse la definición de las bases por normas reglamentarias. Todo esto haciendo encaje de bolillos realmente, afinando todo lo más que se puede, porque es evidente que en algunos casos lo básico no puede contenerse en normas de rango de ley y requiere una especificación en normas secundarias que sean más flexibles y más variables.

La Ley de Cohesión del 2003 ha pasado por alto un debate constitucional muy serio. La lectura del texto, causa no poca sorpresa, porque en otros sectores, en los que ha habido intentos legislativos de este tipo, se ha provocado una contestación mucho más firme que la que aquí se ha producido. En infinidad de ocasiones la Ley de Cohesión Sanitaria se remite a reales decretos o a órdenes, para establecer muchas determinaciones, algunas tan importantes como el catálogo de prestaciones o la cartera de servicios.

También, la Ley hace una operación importante de recuperación, a favor del Estado, de competencias de carácter ejecutivo. En materia de sanidad el concepto "bases", permite no solo al Estado retener la legislación básica sino reservarse algunas competencias de carácter ejecutivo de intervención o de administración. Hasta ahora, estas competencias de carácter ejecutivo eran excepcionales y justificadas solo en relación con aquellas intervenciones que venían obligadas por intereses que sobrepasaban el ámbito de las Comunidades Autónomas; ahora, en cambio, aparecen muchas intervenciones que no estaban formuladas así en la legislación anterior y suponen un paso en la posición del Estado gestor de servicios sanitarios. Por ejemplo, la autorización del denominado uso tutelado de determinadas técnicas, tecnologías y procedimientos, a efectos de determinar si pueden incorporarse a las carteras de servicios (artículo 22 de la Ley). También las limitaciones que se establecen a las carteras de servicios que pueden aprobar las Comunidades Autónomas, puesto que tienen que hacerse en el marco de un procedimiento y con el cumplimiento de unos requisitos reglamentarios. La remisión a que la cartera de servicios habrá de actualizarse siguiendo un procedimiento que, dice, se determinará reglamentariamente. El Estado establece reglamentariamente cuales son las prestaciones que incluso puede corresponder a las Comunidades Autónomas desarrollar. La fijación de criterios marco, que es una potestad puramente ejecutiva, para definir los tiempos máximos de acceso a la cartera de servicios del Servicio Nacional de Salud que se establecen por Real Decreto. El registro general de centros, establecimientos y servicios sanitarios. La designación de centros de referencia. Todas las políticas sanitarias que se pueden desarrollar con el Fondo de Cohesión Sanitaria porque no es solo un fondo económico lo que hay ahí, sino también, unos recursos que permiten desarrollar ciertas políticas que habrá de articular, arbitrar el Ministerio o el Gobierno del Estado a los efectos de conseguir la cohesión a que está adscrito ese fondo. (cfr. disposición adicional 5ª).

Este último problema alude a otro largo debate que empezó en los años 80 en España y que aún no está concluido del todo pero en la parte que está cerrada lo está en contra del criterio que emplea la Ley. Es la cuestión de si en España nuestra Constitución ha reconocido lo que en los sistemas federales anglosajones en Estados Unidos en particular se denomina el "*spending power*" (el poder de gasto). En Estados Unidos se utiliza como una fórmula para crecer las competencias de la federación, cuando la federación norteamericana quiere hacer algo y no tiene competencias lo que hace es que pone recursos por delante

y los estados miembros se avienen a seguir las políticas que la federación dicta porque sino no les da dinero.

Pues bien, usar el poder de gasto para crear competencias, para articular una competencia nueva es algo que existe en algunos sistemas federales, pero que en el nuestro, en particular, es una cuestión que se ha planteado ante el Tribunal Constitucional repetidas veces, con ocasión de las subvenciones y ayudas tanto comunitarias como estatales que funcionan en nuestro sistema. Y el Tribunal Constitucional ha dicho todas las veces que se le ha planteado este asunto que el poder general de gasto del Estado no existe, entendido en el sentido de que no se puede intentar justificar el ejercicio de una competencia que se ha perdido constitucionalmente, en el hecho de que el Estado tenga dinero para gastar en esto.

En fin, el ámbito en el que ahora estamos, una cosa es que haya un fondo de cohesión sanitaria y otra es que el fondo de cohesión sanitaria permita que se atribuya al Gobierno la formulación de las políticas de cohesión, porque es un extremo que tiene poco que ver, al menos, si no se arbitra de un modo cooperativo y se instrumenta de otra forma distinta.

También se desarrollan en el plano puramente aplicativo programas como los relativos al uso racional del medicamento compartidos, seguramente, por todos, pero que componen desde la educación sanitaria a la formación continua y esto se incardina en el marco de las competencias del Estado en materia de farmacias. Y recuerdo, que la Constitución, cuando se define la competencia estatal en el artículo 149.1.21, dice: "*legislación sobre productos farmacéuticos*". Y el concepto legislación, cuando lo emplea la Constitución, todas las veces que lo emplea, significa "normas". Legislación es dictar normas, todo lo que es el aparato aplicativo de las normas corresponde a las Comunidades Autónomas.

No quiere decir esto, que el Estado no tenga potestades de intervención administrativa en materia de productos farmacéuticos, me parece indiscutible que le corresponda al Estado determinar cuales son las especialidades farmacéuticas que pueden entrar en el mercado o los precios o la regulación de los precios de referencia; pero no por la legislación de productos farmacéuticos, sino por la competencia en materia de bases y coordinación de la sanidad o incluso, por la competencia bases y coordinación general de la actividad económica, que está en el artículo 149.1.13 y es importante a los efectos de ordenación de un sistema que aun siendo un servicio social, tiene enorme repercusión en su organización y el gasto que ahí

se practica en toda la ordenación económica general del país.

Otro aspecto importante de la Ley es la parte orgánica de la cohesión, la parte orgánica de la coordinación. Aquí la Ley modifica sustancialmente el régimen previo; y además lo hace sin quitarle al Ministerio una sola capa de las que ya tenía. Es decir, que no es una operación de sustitución sino una operación de acrecimiento de la organización de la salud en España, de la organización administrativa al servicio de la salud. Junto a la organización del Estado y las Comunidades Autónomas se crea un tercer nivel institucional de órganos dedicados a cooperar, con lo cual no solo es que se pueble la Administración, sino que el ejercicio de las competencias se hace enormemente complicado. Más aún, se crean nuevos órganos que son colegiados, con lo que se agrava la situación.

¿Quién no ha leído en algún libro de Derecho Administrativo la gran fórmula de Roeder, aunque se la atribuyen a Napoleón: *“gobernar es cosa de uno solo y consultar es cosa de muchos”*?

Los regímenes polisinodiales, es decir de consejos, son los que funcionaban en el antiguo régimen. Y el gran invento administrativo de los estados contemporáneos es coger a esos órganos colegiados y no dejarles gobernar, ni administrar sino ponerlos en funciones de consulta y atribuir las funciones ejecutivas a una línea unipersonal, jerarquizada que es la que puede resolver en otro plano.

Pues bien, este tercer nivel institucional, que aquí se desarrolla de un modo abrumador, es un poco el retorno al régimen polisinodial. La exposición de motivos habla por sí sola:

“Se crean órganos especializados que se abren a la participación de las Comunidades Autónomas, son: la Agencia de Evaluación de Tecnologías, la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, la Comisión de Recursos Humanos, la Comisión Asesora de Investigación de Salud, el Instituto de Salud Carlos III, el Instituto de Información Sanitaria, la Agencia de Calidad del Sistema Nacional de Salud y el Observatorio del Sistema Nacional de Salud”.

Y diré que aún se olvidan algunos, que están en la Ley pero no se mencionan en el preámbulo, porque, por ejemplo, en las disposiciones adicionales se prevé la constitución de alguna comisión interministerial para que esté atenta al equilibrio financiero del sistema.

Todo esto es un poco el gran desarrollo organizativo de la cooperación en la Ley. Otros instrumentos funcionales de cooperación que se manejan en la Ley recuerdan

los de la Ley General de Sanidad, que mantiene vigentes, y otros tratan de perfeccionarlos.

Se refiere la Ley a los acuerdos: acuerdos entre el Estado y Comunidades Autónomas, Comunidades Autónomas entre sí, como herramienta de cooperación (artículo 71 y otros). Los criterios generales para desarrollar programas que integren acciones de cooperación al desarrollo sanitario, que es una herramienta técnica al que alude el artículo 71.2. Las acciones sanitarias conjuntas que están en el artículo 72. La cooperación, artículo 66, mediante un plan de cooperación y armonización de actuaciones en el ámbito de la salud pública. Las redes de conocimiento en el artículo 68. Los planes de calidad en el artículo 61. El más novedoso de estos nuevos instrumentos de cooperación son las llamadas “actuaciones coordinadas” que están en el artículo 65, porque resuelven de un modo distinto dos cuestiones que han sido capitales, la primera, en orden al tratamiento de las emergencias sanitarias y, el segundo, en punto a las relaciones Estado, Comunidades Autónomas, Comunidad Europea, que es uno de los grandes temas constitucionales de nuestro tiempo.

Las actuaciones coordinadas, permiten que el Ministerio haga una declaración de acuerdo con el Consejo Interterritorial, que le permite, en base a esa declaración, atribuirse la función de responder a dos cuestiones: las emergencias sanitarias, y en segundo lugar, textualmente: *“dar cumplimiento a acuerdos internacionales así como a programas derivados de las exigencias de la normativa emanada de la Unión Europea cuando su cumplimiento y desarrollo deba ser homogéneo en todo el Estado”*.

Que el cumplimiento y desarrollo de la legislación europea en el territorio del Estado tienen que ser homogéneo es un principio derivado del Derecho Comunitario, se produce siempre. La cuestión de quién debe instrumentar, transponer o integrar en el ordenamiento interno las directivas y otras normas comunitarias ha dado lugar a un extenso debate doctrinal y jurisprudencial concluido, en la jurisprudencia constitucional en el sentido de que corresponde a la Comunidades Autónomas o al Estado ejecutar o trasponer la normativa comunitaria, según quien sea competente en la materia. Esa competencia no está en modo alguno condicionada por la necesidad de que el desarrollo interno sea o no homogéneo o uniforme porque es con carácter general. Y hemos planteado muchas veces qué pasa cuando las Comunidades Autónomas no aplican o integran en tiempo la normativa europea o cuándo lo hacen de un modo no uniforme. En la literatura hay propuestas para evitar esa desuniformación o esa falta de homogeneidad como el uso de las leyes de armonización del artículo 150.3 de la Constitución, artillería mayor

realmente. Aquí está resuelto con toda simplicidad. Cuando se plantea el problema de que una directiva comunitaria tenga que tener una aplicación homogénea en todo el territorio el Ministerio de Sanidad hace una declaración de actuación coordinada y lo hace él. Simplísimo, la verdad es que algunas veces los juristas nos complicamos la vida excesivamente.

En este plano de la recuperación de competencias ejecutivas merece atención la Inspección Sanitaria, regulada en el artículo 76-77. En algunos aspectos parece una inspección de servicios más que una inspección en el sentido de función de vigilancia sobre el cumplimiento de la legislación estatal. Vigilancia de cómo siguen los aplicadores la leyes que aprueba el Estado para que no se desvíen en el contenido de la Ley. Pero está entendida un poco más, también en el sentido de inspección de servicios sanitarios, de funcionamiento de inspección sanitaria como evidencia la llamada coordinación de la Alta Inspección con los servicios de inspección de las Comunidades Autónomas.

En cuanto a la competencia estatal en materia de farmacias, la intervención estatal sobre los precios de los medicamentos plantea un problema serio que tienen difícil respuesta constitucional y que está planteado ya en algunas Comunidades Autónomas.

Los productos farmacéuticos que pueden entrar o no en las prestaciones sanitarias públicas, los que costea el sistema, se definen, por el legislador estatal, por el Ministerio de Sanidad y por la Agencia del Medicamento; sin embargo, los que pagan son las Comunidades Autónomas. Esto produce una tensión inevitable, porque no puede un poder público decirle todos los días a otro cuanto tiene que gastar en medicamentos sin que pueda formular una política propia. Quizás no sea fácil de articular, pero me parece que tiene una extraordinaria lógica: si quien financia son los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, algo tendrán que decir sobre lo que gastan.

4.- REFLEXIÓN FINAL.

La lectura que he hecho de la Ley me reafirma en la calificación inicial: es "ingenua", sin que conozca las razones por las que ha podido aprobarse una Ley que tiene tan pocos contenidos materiales sustantivos, y tan poco aparato coactivo al servicio de su aplicación.

Si es una ley demostración, si es una ley modelo, me parece excelente, hay que aprobar leyes modelo, no con la intención de que se apliquen, sino para que sirvan de referente de lo que hay que hacer. Y todo lo que hay que hacer esté, además, amparado por la gran virtud de la ley y por

su prestigio. De modo que en si mismo ese es un objetivo perfectamente plausible. Aunque no es así. Aprovechando el tirón se produce en ella, una expansión de las competencias ejecutivas vinculadas al Estado; como una competencia que habilita el ejercicio de funciones materiales; algo que está expresamente desautorizado en la jurisprudencia constitucional. Coordinar no es poder que permita al Estado ejercer competencias materiales en materia de sanidad, sino crear los instrumentos para el ejercicio de competencias que ya están atribuidas, no crear competencias nuevas.

Por otra parte, se crea en la Ley el tercer nivel institucional, con ese aparataje burocrático tremendo que dará de sí lo que el tiempo indique.

A pesar de todo esto, la Ley se olvida de completar el régimen jurídico de sus regulaciones porque formula declaraciones, hace propósitos, pero rara vez establece mandatos. Técnicamente una norma se construye estableciendo un mandato y poniendo detrás un aparato coactivo para quien lo incumpla, eso es una norma jurídica, un mandato y una garantía de cumplimiento del mandato. En esta Ley no siempre aparecen los mandatos previamente determinados porque lo que la Ley remite es a acuerdos que se tienen que formular con las Comunidades Autónomas, etc. Pero, cuando hay un mandato no hay la garantía de cumplimiento. Por ejemplo, se dice que se establecerán acuerdos sanitarios; cuando se establece un acuerdo sanitario o un plan sanitario hay que saber en que medida lo acordado en ese plan vincula a las Comunidades Autónomas que participan en él. Esto es importante porque un plan trabado en el marco de una Comisión Interministerial o entre el Estado y Comunidades Autónomas no vincula necesariamente a todas las personas que allí intervienen. Lo que hay que hacer, ulteriormente, es transformar ese acuerdo en derecho propio de la Comunidad Autónoma, transformarlo en normas propias, con lo cual estamos ante una evidente falta de complitud de la regulación de régimen jurídico de estas entidades.

Es clave resolver el problema de la vinculación de las Comunidades Autónomas, si van a estar vinculadas a las decisiones de esos órganos de cooperación, porque, si son de cooperación, producirán propuestas, programas, recomendaciones o consejos pero no, desde luego, normas vinculantes. Y si no producen resoluciones que vinculen, estamos ante una seria dificultad y es difícil entender qué es lo que aporta en este punto de nuevo el texto que analizamos.

Hay en Ley un exceso de reglamentación. Uno de los empeños que la Comunidad Europea tiene ahora, más

reiteradamente expresados y asumidos, es que hay que tratar de convencer a los legisladores para que se abstengan en lo posible de regular tanto como lo hacen. La reglamentación es un elemento altamente inconveniente para el desarrollo en competencia de los mercados y para la fácil prestación de los servicios públicos. Las reglamentaciones habría que reducirlas y constreñirlas a lo imprescindible. Expresiones como estas aparecen en los documentos y normas comunitarias, últimamente, por todas partes, e incluso fueron elevadas a la categoría de anexos en el Tratado de Ámsterdam.

Esos excesos de reglamentación y las demás cuestiones que he abordado, me llevan a formular, al final, la misma pregunta que he hecho al principio. La Ley se llama de Cohesión Sanitaria pero ¿qué es la cohesión sanitaria? ¿qué se pretende con la cohesión sanitaria sino una igualdad entre las infraestructuras y dotaciones de

los diferentes territorios que integran España y una igualdad de los derechos a la salud de todos los ciudadanos españoles, cualesquiera que sea el territorio en el que se ubiquen?

La cuestión es si la Ley, realmente, hace una contribución decisiva a esa igualdad, o antes que ello, si una Ley del Estado puede remediar esta cuestión y si es una Ley, realmente, el lugar donde debe hacer y no en las Leyes de Presupuestos o en algunos otros lugares financieros que recojan.

Que se ha hecho un esfuerzo, sin duda. Los catálogos y carteras de servicios y el fondo de cohesión son esfuerzos en este sentido; bien es cierto que todo está aún por hacer.

BIOTECNOLOGÍA Y NORMAS JURÍDICAS.

Encarna Roca
Catedrática de Derecho civil.
Universidad de Barcelona

PREVIO: EL CONCEPTO JURIDICO DE PERSONA

1. Desde que empezaron a aparecer los problemas relacionados con la intrusión en el cuerpo humano y las posibilidades de cambiar los sistemas de reproducción, no ha cesado de plantearse la cuestión de los límites de las tecnologías. El punto de partida de estas cuestiones puede colocarse en el nacimiento de Louise Brown y la preocupación que suscitó el uso de las técnicas de reproducción asistida originó lo que ya se había empezado a intuir, pero que a partir de aquel momento se desarrolló con mucha más fuerza: la que recibirá el nombre convencional de Bioética. Y dentro de la Bioética, la protección de la persona en el ámbito de la biotecnología ha sido, es y será un tema recurrente. Las generalizadas opiniones que se han manifestado en este problema coinciden, seguramente, en una conclusión: la Biotecnología, no sólo en lo que se refiere a la persona como tal, sino en los entornos de la naturaleza, tiene un límite, que cuando se centra en las actuaciones intrusivas en la persona, a través de nuevas técnicas biológicas, médicas, etc, es el del respeto de sus derechos fundamentales.

Esta afirmación, aceptable y aceptada de forma general, es sin embargo fuente de discusiones, porque también la técnica de los derechos fundamentales ofrece formas de protección diversos en intensidades y en efectividad: desde un sistema como el español, en el que la lesión aparece protegida de forma directa con el recurso de amparo, con una técnica que obliga directamente a los jueces y tribunales (arts. 53.1 CE y 7 LOPJ), hasta sistemas en los que los derechos fundamentales no existen reconocidos de forma directa y que ofrece incluso dudas su aplicación por los tribunales.

Por tanto y como una breve introducción al tema de que trataré más adelante, debo decir que la protección de la persona parece patrimonio de diversos ámbitos de la cultura moderna y principalmente, la bioética y el dere-

cho. En cualquier caso, el derecho, puesto que el concepto de persona y las formas de protección se han arbitrado a través de normas jurídicas. Aunque éste tampoco es un planteamiento pacífico.

2. Pero antes de entrar a estudiar las soluciones que deben ofrecerse en el ámbito de su protección, creo necesario ofrecer un concepto de persona.

Se pone de relieve, con razón, que el concepto moderno de persona es el resultado de una evolución histórica. En su determinación influye todo el conjunto de doctrinas filosóficas, sea cual sea su punto de partida. La primera conclusión consistirá en la identificación entre *hombre y persona* y como corolario lógico se llegará a decir que *todos los hombres son personas*. A esta conclusión se llega con el Iluminismo en un intento, conseguido, de ampliar el concepto reservado a ciertas clases elegidas y conseguir así la igualdad de todos los seres humanos¹.

En nuestro ordenamiento jurídico esta conclusión deriva de lo dispuesto en el art. 10.1 CE, que establece un concepto unitario de persona, en base a la descripción de una serie de cualidades que son "fundamento del orden político y de la paz social". De esta manera, el estado social y democrático de derecho consagrado en el art. 1.1 CE tiene como objetivo fundamental conseguir "el desarrollo de la persona, los derechos que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás" (art. 10.1 CE).

En este planteamiento constitucional, el concepto jurídico de persona consiste en una cualidad abstracta y unitaria, que es tratada por el derecho a través del mecanismo técnico de la *personalidad*, que no es otra cosa que aquel complejo de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce al ser humano por el hecho de serlo. Por tanto, *personalidad*, significa *titularidad de derechos funda-*

¹ HATTENHAUER (1987), p. 15.

mentales. Los derechos fundamentales serán así como el código genético de cada hombre, desde el punto de vista jurídico.

O como afirman DIEZ PICAZO-GULLON, hay que reconocer que desde el punto de vista jurídico, todo ser humano es persona, y que "la personalidad no es una mera cualidad que el ordenamiento jurídico pueda atribuir de una manera arbitraria", porque es una exigencia de la naturaleza y la dignidad del hombre que el Derecho no tiene más remedio que reconocer; sería contraria, de donde que "las normas jurídicas han de darse y aplicarse teniendo en cuenta "la dignidad del hombre como persona y sus atributos"³.

Este es el concepto que usaré en esta intervención. Tomándolo como previo a lo que se dirá, hay que ver cuáles son las técnicas que pretenden una mejor protección de la persona frente a tecnologías. Seguramente, la conclusión será que los derechos fundamentales son los que sufren las agresiones y que a la vez, son el mecanismo de protección. A este complejo planteamiento pretende responder esta intervención.

I. ETICA Y PROTECCION DE LA PERSONA.

3. Aunque no estoy capacitada, por mi formación de derecho positivo, para repensar el concepto de Bioética, sí que creo conveniente hacer un pequeño resumen de las actuales tendencias en este ámbito, ni que sea para centrar la posterior reflexión.

Es bien sabido que aunque el término "bioética" se empieza a usar en 1970, se acepta como fecha de nacimiento de la disciplina la conocida con el nombre de "Declaración de Belmont", de 1978, fecha de publicación en USA del informe de este nombre que enunciaba tres principios que debían regir en la práctica médica: el de respecto a las personas, el de beneficencia o no maleficencia y el de justicia⁴.

No voy a intentar ofrecer un concepto de bioética, porque en realidad no podría añadir más opiniones a las que se han venido formulando, de forma muy abundante, en los últimos años. Pero creo que resulta interesante

recoger algunas opiniones con la única finalidad de centrar la cuestión y desvelar algunas cuestiones que luego aparecerán en el ámbito jurídico.

En primer lugar debo decir que el concepto de bioética constituye una noción absolutamente abierta. ¿Qué quiero decir con ello? Que no puede afirmarse que existan reglas establecidas, como ocurre con el derecho. Y por ello, aparecen diversas concepciones y diversos "errores", por utilizar la expresión de ATIENZA⁵. Si nos fijamos en la opinión de esta autor, podremos llegar a la conclusión de que los elementos característicos de la ética, aplicada en este caso a la biotecnología, no son distintos de cualquier concepto ético general: la beneficencia, la autonomía y la justicia en la distribución equitativa de recursos insuficientes, como se ha dicho ya que eran los principios en que generalmente se está de acuerdo en atribuir a la Bioética. Pero que no puede afirmarse que se trate de un monopolio exclusivo de unas o de otras corrientes religiosas, ni puede ser sustituida por la ideología⁶.

De aquí puede deducirse que la bioética es un concepto que podríamos calificar de "laico", en el sentido negativo, es decir, que no puede ser tributario de planteamientos religiosos previos. Pero claramente se deriva de lo que acabo de decir, que en el propio enunciado de esta proposición se deduce que existe una ideología en el mismo, como mínimo, negativa, en el sentido que excluye algunas otras posibilidades: si se dice que la bioética es un concepto básicamente laico, ello significa eliminar una parte de pronunciamientos que se han manifestado sobre la propia base de la bioética: la propia ética.

Por tanto, la bioética podría ser una solución previa a cualquier regulación jurídica, que se utilizaría como técnica para proteger a la persona. Pero ¿qué persona? y ¿qué aspectos de la persona? Y si cuando hablamos de tecnología, se nos puede advertir que los avances tecnológicos no hacen más que permitir una mejor calidad de vida, ello hará que deba afirmarse que esta mejor calidad, evidentemente, facilitaría un mejor disfrute de los derechos humanos: la persona es más digna y por ello el goce de los derechos humanos puede ser más efectivo, menos tributario de limitaciones derivadas de una calidad de vida muy disminuida.

Aparecería, por tanto, un ligamen claro entre la ética, previa a cualquier regulación jurídica y el derecho, en

² Este es evidentemente, un concepto jurídico, por lo que aquí no se entra en las disquisiciones que la distinción entre viabilidad y feto nacido provocan en VALLS PLANA (2003), p. 206 y ss

³ DIEZ PICAZO-GULLON BALLESTEROS (2003), p. 213.

⁴ Ver, entre muchos otros, GAFO (1998) pp. 92-96 y VALLS PLANA (2003), pp. 193-195.

⁵ ATIENZA (1994), pp. 224

⁶ ATIENZA (1994), p. 226. En el mismo sentido, CASADO (1998), p. 113.

base a la formulación de derechos fundamentales, que serían el mínimo común denominador que uniría ética y derecho. Pero, como afirma ROMEO CASABONA, la Bioética no es un sistema moral ni pretende ser un sustituto de un sistema moral⁷; será un método para encontrar respuestas específicas a los problemas que surgen como consecuencia de la Biotecnología, siendo, además, un claro ejemplo “de aproximación a un estudio común multidisciplinar, en el que confluyen diversas ciencias, además de la Ética, con sus respectivas metodologías”⁸. O bien, debe aceptarse la propuesta de CASADO, en el sentido que “el objetivo de la bioética debería ser la búsqueda de un marco por medio del cual individuos pertenecientes a comunidades morales distintas, aunque no dispongan de una ética de contenido común, puedan sentirse vinculados por un procedimiento a través del que puedan tomar decisiones y emprender tareas comunes”⁹, lo que ha sido identificado como “bioética plural”.

4. Hay que reconocer que la polémica sobre las relaciones entre moral (ética) y derecho es tan larga como el mundo. Y no voy a ser yo quien en este momento ofrezca una nueva opinión sobre esta difícil y seguramente imposible, cuestión¹⁰. En la relación con la Bioética, pienso que puede aceptarse la opinión de ATIENZA cuando afirma que

“los éticos, al igual que los científicos- no pueden arrogarse ninguna competencia particular -en relación con el resto de la gente- para determinar lo que está bien y lo que está mal, lo que debe prohibirse y lo que debe permitirse. Lo que ellos pueden hacer -en realidad lo que hacen- es elaborar instrumentos conceptuales y teóricos que quizás no sean nunca -o casi nunca- suficientes para alcanzar verdades, pero que al menos evitan incurrir en no pocos errores”¹¹.

La mayoría de los escritos de derecho médico y de bioética elencan una serie de supuestos en los que se plantean las tensiones entre la tecnología y las normas jurídicas. Algunos de los casos han sido resueltos por tribunales españoles y extranjeros. Por ello creo interesante poner algunos ejemplos, exami-

nando cuáles son las razones de la decisión tomada por el Juez o el Tribunal correspondiente, que servirán después para fijar el ámbito de la protección de la persona. Con toda seguridad, los casos son más significativos que las opiniones abstractas.

i) *Los casos de fecundación asistida*. El caso *Davis v. Davis*, resuelto en 1992 por la Corte Suprema del Estado de Tennessee. Se trataba de resolver la disputa entre los miembros de un matrimonio divorciado sobre la propiedad de unos embriones creados *in vitro*, con el material genético de cada uno de ellos y aun no implantados en el momento del divorcio. Este caso se resolvió teniendo en cuenta “el interés de las partes”, los padres genéticos. El razonamiento era el que sigue, que reproduzco por su interés y por la forma de razonar; el Juez eligió unos elementos a los que dio preferencia sobre otros, igualmente dignos de consideración:

En conclusión, nosotros consideramos que las discusiones relativas a la disposición de preembriones producidos a través de fertilización *in vitro* deberían resolverse, en primer lugar, teniendo en cuenta las preferencias de los progenitores. Si estos deseos no son claros, o bien si existe desacuerdo, debe cumplirse el contrato relativo a la disposición. Si no existe contrato, deben sopesarse los intereses de las partes en el uso o no uso de los preembriones. Normalmente, el interés de la parte que desea evitar la procreación debería prevalecer, siempre que la otra parte ostente una posibilidad razonable de llegar a la paternidad por medios distintos de los del uso de los preembriones en cuestión. Si no existe otra alternativa razonable, entonces debería considerarse el argumento favorable al uso de los embriones para conseguir un embarazo. Sin embargo, si la parte que desea el control de los embriones lo hace simplemente para donarlos a otra pareja, entonces, la parte que se opone, ostenta el interés preferente que debe prevalecer.

En conclusión, nosotros consideramos que las discusiones relativas a la disposición de preembriones producidos a través de fertilización *in vitro* deberían resolverse, en primer lugar, teniendo en cuenta las preferencias de los progenitores. Si estos deseos no son claros, o bien si existe desacuerdo, debe cumplirse el contrato relativo a la disposición. Si no existe contrato, deben sopesarse los intereses de las partes en el uso o no uso de los preembriones. Normalmente, el interés de la parte que desea evitar la procreación debería prevalecer, siempre que la otra parte ostente una posibilidad razonable de llegar a la paternidad por medios distintos de los del uso de los

⁷ ROMEO CASABONA (1998), p. 154.

⁸ ROMEO CASABONA (1998), pp 153 y 154.

⁹ CASADO (1998), p. 114

¹⁰ Por ejemplo, DWORKIN (1991), pp. 96-97, por no citar más que un autor moderno muy implicado en estas cuestiones.

¹¹ ATIENZA (1994), P. 229

preembriones en cuestión. Si no existe otra alternativa razonable, entonces debería considerarse el argumento favorable al uso de los embriones para conseguir un embarazo. Sin embargo, si la parte que desea el control de los embriones lo hace simplemente para donarlos a otra pareja, entonces, la parte que se opone,¹² ostenta el interés preferente que debe prevalecer .

La batería de argumentos del Juez americano, no tiene para nada en cuenta lo que se suele llamar "la inviolabilidad del derecho a la vida". A diferencia de que lo hizo el Tribunal de apelación, en el caso *Davis v Davis* se parte de que no hay un interés del Estado en proteger este tipo de "vida" y por ello los intereses de la partes tienen una protección preferente. Es decir, decide de acuerdo con un criterio que tiene en cuenta las personas ya vivas, con criterios jurídicos, las personas, antes que las vidas potenciales.

ii) *Los casos de esterilización de incapaces*, son también fuente de utilización de criterios éticos en la argumentación, que han llevado, además, a una diversidad de soluciones. Así, por ejemplo, en el caso *Re Eve*, resuelto en 1986 por el Tribunal Supremo de Canadá, se negaba el consentimiento para la esterilización en base a que

Los propósitos de la operación por lo que se refiere a Eva, son los de protegerla de cualquier posible trauma derivado del parto y de las obligaciones de la maternidad. A pesar de todo, existen consideraciones derivadas de los derechos humanos [...]. La grave intrusión en los derechos de la persona y los seguros daños físicos que se siguen de una esterilización no terapéutica sin consentimiento, cuando se comparan con las altamente cuestionables ventajas que se pueden derivar de ella, me han persuadido de que nunca puede decidirse sin riesgo, que este procedimiento beneficia a la persona. Por tanto, esta operación nunca podría ser autorizada para fines no terapéuticos, dado que la importancia de mantener la integridad física del ser humano tiene una alta clasificación en nuestra escala de valores, particularmente en lo que se refiere al privilegio de procrear. Yo no puedo estar de acuerdo en que un Tribunal prive a una mujer de este privilegio, sin su consentimiento, por razones sociales o no terapéuticas [...]. El *parens patriae* power de los Tribunales de la Corona existe para el benefi-

cio de quienes no pueden actuar por sí mismos, no para relevar a aquellos que tienen la obligación de cuidarlos de esta obligación.

Debe tomarse en consideración otro argumento relacionado con la Carta canadiense de Derechos humanos. En respuesta al argumento de que la esterilización estaría de acuerdo con la protección de la libertad (art. 7) y de la igualdad (art. 15)[...][se responde que] los tribunales tienen el derecho y el deber de proteger a los que son incapaces de gobernarse a sí mismos y que para conseguirlo existe una amplia discreción para interpretar lo que es mejor para sus intereses. Pero esta función no implica que se transforme en una obligación para el tribunal de elegir entre dos derechos constitucionalmente protegidos: el derecho a procrear y el de no procrear, simplemente porque el individuo es incapaz de hacerlo por sí mismo. Es más, el caso de esterilizaciones no terapéuticas es uno de aquellos en los que los tribunales no pueden realizar una elección segura.¹³

Lo que seguro no era ético, era tomar la decisión para proteger los intereses de la madre, porque se limita a la protección del incapaz, no de quienes tienen que cuidarlo.

La STC 215/1994, de 14 de julio contiene argumentos parecidos a los utilizados en los casos americanos e ingleses en materia de finalidades de la esterilización de incapaces. Así el TC español afirma que

El deber constitucional de los padres de prestar asistencia de todo orden a los hijos (arts. 39.3 CE), el reconocimiento, entre otros, del derecho de éstos a la protección de la salud (art. 43.1. CE), y su derecho también a disfrutar de todos los que la Constitución establece en su Título I (art. 49 CE), aunque no impelen al legislador a tomar una norma como la que estudiamos, la hacen plenamente legítima desde la vertiente teleológica, toda vez que la finalidad de esa norma, tendente siempre en interés del incapaz a mejorar sus condiciones de vida y su bienestar, equiparándola en todo lo posible al de las personas capaces y al desarrollo de su personalidad sin otras trabas que las imprescindibles que deriven necesariamente de la grave deficiencia psíquica que padece, permite afirmar su justificación y la proporcionalidad del medio previsto para la consecución de esos fines.

¹² Ver la versión original en inglés en KENNEDY-GRUBB (1994), p. 799 y ss.

¹³ KENNEDY-GRUBB (1994), p. 277

La medida arbitrada por los poderes públicos, en este caso el legislador, no se aparta o contradice la finalidad del artículo 49 CE, puesto que contribuye, en interés exclusivamente de los disminuidos psíquicos, a que puedan desarrollar su vida en condiciones similares a la de las personas capaces, evitando efectos que por su deficiencia no son capaces de desear o asumir de una manera consciente-. En definitiva, lo dispuesto en el último párrafo del art. 49 CE -que los incapaces disfruten de los derechos que el Título I de la Constitución otorga a todos los ciudadanos-, no sólo es compatible con la norma cuestionada, sino que, como ya hemos dicho, contribuye a justificar la finalidad a que responde el precepto."

Hay que poner de relieve que la solución a que llega el Tribunal Constitucional español es contraria a la que había llegado el Juzgador constitucional canadiense. Aunque ambos utilizaban el mismo razonamiento: el interés del incapaz.

iii) *El consentimiento para tratamientos médicos de personas menores de edad* tiene una expresión muy importante en el caso inglés *Gillick v. Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, resuelto en 1986. Se trataba de la demanda presentada por la Sra. Gillick, madre de 5 hijas menores de 16 años, en la que pedía que se le reconociera el derecho a ser informada de las solicitudes de tratamientos anticonceptivos que eventualmente pudieran realizar sus hijas.

La solución depende de lo que se considere mejor para el bienestar de los menores. Nadie duda de que en la mayoría de los casos, los mejores jueces sobre lo que es el interés de los hijos son sus padres y, por tanto, cualquier importante tratamiento médico de una menor de 16 años debería contar, normalmente, con esta aprobación. Por ello, lo más normal sería que los médicos contaran con su consentimiento. La Sra. Gillick va más allá y pide que se reconozca el absoluto derecho de veto de los padres. Pero existen circunstancias en las que un médico puede juzgar mejor sobre los tratamientos que producen al bienestar de una muchacha que sus propios padres. La circular demuestra que abandonar el principio de confidencialidad en el tratamiento anticonceptivo de menores de 16 años, puede provocar que algunas decidan no acudir al médico en busca de consejo profesional, con las consecuencias de exponerlas a "inmediatos riesgos de embarazo o de enfermedades de transmisión sexual"...La única vía para solucionar el caso es autorizar al médico para que se convierta en el protector de los intereses de la menor que sea su

paciente. Siempre puede, por supuesto, aconsejar a la menor que busca su consejo profesional, que hable con sus padres[...]. Pero en los casos, en que la paciente rehúsa bien hacerlo, o bien permitir que el médico lo haga, el médico que actúe sin el consentimiento de los padres o sin su conocimiento, deberá justificar: (1) que la paciente, aunque sea menor de 16 años, comprende sus consejos; (2) que no puede persuadirla de informar a sus padres de que está siguiendo un tratamiento anticonceptivo o de permitir al médico de hacerlo; (3) que la menor empezará o continuará teniendo relaciones sexuales con o sin tratamiento anticonceptivo; (4) que su salud mental o física corre el riesgo de deteriorarse si la menor no recibe el mencionado tratamiento; (5) que la protección de sus intereses exige este tratamiento sin consentimiento paterno.¹⁴

La norma ética, en este caso, primaba sobre otros pretendidos derechos. Y la ética era aquí, la protección del derecho a la salud de menores de edad.

Los casos podrían multiplicarse y no es esta la ocasión para ello. Como conclusión de este rápido estudio comparado de casos, debo afirmar que los criterios éticos no deben servir de coartada para legitimar determinadas actuaciones, ni tan solo judiciales. El caso *Re Eve* es muy significativo: deben protegerse los derechos fundamentales y los argumentos que permitan tomar una decisión debe estar de acuerdo absolutamente con ellos; decisiones caprichosas o que tengan en cuenta intereses distintos, no tienen ningún tipo de legitimidad. Esto es lo que hace el Tribunal Constitucional español en el caso del tratamiento médico a un menor de edad, testigo de Jehová, que a pesar de la aceptación por sus padres de la decisión judicial de autorizar una transfusión, se niega y fallece como consecuencia de ello; los argumentos del TC son importantes en relación con la autonomía de los menores, incluso en decisiones que pueden afectar su propia vida y el respeto a su libertad religiosa, pero las razones son fundamentalmente positivas⁷⁵.

En definitiva, por tanto, todo gira en torno al concepto básico de los derechos fundamentales. Y la bioética y cualquier clase de ética no puede ser más que un instrumento al servicio de su protección. Y a ellos deberé referirme a continuación.

¹⁴ Verlo en *KENNEDY-GRUBB (1994), pp. 119 y ss*

¹⁵ *STC 154/2002, de 18 de julio. Ver el comentario de López Bofia en RJC, 3, 2003.*

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, COMO ELEMENTO DE PROTECCION A LA PERSONA.

5. A partir de aquí, por tanto, el problema de la protección de la persona sólo puede decirse que tenga efectividad si se produce a través de normas jurídicas. Como afirma Casado, "la bioética es más bien una cuestión político-jurídica que estrictamente ética: no basta con una decisión individual sobre cuál es la mejor manera de resolver los problemas, sino que es el conjunto de la sociedad quien debe tomar postura"¹⁶.

Y es entonces cuando los problemas de interpretación se presentan para complicar aun más el panorama. Si todos están de acuerdo en considerar que sólo por medio de los derechos fundamentales se consigue la plena protección de la persona, la cuestión se centrará en saber cuándo, cómo y qué derechos van a ser los protagonistas en la protección frente a unos pretendidos e hipotéticos perjuicios derivados de la biotecnología. En este punto deberíamos tener en cuenta dos bloques de cuestiones:

1ª Hay que determinar cuáles son los derechos fundamentales implicados y cómo se resuelve, si la hay, la posible contradicción entre unos derechos, también fundamentales, que permiten la investigación, (art. 20 CE) y la protección de la persona, entre cuyos mismos derechos se encuentra el de la libertad de investigación y conocimiento.

2º La de determinar en qué momento deben ser efectivos los derechos fundamentales. Porque según sea la solución, la conclusión a que debe llegarse es que una etapa de lo que es común llamar "vida" aparece sin protección. Recuérdese cuál fue la solución del Juez en el caso *Davis v. Davis*: en definitiva, no se tuvo para nada en cuenta lo que podría constituir un derecho de unos hipotéticos y en todo caso, futuras personas¹⁷.

Estos serán pues lo grandes temas con que un investigador jurídico debe enfrentarse, teniendo en cuenta que como afirma ROMEO CASABONA, cuando nos enfrentamos con la Biotecnología, en general, hay varias generaciones de derechos humanos afectados, "e incluso, estarían dando lugar al nacimiento de una nueva generación,

esta vez vinculada con las aportaciones más recientes de las ciencias"¹⁸.

A) *Derechos fundamentales implicados en la protección de la persona en el ámbito de la biotecnología.*

6. La determinación de los derechos fundamentales implicados en el riesgo que se abre con la utilización de las ciencias tributarias de la denominada *biotecnología* es ciertamente complejo. Entiendo que para simplificar la cuestión, debería estudiarse lo que significa el derecho a la salud y el derecho a la investigación, para considerar si en las conclusiones a que se llega, se puede observar o no una contradicción, en cuyo caso, deberá buscarse la regla que solucione el conflicto.

A semejanza de lo que ocurre en Constituciones de nuestro mismo tronco, el art. 10.1 CE coloca como fundamento del "orden jurídico y de la paz social", "los derechos inviolables" inherentes a la persona. ¿Qué debe entenderse por derechos *inviolables*? Si acogemos la tesis de BARILE¹⁹, habrá que considerar que son los que se consideran más esenciales; por ello, añade este autor, no pueden ni tan sólo ser violados por el propio legislador constitucional y son objeto de una garantía constitucional, que BARILE califica como una especie de garantía de superconstitucionalidad. Aunque, y ello es lo que ocurre con el derecho a la salud, se reconoce que no todos los derechos enunciados en un texto constitucional gozan de la misma protección, es decir, *son igualmente inviolables*.

Si se parte del principio de respeto a la persona humana, contenido en el art. 10.1 CE, deberemos interpretar necesariamente el mencionado artículo para llegar a identificar cuál es el significado que tiene allí el respeto a la persona como derecho inviolable. Y ello partiendo de la idea básica según la cual los problemas de biotecnología parecen tener mayor relación con el derecho a la salud que con otros derechos, fundamentales o no, reconocidos en la CE. Aunque ya avanzo que esta vía puede proporcionar un resultado perverso, dado el tratamiento que el derecho a la salud tiene en nuestro texto constitucional.

El principio general inviolable de respeto a la persona humana constituye un claro límite a la libertad de investigación. La finalidad esencial de este principio estriba en la tutela del individuo contra todas aquellas actuaciones

¹⁶ CASADO (1998), p. 115.

¹⁷ Según VALLS PLANA (2003), p. 211, la distinción entre sujeto de derechos-persona y bien jurídico protegido, que se encuentra en la STC 53/1985 es un invento que hay que considerar "sabio", porque "resuelve un conflicto, como es obligación del derecho, pero no define moralidades".

¹⁸ ROMERO CASABONA (2002), p. 13

¹⁹ BARILE (1984), p.53

que pueden degradarlo a la categoría de objeto²⁰. Dado que cualquier actuación en materia biotecnológica es susceptible de representar un riesgo del tipo señalado anteriormente, la cuestión se centrará en si todas las consecuencias de una actuación en el ámbito de la biotecnología (desde el proyecto Genoma Humano, hasta el mantenimiento artificial de una vida privada de sentido), deben contar con el consentimiento o no de los sujetos afectados.

Si la conclusión es que todo individuo debe ser tratado como persona, la dignidad tutelada en el art. 10.1 CE no debe dejarse sólo al ámbito de normas éticas, sino que tiene un evidente contenido jurídico, como se verá en la tercera parte de este trabajo. Por tanto, creo que desde el punto de vista jurídico resulta un mal planteamiento enfrentar el derecho a la salud y el derecho a la investigación: los problemas de la biotecnología no pueden estar sometidos al derecho a la salud, que está regulado entre los derechos sociales (art. 43.1 CE) y, por tanto, no goza de la protección directa, mediante el recurso de amparo, que el art. 53.1 CE otorga a los derechos y libertades establecidos en el art. 14 y la sección 1ª del capítulo II CE. Encontrándose el derecho a la libertad de investigación en el art. 20.1,b) CE, éste tiene la consideración de derecho fundamental, frente a la salud, que sólo lo es social.

Por ello seguramente, la doctrina italiana ha considerado que el derecho a la salud es uno de los que forman la genética de los *derechos de la personalidad* y se considera que se ha producido una evolución de este derecho desde la categoría de los derechos sociales, a una aplicación más directa, entre particulares²¹. Y por ello también PERLINGIERI se ve obligado a afirmar que la persona humana se proyecta en su unidad psico-física como un todo unitario subjetivo, de manera que es imposible separar el bien salud del completo valor *persona* y, por ello, este valor, es un aspecto inseparable de la persona humana, acabando con la opinión de que no parece que pueda compartirse la observación según la cual,

“la diversidad de los intereses fundamentales del hombre se traducen en una pluralidad de derechos fundamentales distintos por el contenido y por la regulación. El mismo interés a la salud inseparable del libre desarrollo de la personalidad, se puede obtener de formas distintas, asumiendo relevancia y configuraciones diversas, según se entienda como derecho a

un servicio sanitario, a un medio ambiente limpio, a la integridad física o mental”,

de donde deducirá el propio autor, que la salud es “un bien primario del hombre”²².

7. Pero nuestra Constitución no resulta tan compleja como la italiana, puesto que frente a la libertad de “producción...científica y técnica”, reconocida como derecho fundamental en tanto que libertad pública en el art. 20.1 b) CE, el propio art. 20.4 CE establece que

“estas libertades tiene su límite en el respeto de los derechos reconocidos en este Título, (y) en los preceptos de las leyes que los desarrollan”,

de donde se deduce que las libertades de investigación científica y tecnológica y, en consecuencia, la biotecnología, no son absolutas. Independientemente de que éticamente puedan o no tener unos límites seguidos por el propio investigador o por las normas dentológicas de la organización a que pertenezca, claramente aparece este límite en los preceptos constitucionales: ningún avance tecnológico que provoque una invasión lesiva de algún derecho fundamental de los reconocidos en el entero Título Primero, que se titula “De los derechos y deberes fundamentales” puede ser amparado por un sistema basado en esta dignidad de la persona y el reconocimiento de los derechos que le son inherentes.

Creo, además, que la protección ofrecida por la Constitución es absoluta, porque al limitar este derecho, como derivado de la libertad de expresión, a los derechos fundamentales, lo que está diciendo es que el perjuicio que se produzca puede ser reclamado ante los tribunales, hasta llegar a permitir directamente el recurso de amparo por el perjudicado.

Sin embargo, la regulación del art. 10 CE no se librado de las críticas, porque, a diferencia de lo que ocurre en otras constituciones europeas, como la alemana o la suiza, en España el Tribunal Constitucional ha reiterado que la protección a la dignidad inviolable a la persona humana no se considera un derecho fundamental protegido con el mecanismo constitucional del recurso de amparo, sino que es un principio que informa los derechos básicos de la persona como tal²³, lo que no ha evitado que algunas decisiones trascendentales, como la autorización para el cambio de la constancia del sexo en el registro civil del transexual operado se haya fundado en la protec-

²⁰ CHIEFFI (1993), p. 159

²¹ MONTUSCHI (1976), P. 164; BARILE (1984), p.381

²² PERLINGIERI (1982), p. 1025

²³ MONTES (1995), P. 254 Y SS

ción y el respeto a la dignidad de acuerdo con el art. 10 CE²⁴. La dignidad humana constituye, eso sí, el mínimo invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar (STC 127/1990), lo que no evita que "en no pocas ocasiones se recurre a la dignidad humana, como argumento definitivo, sin profundizar más en el contenido de los intereses o bienes en conflicto, en cómo puede verse afectada en concreto la dignidad humana y cuál es su consecuencia jurídica", de donde, "se convierte entonces en un argumento de autoridad pero vacío, opuesto al diálogo y con ello al logro de puntos de acuerdo"²⁵.

Los autores que han reflexionado acerca de los límites de la libertad de investigación y sus relaciones con la dignidad de la persona han mantenido tres posiciones, que resume ROMEO CASABONA²⁶: i) la primera considera que la investigación no debe estar sometida a límite alguno, porque no es el conocimiento lo perjudicial, sino el uso que se hace del mismo; la protección del ser humano se dirige no a la investigación, sino a la utilización de sus resultados; ii) la segunda consideraría que la investigación que puede producir un resultado que puede utilizarse contra los individuos debería estar prohibida porque es rechazable éticamente, y iii) la tercera, que considera que la investigación como tal "no debe sufrir ningún tipo de limitaciones, pero sí es legítima la restricción o prohibición de determinados procedimientos o métodos de obtención del conocimiento científico en la medida que involucren a los seres humanos". Ciertamente, como continua el propio autor, tanto la Declaración universal de la UNESCO sobre el Genoma humano y los Derechos humanos, como el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa se ocupan de delimitar el derecho a la investigación, en el sentido constitucional expresado ya en el art. 20.4 CE, de manera que determinadas técnicas, como las referidas a análisis genéticos o predictivos de enfermedades genéticas, sólo pueden hacerse con fines médicos y con el correspondiente consejo genético (art. 12 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina del Consejo de Europa). Por ello pienso que estableciendo el art. 10.2 CE la necesidad de interpretar el ordenamiento jurídico español de acuerdo con los Tratados internacionales sobre materias relativas a Derechos humanos de los que España es parte y habiendo sido rati-

ficado este último Convenio por España, existe un elemento integrador del art. 20.4 CE y, por tanto, la conclusión sigue siendo que la libertad de investigación no es absoluta, sino que tiene el límite de los otros derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos.

8. El recurso al argumento de la dignidad humana es una solución que puede ser perfectamente admitida en una sociedad plural. Pero hay que tener en cuenta también que existe una larga lista de declaraciones internacionales, que establecen principios en el ámbito de la Biotecnología, que no sólo actúan como tales principios en lo que ROMEO CASABONA denomina *soft law*²⁷. Así ocurre con:

- a) El Convenio para la protección de los Derechos humanos y la Dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y de la medicina, de 4 de abril de 1997, que entró en vigor en España el 1 de enero de 2000. En este convenio se proclama la primacía del ser humano (art. 2), en el que se proclama que "el interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia". Esto lleva aparejada la necesidad de exigir el consentimiento fructo de la debida información para las intervenciones en el ser humano; por ello el art. 5.1 establece que "una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento". La protección a la persona se consigue además, mediante la protección a la intimidad en lo relativo a las informaciones sobre la salud (art. 10); la prohibición de la discriminación por razón del genoma (art. 11); la protección general frente a la investigación científica, desarrollada en los artículos 15-18, y la prohibición de obtener beneficios con el propio cuerpo (arts. 21 y 22).

En un protocolo adicional, firmado en París el 12 de enero de 1998, se prohíbe "toda intervención que tenga por finalidad la creación de un ser humano genéticamente idéntico a otro ser humano vivo o muerto" (art. 1.1) y se proclama que "no se autorizará ninguna excepción al presente protocolo" (art. 2). La finalidad de esta prohibición está claramente explicitada en las consideraciones que acompañan el texto articulado: se trata, en definitiva, de evitar la instru-

²⁴ Ver las SSTs de 2 julio 1987, 15 julio 1988, 3 marzo 1989, 19 abril 1991 y la RDGRN sobre inscripción del matrimonio de una persona transexual. La primera de dichas sentencias fue comentada en su día por Gordillo Cañas en CCJC, nº 14, pp 4736-4746.

²⁵ ROMEO CASABONA (2002), p. 23

²⁶ ROMEO CASABONA (2003), pp. 161-163.

²⁷ ROMEO CASABONA (2002), p. 14

mentalización del ser humano “mediante la creación deliberada de seres humanos genéticamente idénticos”, que se considera “contraria a la dignidad humana y constituye un abuso de la biología y de la medicina”²⁸.

Otra vez la dignidad humana como razón para la prohibición de lo que se considera abusivo y perjudicial para la propia persona

- b) *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, de 10 de diciembre de 2000, introduce en el art. 3 un nuevo derecho, en el sentido a que se ha referido Romeo Casabona, que ahora se identifica con el nombre de *derecho a la integridad de la persona*. Después de proclamar el derecho a la integridad física y psíquica, se refiere concretamente a la medicina y la biotecnología y exige el respeto a los siguientes principios: i) el consentimiento libre e informado; ii) la prohibición de prácticas eugénicas, “y en particular, las que tienen por finalidad la selección de las personas”; iii) la prohibición de obtener beneficios económicos con partes del propio cuerpo, y iv) “la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos”.

El análisis de ROMEO CASABONA²⁹ sobre bienes emergentes en el ámbito del o relacionados con el genoma humano puede darse por reproducido en este punto. Este autor considera que en las sucesivas declaraciones internacionales sobre la materia *genoma humano*, que pueden extenderse a los otros problemas que surgen en la aplicación de técnicas de Biotecnología, existen algunos valores que se repiten, como i) la necesidad de respetar al ser humano, como tal y por su pertenencia a la especie humana; la responsabilidad cara a las generaciones futuras; iii) la protección de la identidad del ser humano; iv) el respeto a la autonomía y a la integridad física y mental, entre otros que cita. Se trata, por tanto, de concreciones muy específicas en el ámbito de la Biotecnología y de las ciencias médicas en general, del principio de protección de la persona, que acaba concretándose y sale de la indefinición que comporta la cláusula general de protección.

²⁸ Comentarios a este convenio en CASADO (1998), pp. 131 y 135 y ROMERO CASABONA (2001). In totum. También puede consultarse HERNANDEZ PLASENCIA (2001), pp 105-131 sobre la Declaración de la UNESCO relativa al Genoma como patrimonio de la humanidad

²⁹ ROMEO CASABONA (2002), pp. 18-21.

9. Los límites de la investigación se encuentran, en efecto, no tanto en el derecho a la salud, sino en el derecho fundamental que sea lesionado como consecuencia de una actuación contraria al mismo.

Cierto es, sin embargo, que aunque pueda llegarse a la anterior objetivación, las bases ideológicas de una concreta sociedad no pueden dejar de estar presentes, incluso en la interpretación, que no reconocimiento, de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Es BRAZIER³⁰ quien pone de manifiesto que la tradición cristiana, presente en la sociedad occidental en sus diversas manifestaciones, ha fijado unos puntos innegociables, que se traducen, a nivel positivo, en derechos fundamentales diversos. Estos puntos, según la autora son:

i) La inviolabilidad de la vida, considerada como la expresión de la libertad del individuo, que sin embargo debe ser contrapesada en algunos casos, como el derecho del feto a nacer y el de la madre a mantener su vida.

ii) La inviolabilidad de la vida tiene una diferente consideración en el caso de individuos que no tienen esperanza de seguir viviendo en condiciones mínimas dignas; en estos casos se plantea el dilema entre sacrificar la vida (eutanasia activa) o dejar morir (eutanasia pasiva)³¹.

Pero estas cuestiones no se expresan después en un consenso generalizado sobre cómo deben interpretarse estos derechos y cómo deberán ponerse en práctica.

Llegados, pues, a este punto, podemos ya decir que el sistema de protección de los derechos fundamentales frente a cualquier intrusión externa tiene dos aspectos:

- *uno activo*: todos los derechos fundamentales son preferentes frente al ejercicio de uno de los aspectos de la libertad de expresión, que es el de la libertad de investigación científica y tecnológica, de acuerdo con el art. 20 CE.

- *Otro pasivo*: suponiendo que la lesión se ha producido, el investigador o técnico debe estar a las resultas de las reclamaciones y sanciones de que puede ser objeto.

De todas las maneras, la anterior conclusión no puede llevar al lector a la impresión de que lo que aquí se propugna es un individualismo exacerbado, que impida el progreso y cualquier evolución razonable de la ciencia y la biotecnología. Cierto es que las Constituciones que como la española, contienen un catálogo de derechos fundamentales, superprotegidos a través del sistema del recurso

³⁰ BRAZIER (1992), pp. 29 y ss.

³¹ BRAZIER (1992), p. 35

de amparo, corren el riesgo de sufrir una interpretación de este tipo, que en cualquier caso, es perversa. Porque una conclusión exclusivamente individualista provocaría abusos, con reclamaciones de indemnizaciones abusivas. El mecanismo para evitarlos existe también a nivel constitucional. Y un buen ejemplo de ello es la STC 7/1994, de 7 de enero, que resolvió el problema de la negativa a efectuar las pruebas biológicas de paternidad frente a reclamaciones de filiación, en base a un derecho a la intimidad de la persona a quien se obligaba a hacerlas. El Tribunal Constitucional entiende que ni se infringe el derecho a la integridad física, porque las pruebas se realizan dentro de un proceso, ni se infringe tampoco el derecho a la intimidad

“cuando se imponen determinadas limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento regula, como es el caso de la investigación de la paternidad y de la maternidad mediante pruebas biológicas en un juicio de filiación”;

se niega que exista una vulneración de estos dos derechos fundamentales alegados por la parte que no quería efectuar las pertinentes pruebas, el Tribunal Constitucional considera que

“en esta clase de juicios se produce una colisión entre los derechos fundamentales de las distintas partes implicadas; y que no hay duda de que en los juicios de filiación, prevalece el interés social y el orden público que subyace en las declaraciones de paternidad, en las que están en juego los derechos de alimentos y sucesorios de los hijos, objeto de especial protección por el art. 39.2 CE, lo que trasciende a los derechos alegados por el individuo afectado[...]. Sin que los derechos constitucionales a la intimidad y a la integridad física puedan convertirse en una suerte de consagración de la impunidad[...]"

El razonamiento basado en el interés público de la protección de los menores, ante los que debe ceder un derecho fundamental, plantea dos clases de interrogantes:

i) el primero, si esta puede considerarse una puerta abierta a la lesión de los derechos fundamentales, siendo así, que como ya se ha dicho, el art. 10.1 CE los considera inviolables. La respuesta es clara: ningún derecho fundamental es absoluto; no lo es ni el derecho a la vida, porque se admite la excepción de legítima defensa.

ii) El segundo, el de la arbitrariedad en la alegación de un derecho fundamental: el Tribunal Constitucional considera que la titularidad de un derecho fundamental no es una coartada para el incumplimiento de deberes también derivados de los derechos fundamentales de otros.

Y la respuesta a estos dos interrogantes me parece del todo aplicable a la cuestión que en este momento me ocupa: la titularidad de un derecho fundamental a la libertad de investigación no es razón suficiente para justificar la lesión de los derechos fundamentales de los demás sujetos titulares de tales derechos. Pero tampoco puede ocurrir lo contrario, porque ningún derecho fundamental es absoluto frente a otro.

La efectividad del sistema requiere un consenso social, que puede, sí, basarse en normas éticas, que deben traducirse necesariamente en normas jurídicas, en cuanto que el único sistema imperativo para facilitar la convivencia es la norma jurídica. Y requiere también, una conciencia clara en la aplicación judicial, cuando el caso se plantee.

Ahora bien, en materias de biotecnología aparece un nuevo problema: la distinción que efectuó el Tribunal Constitucional en la STC 53/1985, de 11 de abril, en base al derecho fundamental y al bien jurídico protegido. Esta es una cuestión que se tratará en el próximo apartado.

B. Momento en que deben ser efectivos los derechos fundamentales.

10. Muy posiblemente esta cuestión debiera haberse estudiado antes de la discusión sobre los derechos fundamentales implicados en la biotecnología. Se ha iniciado, sin embargo, este trabajo, con una definición del concepto jurídico de persona, a la que se debe aplicar lo dicho hasta aquí. El problema que quiero plantear ahora es distinto, porque implica preguntar qué ocurre en aquellos estadios de la vida en los que aun no existe una persona jurídicamente hablando, pero en los que la utilización de una técnica biológica, - manipulaciones genéticas, fecundación in vitro, proyecto Genoma, etc.- puede provocar consecuencias cuando el embrión se convierta en persona, es decir, nazca.

Los límites de la persona desde el punto de vista jurídico se centran en dos hechos físicos constatables de forma más o menos segura: el nacimiento y la muerte, de acuerdo con las disposiciones de los arts. 29 C.c., que establece que "el nacimiento determina la personalidad" y el art. 32 C.c. que fija en la muerte el momento de su extinción. Por ello y con independencia de que biológicamente pueda considerarse que existe vida a partir del momento en que se desarrollan las correspondientes células como consecuencia de la unión de los gametos masculino y femenino, la cuestión que se plantea a los juristas es si este hecho meramente biológico hasta este momento, tiene la trascendencia de fijar el inicio de la persona, de

acuerdo con lo que dispone el art. 29 C.c. Las opiniones de los juristas dependen, evidentemente, de su ideología; pero como debemos fijar valores objetivos, creo interesante reproducir la opinión de ZATTI³² para quien el valor discriminatorio del nacimiento a los efectos de considerar o no persona al concebido no depende tanto de criterios biológicos, sino culturales y de organización social. La solución del problema en el derecho español deriva de los argumentos utilizados por la STC 53/1985, de 11 de abril, que se pronunció sobre la constitucionalidad de la despenalización de determinados supuestos de aborto y que se ha confirmado en otras más recientes.

En la STC 53/1985, el TC se refiere a diferentes etapas biológicas del desarrollo del feto desde la concepción hasta el nacimiento.

"la vida del *nasciturus* en cuanto éste encarna un valor fundamental -la vida humana- garantizado en el art. 15 de la Constitución, constituye un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto fundamento constitucional";

esta conclusión, sin embargo, no implica que el *nasciturus* sea titular de un derecho fundamental a la vida, sino que

"la vida del *nasciturus*, de acuerdo con lo argumentado en los fundamentos jurídicos anteriores de esta sentencia es un bien jurídico constitucionalmente protegido por el art. 15 de la Constitución española", porque como había ya afirmado la propia sentencia en el FJ 5, "el sentido jurídico del debate parlamentario corrobora que el *nasciturus* está protegido por el art. 15 de la Constitución, aun cuando no permite afirmar que sea titular del derecho fundamental".

El Tribunal Constitucional Español se colocaba así en la línea que había ya marcado en 1975 la Corte constitucional austriaca y en 1975 la italiana, de manera que aun reconociéndose que el embrión es titular de un derecho inviolable a la vida considerado como un interés de la colectividad, se confronta con el derecho a la vida de la madre y por tanto, debe ser contrapesado con este último cuando se produce la situación de conflicto.

Pero esta no ha sido la única ocasión en que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre esta cuestión. En la STC 212/1996, de 19 de diciembre, sobre la constitucionalidad de determinados artículos de la ley 42/1988, de donación y utilización de embriones y fetos humanos, el Tribunal Constitucional declara que

"El artículo 15 CE en efecto reconoce como derecho fundamental el derecho de todos a la vida, derecho fundamental que, como tal y con arreglo a la STC 53/1985, son titulares los nacidos, sin que queda extender esta titularidad a los *nascituri*", añadiendo que "es de tener en cuenta, a este respecto, que, como ya se ha señalado en el caso de la vida del *nasciturus*, no nos encontramos ante el derecho fundamental mismo, sino, como veremos, ante un bien jurídico constitucionalmente protegido como parte del contenido normativo del art. 15 CE".

La STC 116/1999, sobre la constitucionalidad de la ley 35/1988 vuelve a repetir este concepto y así afirma que

"Los no nacidos no pueden considerarse en nuestro ordenamiento jurídico constitucional como titulares del derecho fundamental a la vida que garantiza el art. 15 de la Constitución, lo que sin embargo, no significa que resulten privados de toda protección constitucional [...]".

En España, por tanto, se sigue la línea del contrapeso entre un derecho fundamental existente, el de la madre y un interés jurídico protegido, el del embrión. Pero se sigue también de ahí que la dignidad debe protegerse en todos los supuestos. Por ello, reconocer la existencia de vida en la fase embrionaria, no equivale a otorgar al embrión la categoría de sujeto de derecho y, en consecuencia, el mismo estatuto del ya nacido. La cualidad de bien jurídicamente protegido que tiene la vida embrionaria permite una cierta protección en los estadios anteriores al nacimiento, pero no puede afirmarse que el embrión sea titular jurídico de un derecho fundamental, ya que sólo el hecho físico del nacimiento determina la adquisición de la personalidad y, por tanto, la titularidad de los derechos fundamentales.

En consecuencia, el punto de partida del tratamiento jurídico de la cuestión radica en la mencionada STC 35/1985, que aun reconociendo la existencia de vida biológica, establece un tratamiento distinto del embrión con relación a la persona ya nacida. Y ello aparece recogido en el tratamiento que las leyes 35/1988 y 42/1988 hacen de los tratamientos que pueden tener lugar sobre embriones vivos.

De esta manera se deducirán diversas normas, que responden al principio de tratamiento distinto antes enunciado:

i) la manipulación de un embrión vivo sólo puede tener dos finalidades: las de diagnóstico de determinadas enfermedades y las terapéuticas (arts 12.1 y 13.1 ley

³² ZATTI (1987), pp. 90-91 y (1989), p. 176.

35/1988). En cualquier caso, todo tratamiento realizado sobre embriones y sobre *nascituri* debe perseguir siempre su bienestar.

ii) El concepto de bienestar aparece ligado con la forma en que las leyes españolas tratan el problema de la intervención en embriones: no nos hallamos ante una cuestión de sanidad pública, sino que será únicamente el particular en cada caso concreto, quien podrá decidir sobre la conveniencia o no de realizar el tratamiento. Nos hallamos, por tanto, en el ámbito de la libertad individual, derecho protegido constitucionalmente (art. 17 CE).

A continuación uno puede preguntarse sobre el concepto de *bienestar*, que aparece recogido como principio de actuación en las disposiciones de las leyes 35 y 42/1988. La idea de *bienestar* constituye uno de los conceptos abiertos que utiliza el legislador para permitir al intérprete la adaptación más ágil a los criterios propiciados por la conciencia social del tiempo en que las normas hayan de ser aplicadas (art. 3.1 C.c.) y que en una materia tan cambiante como la que nos ocupa, deben ser tenidos muy en cuenta. La utilización de cláusulas de este tipo tiene ventajas, pero también tiene graves riesgos y seguramente el más importante consiste en la posibilidad de la interpretación personal, que puede dar lugar a notables desviaciones de aquello que la conciencia social considera aceptable en el campo de la investigación genética en el momento de aplicación de la norma.

Señalado este riesgo, la única posibilidad de dotar de contenido el concepto abierto de *bienestar del nasciturus* debe basarse en la protección de la vida y la dignidad humana, tal como ha sido entendida en esta fase por el Tribunal Constitucional, en la citada sentencia 53/1985. O como se afirma en la misma sentencia y se acepta en las dos posteriores que he citado antes,

“los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales y libertades públicas pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que, más allá de ello, pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamiento jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como enseguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos” (STC 212/1996).

De modo que

“la protección implica, con carácter general, para el Estado, el cumplimiento de una doble obligación: la de abstenerse de interrumpir o de obstaculizar el proceso

natural de gestación, y la de establecer un sistema legal de defensa de la vida que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como garantía última, las normas penales. Este es en consecuencia, el marco constitucional desde el que procede enjuiciar los preceptos” de la ley 35/1988, que se impugnaba (STC 116/1999).

Los medios de que goza la organización política para conseguir estas finalidades se encuentran en las normas prohibitivas de determinadas manipulaciones, que examinaremos en el siguiente apartado. Quede aquí como concepto básico la necesidad de identificar los conceptos de bienestar del *nasciturus* con el de dignidad de la persona: esta suma es de capital importancia para dilucidar si determinadas experimentaciones y /o manipulaciones puede resultar acogidas por el ordenamiento jurídico, a pesar de las posibilidades científicas.

Pero resulta evidente que la protección debe partir de unos determinados requisitos y básicamente, que el embrión esté vivo y que las actuaciones que puedan producirse tengan como finalidad el derecho a la salud, que forma parte del concepto de dignidad, puesto que es un elemento básico para propiciar el libre desarrollo de la personalidad a que se refiere el art. 10.1 CE. La vida, posible o probable, es el límite a partir del cual se permitirán o no determinadas manipulaciones.

La exigencia de *que el embrión esté vivo o que sea clínicamente viable* es el punto clave de la cuestión, porque la razón de ser de la protección es el objeto, es decir, el bien jurídico protegido *vida*, dado que nos encontramos en una de las fases del proceso descrito por el Tribunal Constitucional en la ya aludida sentencia 212/1996. Sólo la existencia de *vida* en el sentido biológico del concepto, obliga a tomar determinadas medidas que puede considerarse que forman parte del que podría calificarse como *estatuto jurídico del embrión*. Así se reconoce en la STC 212/1996, que al pronunciarse sobre el sujeto de protección bajo las disposiciones reguladoras del derecho a la vida, se pronuncia sobre el concepto de “embrión viable”, de modo que

“un presupuesto fundamental, implícito pero no por ello menos constante, cual es el carácter, cuando menos no viable de dichos embriones y fetos humanos. «Viable» es adjetivo cuyo significado el diccionario describe como «capaz de vivir». Aplicado a un embrión o feto humano, su caracterización como «no viable» hace referencia concretamente a su incapacidad para desarrollarse hasta dar lugar a un ser humano, a una «persona» en el fundamental sentido del

art. 10.1 CE. Son así, por definición, embriones o fetos humanos abortados en el sentido más profundo de la expresión, es decir, frustrados ya en lo que concierne a aquella dimensión que hace de los mismos «un bien jurídico cuya protección encuentra en dicho precepto» (el art. 15 CE) «fundamento constitucional» (STC 53/1985, FJ 5º) [...] La Ley parte por tanto, de una situación en la que, por definición, a los embriones y fetos humanos no cabe otorgarles el carácter de *nascituri* toda vez que eso es lo que se quiere decir con la expresión «no viables» que nunca van a «nacer», en el sentido de llevar una propia «vida independiente de la madre» (STC 53/1985, FJ 5º).³³

Ello obliga a *que las manipulaciones a que se someta el embrión tengan por objeto procurar su salud* y, por tanto, los arts. 12, 13 y 15 de la ley 35/1988 responden al anterior planteamiento, que será completado con el art. 16 de la misma ley, que fija las posibles técnicas utilizables.

Un ser vivo humano y el embrión lo es, está incluido en la protección constitucional a la salud que ofrece el art. 43 CE. El derecho a la salud, pues, entra dentro del complejo de situaciones jurídicas que el Estado debe garantizar al bien jurídico protegido, que en este caso es el embrión.

Por tanto, creo importante hacer notar una idea que se deriva como conclusión lógica de lo dicho hasta aquí:

No es correcto limitar el estudio de la protección frente a la biotecnología a las personas nacidas. Y tampoco lo es limitarlo a los casos en que hay vida, aunque no se ha producido el nacimiento. Utilizar la técnica de los derechos fundamentales haría que sólo los nacidos pudieran ser sujetos de la protección acordada por el ordenamiento constitucional, porque sólo ellos son titulares de los mencionados derechos fundamentales. Si se quiere ampliar el ámbito de protección, la única forma es acordar un estatuto jurídico a los no nacidos, basado no tanto en que son personas, que no lo son jurídicamente, sino en que el estado en que se encuentra el desarrollo es merecedor del respeto que está de acuerdo con la dignidad humana. Y por ello debe acordarse una protección específica, no igual, porque no puede tratarse de la misma forma situaciones distintas.

³³ Y lo mismo en la disposición final primera de la ley 45/2003, de 21 de noviembre, por la que se modifica la ley 35/1988, al regular el destino de los preembriones criopreservados, de acuerdo con la ley anterior.

III. ¿NECESIDAD DE NORMAS JURIDICAS?

11. Entramos así en la última parte de esta intervención: la persona debe ser objeto de protección en base a la técnica de los derechos fundamentales, frente a cualquier intrusión que pueda provocarle un perjuicio directo e incluso frente a aquellas técnicas que puedan considerarse provocadoras de un riesgo que la sociedad no está dispuesta a asumir, porque pueden provocar graves perjuicios.

¿Qué papel juega el derecho? ¿Debe recurrirse a la ley? ¿Son suficientes las técnicas basadas en la protección y puesta en vigencia de los derechos fundamentales?

De entrada debo decir que la discusión carece de fundamento en los sistemas continentales, en los que funciona la técnica de la legislación positiva y no se deja ningún margen al juez para crear derecho. Pienso que puede resultar interesante traducir la opinión del Juez inglés Lord Browne-Wilkinson en el caso *Bland (Airedale NHS Trust v. Bland. 1993)*

“Detrás del derecho, existen cuestiones morales, éticas y prácticas de importancia fundamental para la sociedad. El derecho que regula la finalización del apoyo artificial a la vida, si se acepta, debe reflejar la actitud moral que la sociedad acepta. Ello lleva a los jueces a considerar problemas éticos y no legales que derivan de la posibilidad de mantener artificialmente la vida, como consecuencia de las nuevas tecnologías que lo han hecho posible. Mi opinión es que dando una respuesta legal a estos problemas, los jueces se enfrentan con un dilema: la posibilidad de mantener la vida de forma artificial tiene un origen relativamente reciente. El derecho vigente no proporciona una respuesta adecuada a las cuestiones legales que de ello se derivan. ¿Pueden los jueces desarrollar una norma que regule por completo esta situación? ¿O es un tema en el que la sociedad debe adoptar, a través de las decisiones democráticas del Parlamento, soluciones legales que reflejen los problemas prácticos y morales? No existe duda que es el Parlamento y no los tribunales, quien debe decidir los amplios problemas que estos casos plantean.

Soy muy consciente que he llegado a mis conclusiones de acuerdo con una mentalidad estrecha y legalista que no proporciona bases satisfactorias para solucionar los futuros casos, especialmente cuando los hechos no sean idénticos”.

La preocupación del Juez en el caso Bland, que demuestra su alta profesionalidad, carece de fundamento en el sistema continental, bien sea porque si no hay una norma que permita directamente aceptar la petición formulada, el Juez debe limitarse a negar la petición, bien sea porque se siga la opinión de ATIENZA, ya aludida en esta intervención, de modo que las normas éticas no puede prohibir o permitir, sólo puede hacerlo el Derecho y si el derecho español fija la inviolabilidad de la vida humana, cualquier juez deberá decidir respetando este derecho, mientras no se determinen los límites que el mismo puede tener.

Esto debe llevarnos a reflexionar sobre el papel que debe cumplir el derecho en las decisiones relacionadas con los crecientes problemas que la biotecnología está planteando ya y que planteará más agudamente en el futuro.

La pregunta clave es la siguiente: ¿cómo puede un jurista que se ocupa fundamentalmente o casi exclusivamente del derecho positivo, enfrentarse con unas consecuencias jurídicas que aun no están determinadas? El Derecho, los juristas, trabajamos con un material muy concreto, la ley, el derecho positivo y, dejando aparte una serie de declaraciones internacionales a las que ya se ha aludido en este trabajo, y que aparecen incorporadas en el derecho español por medio del mecanismo de la ratificación, lo cierto es que no existe una normativa interna lo suficientemente amplia como para permitirnos el ejercicio típico del jurista: la interpretación del texto con las consecuencias correctas para su aplicación posterior. La problemática que se nos plantea y cuya respuesta se espera de nosotros tiene dos aspectos muy claros: el primero consiste en la necesidad de proponer una metodología jurídica que sea capaz de ofrecer criterios para el tratamiento de los problemas que se plantean. Fíjense que no hablo de *solucionar el problema*, sino de tener unas pautas para poder llegar a ello. El segundo aspecto es más profundo y en él no se puede hablar más que a título personal: ¿es necesario que los juristas intervengan? ¿Para qué debe servir nuestra intervención? o mejor, ¿qué se espera de nosotros? Intentaré dar una respuestas a estos dos interrogantes, advirtiendo que todo lo que yo opino está tan sujeto a revisión como lo que opina cualquier otra persona, porque no estamos haciendo un ejercicio de interpretación de una norma vigente, que es aquello para lo que estamos entrenados, sino sólo una especulación sobre unas cuestiones huérfanas de regulación.

A) ¿Cuál es el método más adecuado para el tratamiento de los problemas derivados de la Biotecnología?

12. Si examinamos las Declaraciones internacionales a que me he referido hasta este momento y las interpretaciones que sobre las mismas se han pronunciado, llegamos a una conclusión bastante aceptada: la metodología con que se afronta la solución del problema consiste en la implementación de los derechos humanos, ya sea explicitando unos derechos hasta el momento no identificados, como ocurre con el consentimiento informado, ya sea aplicando aquellos que se hallan positivizados a las situaciones que genera la Biotecnología, de tipo que sea. Ciertamente también, algunas veces se *juridifican* principios éticos y las decisiones de los Tribunales los utilizan como principios generales del derecho. Un claro ejemplo de ello se encuentra en la ampliación del concepto de *dignidad humana* en los Tribunales españoles, tal como ya se ha visto.

Pero la técnica de los Derechos Humanos, aunque en este momento sea la única de posible utilización para la solución de los conflictos que se plantean, tiene a su vez bastantes inconvenientes, que voy a tratar de explicar:

1º Ningún derecho fundamental es absoluto, sino que tiene su límite en el derecho fundamental de los otros sujetos implicados. Ello ocurre, como hemos visto, con la libertad de investigación. Pero es que además, la interpretación puede llevar a problemas dramáticos: ciertamente todos basamos nuestros razonamientos en la protección de la dignidad humana, pero ¿la misma dignidad puede llevar a permitir que se mantengan enfermedades que eliminan esta dignidad? Y por ello, ¿qué debemos hacer cuando identificamos una de estas enfermedades? La despenalización de determinados supuestos de aborto, concretamente en el caso de que existan graves malformaciones del feto, nos puede permitir llegar a una respuesta aceptable: es la misma protección de la dignidad humana la que permite este tipo de intervención. Pero el interrogante sigue abierto, porque el feto no es persona titular de derechos fundamentales y, por tanto la solución que he apuntado sólo sirve parcialmente, ya que entonces, ¿por qué no la eutanasia activa? Dejo a cada uno con su respuesta.

2º La libertad de investigación, como ya se ha visto, es un derecho fundamental. Pero no es absoluto. Tiene sus límites en los otros derechos fundamentales reconocidos en el ordenamiento constitucional. Y si lo enfrentamos con la dignidad humana, surgen preguntas de difícil respuesta: ¿es digno crear un bebé para salvar a su hermano con las células del cordón umbilical? Porque hay que tener

en cuenta que el nuevo nacido no es un objeto, es una persona como el otro hermano.

3° Los mismos derechos fundamentales no tienen estabilidad. Actualmente se están deduciendo de los derechos reconocidos otros derechos que tanto pueden ser considerados como autónomos y, por ello, con características propias e independientes del derecho de donde han surgido, como puede tratarse de definiciones del núcleo del fundamental implicado, de modo que no se trate de un derecho *nuevo*, sino de una nueva definición de su contenido³⁴. Aunque en la actualidad se habla del papel dinámico de los derechos humanos y se considera que “en relación con las Ciencias Biomédicas se verían afectadas varias generaciones de derechos humanos e, incluso, estarían dando lugar al nacimiento de una nueva generación”³⁵, esta misma inestabilidad provoca la consiguiente inseguridad. Pongamos un ejemplo: como ya hemos visto, la Carta europea incluye el principio del consentimiento informado como derivado de la dignidad humana y como derecho relacionado con la autonomía del individuo (léase, libertad). ¿Es este un derecho fundamental, o es una concreción del propio derecho a la libertad? Porque si vamos haciendo una lista de derechos, corremos el riesgo de dejarnos uno. O de que surja la pregunta que los técnicos más temen: ¿qué hacemos en el caso de que el problema no esté previsto porque aun nadie haya *identificado* el derecho fundamental correspondiente?

4° Los individuos son los titulares de los derechos fundamentales. La metodología que se está utilizando nos sirve, pues, en los casos en que la persona esté implicada individualmente en un problema biotecnológico: reproducción asistida, inseminación *post mortem*, etc. Pero en muchos casos, la cuestión de las aplicaciones de técnicas de Biotecnología se convierte en un problema colectivo, de masa, en el que todos están afectados. Piénsese en el caso de los transgénicos o de enfermedades provocadas por el mal uso de técnicas de biotecnología como el supuesto de las *vacas locas*. ¿Cuáles son en este caso los derechos humanos en el conflicto concreto?

5° Finalmente, en algunas decisiones resulta muy difícil identificar los derechos humanos implicados. Por ejemplo, la prohibición de clonación humana reproductiva, o la prohibición de comerciar con el propio cuerpo se hacen derivar de la protección de la dignidad humana. Pero se trata de una prohibición general, que no puede

encontrar ningún derecho humano individual implicado, porque si llegara a nacer un ser humano como consecuencia de una clonación, sería persona desde el punto de vista jurídico desde su nacimiento, con independencia de la legalidad del proceso que provocara su nacimiento. Y desde aquel momento sería titular de los derechos fundamentales. ¿Podría interponer acciones de protección? ¿Frente a quién y por qué?³⁶

La conclusión a la que llego es que cuando utilizamos la técnica de los derechos humanos, no lo hacemos para solucionar un conflicto entre personas o entre estas personas y la Administración. Este es el campo normal del derecho y aquí no se cumplen estas premisas, porque el conflicto que implica a un derecho fundamental se plantea con relación a pre-concepciones filosóficas, sociales, religiosas, etc. que han venido informando las decisiones del poder legislativo y la solución de conflictos por el poder judicial, cuando este conflicto se ha planteado en los tribunales.

B) ¿Es necesaria la intervención del Derecho?

13. Lo anterior dejaba en el aire una pregunta implícita: ¿la Bioética genera un nuevo concepto de Derecho? La respuesta quizá es sí. Veamos.

En el siglo XIX las leyes tuvieron como objetivo la efectividad de unos derechos que preocupaban a filósofos de variada ideología: así, la implementación de los principios de igualdad y libertad o la posibilidad de acceder a los procesos en condiciones de igualdad. En definitiva, el concepto mismo de persona. El siglo XIX, a partir del Code de Napoleón en 1804, va a tener como objetivo central crear un concepto jurídico nuevo, la persona, a la que se va a dotar jurídicamente de una serie de mecanismos para su propia defensa. El final del siglo XX abre unas perspectivas distintas, porque reconocido que la persona es el centro del ordenamiento jurídico y la razón fundamental de su existencia, la pregunta que todos se hacen a continuación es cómo resolver aquellos conflictos que la afectan y que giran en torno a la supervivencia misma de la raza humana en su concepción actual, es decir, desde un punto de vista que podríamos definir como *estático*, sin tener en cuenta que los propios humanos se han encargado de transformar la naturaleza desde el inicio de los tiempos³⁷. Las reclamaciones sobre medio ambiente y ahora en materia de Biotecnología así lo demuestran.

³⁴ Véase lo que ocurre, por ejemplo, con la libertad de procreación. ROMEO CASABONA (2002), p. 21.

³⁵ ROMEO CASABONA (2002), p. 13.

³⁶ Una breve reflexión sobre este problema en ROCA TRIAS (1999), pp. 50-52

³⁷ Así opina, con buen criterio, VALLS PLANA (2003), p. 129

CONCLUSIÓN.

¿Hasta qué punto el legislador, que crea derecho y es el único que democráticamente está habilitado para ello, puede intervenir en temas de Biotecnología? La respuesta parece clara: en tanto que esta actividad humana lesione derechos fundamentales de los individuos. Por ello debe afirmarse que en un sistema como el continental la única garantía del ciudadano es que exista una normativa lo suficientemente amplia, que no detallada, que aplicando y desarrollando las disposiciones constitucionales reconocedoras de los derechos fundamentales, le proporcione los mecanismos de protección frente a las actitudes extralimitadas. Pero hay que reconocer que la materia que debería ser objeto de regulación es muy lábil y muy compleja y que las razones de las normas finalmente, no dejan de ser morales, con los problemas que ello plantea, debido a los condicionamientos religiosos que, lo queramos o no, están presentes en la creación de estas reglas.

Por tanto, los argumentos fundamentales de la Bioética son extrajurídicos. Y no son jurídicos porque: i) no hay leyes; ii) porque la ley no puede construir una ética de las conductas científicas, y iii) porque la ley tiene como finalidad esencial dar criterios para la solución de conflictos y aquí se trata fundamentalmente de identificar derechos.

Pero a la vez, repito que existe una cierta tendencia a utilizar valores éticos como si fueran principios generales del derecho y que, por ello mismo, acaban siéndolo.

Llegados a este punto, sólo pueden existir dos tipos de conclusiones: una es muy pesimista: el derecho es incapaz de resolver el problema; las normas jurídicas, por su lentitud y por su rigidez y falta de capacidad de adaptación rápida a las cambiantes circunstancias, no pueden ser el medio apto para resolver el tema. Debemos caer entonces en manos de moralistas y éticos, individuales o en comisiones *ad hoc*, que irán abriendo camino en los casos difíciles. Mal panorama.

La otra conclusión no es mucho más optimista, pero ofrece un camino posible: la forma de protección de los derechos fundamentales de los individuos sólo puede ser efectiva por medio de normas jurídicas. Puedo admitir la crítica que hace CAYLA³⁸ a la lentitud de las soluciones jurídicas; puedo admitir también que esta lentitud provoca el crecimiento de los intereses del mercado, pero considero que como mínimo, en España, ninguna comisión de bioética, ni ningún sistema de normas deontológicas puede tener la potencia suficiente para evitar que puedan aplicarse jurídicamente los derechos fundamentales. Estos no sólo son un tema judicial: deben aplicarse en todas y cada una de las situaciones en las que los individuos puedan encontrarse; será judicial la reclamación que se haga cuando no se hayan respetado. Por ello pienso que la sociedad dispone de un arsenal de dispositivos, que pasan por las regulaciones legales, bajo la forma del derecho penal, de las autorizaciones administrativas y de las sanciones en los casos de incumplimiento, que van a proporcionar el marco legal de la protección de los derechos de las personas. Pero estos árboles no pueden hacernos perder de vista el bosque donde se encuentran: la titularidad de los derechos fundamentales, que son los que permiten la protección de la persona.

Por mucho que cueste identificarlos.

³⁸ CAYLA (1991), P.

BIBLIOGRAFIA

Esta intervención es tributaria de la lectura de los siguientes trabajos, algunos de los cuales se citan en el texto.

ATIENZA, M.(1994). "Diez errores frecuentes sobre la ética" en *El Derecho ante el Proyecto Genoma Humano*. Vol I. Fundación BBV. Bilbao, p. 223

BARILE, P. (1984). *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*. Il Mulino. Bologna.

BRAZIER, M. (1992) *Medicine, Patients and the Law*. 2n ed. Penguin Books, BRODY,E. (1993). *Biomedical Technology and Human Rights*. UNESCO.

BROMLEY. *Bromley's Family Law*. 8 ed. Butterworths, 1992

CASADO, M. (1998). « Los derechos humanos como marco para el derecho y la bioética ». Romeo Casabona, coord. *Derecho biomédico y Bioética*. Editorial Comares. Granada, pp. 113-135.

CAYLA. (1991). "Ouverture: Boéthique ou biodroit?". *Droits. Revue française de théorie juridique*. Nº 13, p.3.

CHIEFFI, L.(1993). *Ricerca scientifica e tutela della persona. Bioetica e garanzie costituzionali*. Edizione Scientifiche italiane. Napoli.

DIEZ PICAZO-GULLON BALLESTEROS (2003). *Sistema de Derecho civil*. I. 11ª edición. Editorial Tecnos. Madrid.

DWORKIN,R. (1991). *The Law's Empire*. Fontana Press, Londres.

THE ECONOMIST. " A survey of Biotechnology and Genetics". February 25th-March 3rd 1995.

HERNANDEZ PLASENCIA (2001). « Bases de la Declaración universal sobre el Genoma humano y los Derechos humanos ». en Romeo Casabona, Dir. *Genética y Derecho*. Consejo General del Poder judicial. Madrid, pp. 105-132.

KENNEDY,I- GRUBB, A.(1994). *Medical Law. Text with cases and materials*. 2n. ed. Butterwoths, Londres.

MANTOVANI.(1994). "Manipulaciones genéticas, bienes jurídicos amenazados, sistemas de control y técnicas de tutela". *Revista de Derecho y Genoma humano*. núm 1. Julio-Dic 1994, p. 93

MONTUSCHI, L. (1976). Comentario al art. 32 de la Const italiana en *Commentario della Costituzione a cura di G. Branca. Arts 29-30. Rapporti etico-sociali*. Zanichelli editore Bologna. Il Foro italiano. Roma, p. 146.

PERLINGIERI, P.(1982) "Il diritto alla salute quale diritto della personalità". *Rassegna di diritto civile*, pp. 1020-1050

ROCA TRIAS,E. "El Derecho perplejo: los misterios de los embriones". *Revista de Derecho y Genoma* cit. p. 121

ROCA TRIAS (1999). "Responses to human cloning, aspects of Private Law". Egozcue-Shenfield, edits. *Responses to Human Cloning*. Jornades científiques de l'Institut d'Estudis Catalans. Barcelona, pp.41-55.

ROMEO CASABONA,C. (1998). "La relación entre la bioética y el Derecho". Romeo Casabona, coord.. *Derecho biomédico y Bioética*. Editorial Comares. Granada, pp. 151-164.

ROMEO CASABONA (2001). "Protección jurídica del genoma humano en el Derecho internacional: el Convenio europeo sobre Derechos humanos y Biomedicina". N Romeo Casabona, Dir. *Genética y Derecho*. Consejo General del Poder judicial. Madrid, pp. 297-328.

ROMEO CASABONA, C. (2002). Los genes y sus leyes. El derecho ante el genoma humano. Bilbao-Granada, 2002.

VALLS PLANA,R. (2003). Ética para la Bioética y a ratos para la política. Gedisa, Barcelona.

ZATTI, p (1987). "Inseminazione omologa ed eterologa. Fecondazione e trattamento di gameti ed embrión". En Procreazione artificiale e interventi nella genetica umana. Tai dil Convengo di Verona 2-3-4 e 25 ottobre 1986. Padova. Cedam, pp.67-103.

ZATTI, P."«Natura» e «cultura» nella procreazione artificiale". en La procreazione artificiale tra etica e diritto a cura di G. Ferrando. Cedam Padova, 1989, p. 176-181.

ORDENACIÓN DE LAS PROFESIONES SANITARIAS

D^a Mercedes Hernández Soriano

En la actualidad existe un Proyecto de Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias que ha pasado el trámite del Congreso de los Diputados y actualmente se encuentra en el Senado para la aprobación de las enmiendas presentadas.

Como establece la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley, la primera regulación de las profesiones sanitarias en España se remonta a mediados del Siglo XIX, en concreto el Reglamento para la Subdelegaciones de Sanidad Interior del Reino (24-7-1848), establece que estaban comprendidos dentro del ramo de la Sanidad las profesiones de Medicina, Farmacia y Veterinaria.

La ley de 28 de Noviembre de 1855, sobre el Servicio General de Sanidad, se instituyen los Jurados Médicos Provinciales de Calificación para prevenir, amonestar y calificar las faltas que cometieran estos profesionales en el ejercicio de sus facultades. Esta Ley y la Instrucción General de 12 de enero de 1904 establecen un “registro de profesionales” a cargo de los Subdelegados de Sanidad.

La Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25 de Noviembre de 1944 dedica únicamente la Base 12 a la organización profesional de médicos, practicantes y odontólogos con la única previsión de la existencia de Corporaciones Profesionales.

La Ley 14/1986 de 25 de Abril, General de Sanidad solo se refiere a ejercicio libre de las profesiones sanitarias, sin afrontar su regulación, aunque prevé, como competencia del Estado, la homologación de programas de formación postgraduada, perfeccionamiento y especialización del personal sanitario, así como la homologación general de los puestos de trabajo de los Servicios sanitarios.

Con todo esto se pone de manifiesto el vacío legal que hace necesario y aconseja el tratamiento legislativo específico y diferenciado de las profesiones sanitarias cuanto más si tenemos en cuenta que lo que se desarrolla en la actividad de los profesionales sanitarios es el derecho a la vida, el derecho a la protección de la salud, etc.

Por otra parte la normativa de las Comunidades Europeas centrada en las Directivas sobre reconocimiento recíproco entre los Estados miembros de diplomas, certificados y otros títulos relativos al ejercicio de las profesiones sanitarias, subordinan el acceso de actividades sanitarias a la posesión de dichos Títulos que deben estar incluidos en nuestro derecho interno, a través de una norma con rango de ley.

Todo esto pone de manifiesto que era necesario la regulación de las condiciones de ejercicio y los respectivos ámbitos profesionales, y las medidas que garanticen la formación básica, práctica y clínica de los profesionales. En definitiva, lo que se pretenden con la ley de ordenación de las profesiones sanitarias es dotar al sistema sanitario de un marco legal, que contemple los diferentes instrumentos y recursos que hagan posible la mayor integración de los profesionales en el servicio sanitario tanto en el ámbito público como en el privado, para así lograr una mejora de la calidad de la atención sanitaria y garantizar que los profesionales sanitarios cumplan con los niveles de competencia necesarios para hacer efectivo el derecho a la protección de la salud mandato que recoge el Art. 43 de nuestra Constitución.

El Proyecto de Ley reconoce como profesiones sanitarias aquellas que la normativa universitaria reconoce como titulaciones del ámbito de la salud y que en la actualidad gozan de una organización colegial reconocida por los poderes públicos.

Además lo que pretende no es determinar las competencias de las profesiones sanitarias de una forma cerrada y concreta sino que establece la existencia de pactos entre profesiones fundamentalmente debido a que en la actualidad existen organizaciones multidisciplinarias que deben evolucionar de forma no conflictiva.

Según la ley son profesiones sanitarias tituladas y reguladas aquellas cuya formación pregraduada o especializada se dirige específica y fundamentalmente a dotar a los interesados de los conocimientos, habilidades y actitudes

propias de la atención de salud, y que están organizadas en Colegios Profesionales oficialmente reconocidos por los poderes públicos.

Las profesiones sanitarias tituladas se estructuran en dos grupos: Nivel Licenciado y Nivel Diplomado:

- Licenciados en: Medicina, Farmacia, Odontología, Veterinaria y Ciencias de la Salud.
- Diplomados en: Enfermería, Fisioterapia, Terapia Ocupacional, Podología, Óptica y Optometría, Logopedia, Nutrición humana y Dietética.

Cuando por motivos de actividad, de mejora en la eficacia de los servicios sanitarios, o para adecuar la estructura preventiva o asistencial al progreso científico o tecnológico se hace necesario la creación de una nueva profesión sanitaria, podrán declarar como profesiones sanitarias otras no reguladas en la ley, mediante una norma con rango de ley.

Profesiones del área sanitaria de formación profesional:

- De grado superior: Técnico superior en Anatomía Patológica y Citología, Dietética, Documentación sanitaria, Higiene Bucodental, Imagen para el Diagnóstico, Laboratorio de diagnóstico Clínico, Ortoprotésico, Prótesis Dentales, Radioterapia, Salud Ambiental y Audioprotésis.
- De grado medio: Técnico en cuidados Auxiliares de enfermería y Farmacia

El ejercicio de una profesión sanitaria, por cuenta propia o ajena, requerirá la posesión del correspondiente título oficial que habilite expresamente para ello. Las funciones que puedan desarrollar estas profesiones son: asistencial, investigadores, docente, gestión clínica, prevención información y educación sanitaria. Deberán desarrollar a lo largo de su vida profesional una formación continuada y acreditar regularmente su competencia profesional.

El ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica y con las solas limitaciones que establezcan las leyes y los principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico y de acuerdo con los siguientes principios:

- Formalización escrita de su trabajo reflejado en la historia clínica que deberá ser común para cada centro y única para cada paciente atendido en el mismo.

Puede ser compartida entre profesionales, centros y niveles asistenciales.

- Unificación de los criterios de actuación basados en las evidencias científicas y soportadas en protocolos de práctica clínica y asistencial. Serán orientativos y actualizados.
- Deberán existir en los Servicios normas de funcionamiento interno escritas donde se definan los objetivos y funciones generales y específicas.

También regula la ley la relación entre los profesionales sanitarios y las personas atendidas por ellos, en la misma línea que los derechos de los pacientes que recoge la Ley de Sanidad en sus artículos.....

Incluye además la existencia de Registros públicos de profesionales que serán accesibles a la población y estarán a disposición de las Administraciones Sanitarias y serán establecidos por los Colegios Profesionales, Consejos autonómicos y Consejos Generales. Respetarán los principios de confidencialidad de los datos personales pero deberán permitir conocer el nombre, titulación, especialidad, lugar de ejercicio y otros datos que se establezcan como públicos.

Los criterios generales y requisitos mínimos de estos Registros serán establecidos por las Administraciones Sanitarias dentro de los principios generales que determine el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

Funciones de los profesionales Sanitarios:

Licenciados: Prestación personal directa que sea necesaria en las diferentes fases del proceso de atención integral de la salud y en su caso la dirección y evaluación del desarrollo global de dicho proceso, sin menoscabo de la competencia, responsabilidad y autonomía propias de los distintos profesionales que intervienen en el mismo.

- Médicos: Promoción y mantenimiento de la salud, prevención, diagnóstico terapéutico y rehabilitación de los pacientes y enjuiciamiento y pronóstico de los procesos.
- Farmacéuticos: Producción, conservación y dispensación de los medicamentos y la colaboración en los procesos analíticos, farmacoterapéuticos y de vigilancia de la salud pública

- Dentistas: Promoción de la salud bucodental, prevención, diagnóstico y tratamiento de las anomalías y enfermedades de las estructuras dentales.
- Veterinarios: Control de la higiene y la tecnología en la producción y elaboración de los alimentos de origen animal, prevención y lucha en las enfermedades animales, particularmente la zoonosis y desarrollo de técnicas para evitar los riesgos que puedan tener en el hombre.
- También entran aquí: Psicólogos, Químicos, Biólogos o Bioquímicos.

Diplomados Sanitarios: Prestación personal de cuidados o servicios propios de su competencia profesional en las distintas fases del proceso de atención a la salud.

- Enfermeros: Dirección, evaluación y prestación de los cuidados de enfermería orientados a la promoción, mantenimiento y recuperación de la salud y prevención de enfermedades y discapacidades.
- Fisioterapeutas: Prestación de los cuidados propios de su disciplina a través de tratamientos con medios y agentes físicos, dirigidos a la recuperación y rehabilitación de personas con disfunciones o discapacidades somáticas y la prevención de los mismos.
- Terapeutas Ocupacionales: Aplicación de técnicas y realización de actividades de carácter ocupacional para potenciar o suplir funciones físicas o psíquicas disminuidas o perdidas y orientar y estimular el desarrollo de tales funciones.
- Podólogos: Diagnóstico y tratamiento de las afecciones y deformidades de los pies.
- Ópticos-Optometristas: Detección de los defectos de la retracción ocular, a través de su medida instrumental, utilización de técnicas de reeducación, prevención e higiene visual y adaptación, verificación y control de las ayudas ópticas.
- Logopedas: Actividades de prevención, evaluación y recuperación de los tras-

tornos de la audición, la fonación y el lenguaje.

- Dietistas-Nutricionistas: Actividades orientadas a la alimentación de las personas adecuadas a las necesidades fisiológicas o patológicas de acuerdo con los principios de prevención y salud pública.

Ejercicio profesional en las organizaciones sanitarias: Se regirá por las normas reguladoras del vínculo entre los profesionales y la organización, por los preceptos de esta ley y las demás normas legales que sean aplicables.

Los centros sanitarios revisarán como mínimo cada tres años que los profesionales sanitarios de su plantilla cumplen los requisitos necesarios para ejercer su profesión en orden a determinar la continuidad de la habilitación para seguir prestando servicios de atención al paciente.

Los Centros dispondrán de un expediente personal de cada profesional en el que se conservarán su documentación y al que el interesado tendrá derecho de acceso.

Para hacer posible la elección de médico los Centros Sanitarios dispondrán de un registro de su personal médico, del cual se pondrá en conocimiento en los usuarios el nombre, titulación, especialidad, categorías y función de los profesionales.

Cooperación multidisciplinar hace necesario la existencia de equipos de profesionales considerados como la unidad básica en la que se estructuran de forma unitaria o multiprofesional e interdisciplinar los profesionales y demás personas de las organizaciones asistenciales para realizar efectivamente y eficientemente los servicios que les son requeridos.

Las Administraciones Públicas establecerán los medios y sistemas de acceso a las funciones de gestión y dirección clínicas a través de los procedimientos en los que participaran los propios profesionales.

Tienen la consideración de funciones de gestión y dirección clínicas las relativas a la jefatura o coordinación de unidades y equipos sanitarios y asistenciales, las de tutorías y organización de formación especializada, continuada y de investigación y la participación en comités internos de los centros sanitarios dirigidos a asegurar la calidad, seguridad y ética asistencial, la continuada y coordinación entre niveles o el acogimiento, cuidados y bienestar de los pacientes.

El ejercicio de funciones de gestión y dirección clínicas estará sometido a la evaluación del desempeño y los resultados.

Las Administraciones Sanitarias establecerán los requisitos y procedimientos para la selección, nombramiento o contratación del personal de dirección. Establecerán mecanismo de evaluación del desempeño que se efectuara con carácter periódico.

Las Administraciones Sanitarias promoverán actividades de docencia e investigación en todos los centros sanitarios como elemento esencial para el progreso del sistema sanitario y de sus profesionales.

Podrán formalizarse convenios y concierto con el Instituto de Salud Carlos III con otros centros de investigación públicos o privados y con otras instituciones que tengan interés en la investigación sanitaria. También podrán llevar a cabo conciertos con las universidades para asegurar la docencia práctica de las enseñanzas sanitarias. Los centros sanitarios acreditados para la formación especializada deberán contar con una Comisión de Docencia y Jefes de estudios, coordinadores docentes y tutores de la formación que resulten adecuados en función de las actividades a desarrollar.

CARRERA PROFESIONAL

D. José Narváez Vila

I. INTRODUCCIÓN

- Partimos de una situación en España en la que los sistemas de Carrera Profesional de algunas comunidades autónomas se encuentran sólo diseñados, pero no suficientemente evaluados.
- Por otro lado nos encontramos con la necesidad de su implantación, como un mecanismo de mejora del reconocimiento y de la motivación de los profesionales que demuestran un mejor desempeño.
- Constituye una de las herramientas más importantes para mejorar nuestro Sistema Sanitario.
- El diseño y desarrollo de la Carrera Profesional será, probablemente, una de las decisiones estratégicas de mayor relevancia en los próximos años.
- Desde el punto de vista del Derecho Positivo se ha empezado a legislar sobre esta materia en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en el Proyecto de Ley de Estatuto Marco y especialmente en el Proyecto de Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que delimitan la legislación básica que debe ser desarrollada por las Comunidades Autónomas.

II. RÉGIMEN LEGAL:

*** Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud (B.O.E nº 128 de 29 de mayo): Artículos 40 y 41.**

- Contempla la carrera profesional como uno de los factores del desarrollo profesional junto con la formación continuada y la evaluación de competencias.
- Define la carrera profesional como el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia en las tareas asistenciales, investigación y

cumplimiento de los objetivos de la organización en la cual prestan los servicios.

- Se remite al Estatuto Marco en cuanto a la normativa básica aplicable.

*** Proyecto de Ley de Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud: Artículo 40.**

- Reconoce el derecho a la carrera profesional a todo el personal estatutario de los Servicios de Salud.
- La Competencia previa negociación con los Sindicatos, es de las Comunidades Autónomas.
- La Comisión de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud establecerá los criterios de homologación de la carrera profesional con el fin de garantizar el reconocimiento mutuo de los grados, sus efectos profesionales y la libre circulación.

*** Proyecto de Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias: Artículos 38, 39, 40, Disposición Adicional IV y Disposición Transitoria II.**

- Se regula la carrera profesional de los profesionales sanitarios:
 - Artículo 6: Médicos, Farmacéuticos, Dentistas, Veterinarios, Psicólogos, Químicos, Biólogos, Bioquímicos u otros Licenciados Sanitarios.
 - Artículo 7. Diplomados Sanitarios: Enfermeros, Fisioterapeutas, Terapeutas Ocupacionales, Podólogos, Ópticos, Optometristas, Logopedas y Dietistas-Nutricionistas.
- El reconocimiento del desarrollo profesional será público.
- El sistema es voluntario.

- La competencia es de las Comunidades Autónomas dentro de los principios generales de la Ley:
 - Cuatro grados, con posibilidad de establecer un grado inicial previo.
 - La obtención del primer grado y el acceso a los superiores requerirá la evaluación favorable de los méritos y el resultado de la actividad asistencial.
 - Para obtener el primer grado hay que acreditar 5 años de ejercicio profesional.
 - La evaluación para el grado superior puede hacerse trascurridos 6 años desde la permanencia en un grado inferior.
 - En caso de evaluación negativa se puede solicitar una nueva evaluación a los 2 años.
 - La evaluación la hace un Comité específico creado en cada Centro.
 - La mayoría del Comité serán de la misma profesión sanitaria del evaluado así como evaluadores externos.
- Dentro de cada Servicio de Salud, estos criterios generales se acomodarán y adaptarán a las condiciones y características organizativas, sanitarias y asistenciales del Servicio de Salud.
- La carrera profesional de los centros sanitarios privados será supervisada en su implantación y desarrollo por la Administración Sanitaria.
- Los profesionales sanitarios que desarrollen su actividad exclusivamente a través del ejercicio profesional por cuenta propia, pueden acceder en la carrera profesional en la forma que se determine por la correspondiente Administración Sanitaria.
- El Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud establecerá los criterios generales para la homologación de la carrera profesional en todo el Sistema Nacional de Salud especialmente en lo relativo a la denominación de los grados, a la valoración de los méritos y la composición de los Comités de Evaluación.

- Los efectos sobre la estructura y la cuantía de las retribuciones se negociarán con las Organizaciones Sindicales.
- El criterio general de aplicación del sistema es que en el plazo de 4 años a partir de la entrada en vigor de la ley deberán haberse iniciado los procedimientos para su implantación en todas las profesiones sanitarias previstas.

III. DECISIONES A TOMAR POR LOS SERVICIOS DE SALUD PREVIA NEGOCIACION CON LOS SINDICATOS:

- Posible diferenciación entre las carreras profesionales de Primaria, Especializada y Urgencias (Baremos, Evaluación, Retribución).
- Confluencia con los sistemas jerárquicos: exigencia o no de un grado para acceder a determinados puestos.
- Composición de las Comisiones de Evaluación por Centros.
- Creación o no de un grado previo al inicial.
- Establecimiento de Numerus Clausus especialmente en el período de implantación.
- Definición de las actividades asociadas a niveles: Asistencial, Docente, Investigadora, Formación, Motivación.
- Ponderación entre los distintos méritos en la promoción de niveles y evaluación.
- Establecimiento de incentivos no económicos: Año sabático, Asistencia a Congresos, Liberación de guardias, Actividad docente universitaria.
- Establecimiento de incentivos económicos: sistema retributivo.
- Exclusividad y prolongación de jornada, en su caso.
- Régimen sancionador: Posibilidad de descenso de nivel.
- Implantación: Periodo transitorio.

MODELOS RETRIBUTIVOS AUTONÓMICOS

D^a Alicia Cavero Combarros

1.- POLITICA Y SISTEMA RETRIBUTIVO.

Una política retributiva se puede definir como el conjunto de los principios y directrices de una organización que reflejan sus valores y cultura y que sirve para gestionar las materias relacionadas con la remuneración de su personal.

Por ello, la política retributiva se enmarca, sin ningún tipo de dudas, dentro de la política de personal de cualquier organización y, cómo no, dentro de la política de personal del Sistema Nacional de Salud. En este sentido se trata de una herramienta de la Dirección para mejorar la motivación y el rendimiento, buscando más que soluciones singulares, enfoques de conjunto de la propia organización, en los que se consiga un equilibrio entre los intereses del sistema y los de los trabajadores.

La mejor política retributiva será en consecuencia, aquella que mejor se adapte al planteamiento estratégico de la organización y, sobre todo, aquella que logre la gestión de la motivación y el rendimiento de los recursos humanos dirigidos a la consecución de objetivos.

En la actualidad el sistema retributivo del Sistema Nacional de Salud se sustenta en diversas normas de carácter administrativo que sigue la estela de las bases del régimen de retribuciones que se recogen en la ley 30/84 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, que se configuran como normas básicas.

Además y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 84.2 de la Ley 14/86, de 25 de abril General de Sanidad, el Estatuto Marco que se elaborará y aprobará para el personal de las Instituciones Sanitarias Públicas del Sistema Nacional de Salud, contendrá la normativa básica aplicable en diversas materias, entre ellas la correspondiente al sistema retributivo.

El Real Decreto Ley 3/87 de 11 de setiembre sobre retribuciones del personal estatutario del INSALUD, anticipó el nuevo régimen retributivo del personal sin perjuicio de que dicho régimen se recoja en el futuro

estatuto-Marco, de acuerdo con las bases establecidas en la ley 30/84. Esta figura normativa de carácter excepcional es desde entonces el principal referente de retributivo de los distintos servicios de salud que ha hecho posible avanzar en la modernización del sistema retributivo.

El 1 de enero de 2002 se transfieren las competencias en materia de Sanidad a 10 Comunidades Autónomas que aún no las tenían asumidas; con ello se abre una etapa en el ámbito del régimen laboral del personal y muy especialmente en el sistema retributivo. Actualmente los distintos servicios de Salud de estas 10 Comunidades Autónomas han cerrado mediante distintos acuerdos, un proceso negociación llamado de “homologación salarial”, que ha supuesto importantes mejoras retributivas para los profesionales de cada uno de ellos en los próximos años. Pero por otra parte, se está tramitando el anteproyecto de ley de Estatuto Marco y en su capítulo IX determina la estructura básica del futuro modelo retributivo del Sistema.

2- DESCRIPCION DE LOS MODELOS RETRIBUTIVOS AUTONOMICOS

Todas las CC. AA. a excepción de Navarra, que es una Comunidad Foral y en consecuencia con competencias propias sobre el régimen jurídico de sus funcionarios, tienen como base normativa el RD ley 3/87, sin embargo su desarrollo ha determinado hasta el momento diferencias retributivas.

El Servicio Andaluz de Salud:

- Ha sustituido el complemento de productividad fija aplicado por el INSALUD, al igual que el Servicio Valenciano de Salud, por el complemento específico denominado FRP, que retribuye la peligrosidad, la preparación técnica y la penosidad. El complemento específico tiene carácter voluntario para el facultativo y su percepción implica la dedicación exclusiva al sector.

- En cuanto a la atención continuada para el personal facultativo a partir de la sexta guardia realizada se incrementa su valor, dado que implica una mayor penosidad.
- Distintos acuerdos retributivos han permitido mejorar las retribuciones de sus profesionales, cabe destacar la implantación de la jornada de 35 horas y la regulación de los festivos especiales.

El Servicio Canario de Salud:

Su personal venía percibiendo las mismas retribuciones y con las mismas cuantías que el personal del INSALUD hasta la armonización retributiva de dicho personal con los funcionarios públicos de la CC. AA. Ello ha supuesto un importante incremento retributivo.

El Instituto Catalán de la Salud:

Se recogen además de los conceptos retributivos recogidos en el RD-Ley 3/87, otros conceptos implantados por el I. C. S., como el complemento de jornada completa que comporta la prestación de servicios en régimen de jornada de mañana y tarde.

El I. C. S. ha firmado un Acuerdo el 15 de mayo de 2003, en Mesa Sectorial sobre condiciones de Trabajo para el personal de las Instituciones Sanitarias en el que se define un nuevo modelo retributivo introduciendo además otras medidas para potenciar el desarrollo, la incentivación y promoción profesional.

La implantación del nuevo modelo retributivo del I. C. S., introduce como elementos innovadores: la carrera profesional, la valoración en la consecución de objetivos previamente fijados, el complemento de docencia, la polivalencia y la extensión del complemento específico a diversos grupos profesionales

El Servicio Gallego de Salud:

Mediante un acuerdo con las Centrales Sindicales se suscribe una mejora retributiva, desdoblándose el complemento específico en dos modalidades:

- Una de dedicación exclusiva.
- Otra denominada PRD, de aplicación a todas las categorías de personal, que retribuye la peligrosidad, penosidad, especial dedica-

ción o dificultad técnica y las condiciones de cada puesto de trabajo. Este complemento no supuso la desaparición del complemento de productividad fija como en Valencia o en Andalucía.

La Comunidad Foral de Navarra:

Al ser una Comunidad Foral, puede regular el régimen jurídico de sus funcionarios y, por tanto el del personal de los centros sanitarios, al estar dotados éstos de dicha cualificación mediante ley.

- Como consecuencia tanto el sueldo como los trienios son superiores al del resto de Comunidades.
- El complemento de destino y el específico presentan características propias.
- Todas las categorías tienen asignado reglamentariamente complemento específico, siendo éste un porcentaje del sueldo inicial. Si voluntariamente se opta por la exclusividad se incrementa el porcentaje de sueldo inicial que corresponde como complemento específico.

El Servicio Vasco de Salud:

- Recoge en sus conceptos retributivos los regulados por el RD- ley 3/87 y los aprobados a través de los acuerdos de regulación de condiciones de trabajo, como son el complemento de hospitalización (aplicable a colectivos clínicos que desarrollan su actividad a través de las áreas de hospitalización...)
- El complemento específico es de carácter voluntario e implica incompatibilidad.
- El complemento de productividad se ha regulado mediante el Decreto 206/92 estableciendo dos tipos de programas: uno de concertación interna o con recursos propios para la realización de procesos asistenciales fuera del horario ordinario con el fin de paliar las listas de espera, y un programa de autogestión o gestión participativa por objetivos.

El Servicio Valenciano de Salud:

- Ha sustituido el complemento de productividad fija por un complemento específico - A- de carácter generalizado. No supone dedicación exclusiva.
- Complemento específico por incompatibilidad, modalidad B, que implica disponibilidad horaria.
- Complemento específico modalidad C, que no supone incompatibilidad pero sí el compromiso de trabajar al menos seis tardes al mes.

3.- ACUERDOS RETRIBUTIVOS POSTRANSFERENCIALES EN LAS DISTINTAS CC. AA.

En lo que respecta al modelo retributivo en las Comunidades Autónomas transferidas en el año 2002, el principal acuerdo ha sido el incremento de los salarios para homologarlos a los distintos grupos de funcionarios locales, esto se ha hecho a través del Complemento de productividad fija y no se ha pedido nada a cambio.

La homogeneidad salarial no es estrictamente necesaria para garantizar la equidad del sistema en las prestaciones sanitarias, si bien es un elemento de cohesión a medio y largo plazo.

Su logro evitaría tensiones en la política retributiva de cada servicio de salud y disminuirá la movilidad de los profesionales en especial la de los de mayor cualificación, garantizando de esta manera la continuidad asistencial en cada ámbito territorial. Las mejoras retributivas en el SNS son necesarias considerando las que perciben otros profesionales del sector público, o de otros sectores con cualificación equivalente; o bien las retribuciones de los profesionales de salud en los países de nuestro entorno. Pero las mejoras han de ir asociadas a incrementos de la productividad media de cada profesional en su puesto de trabajo, en aras a buscar unos mayores niveles de eficiencia y de compromiso de éstos con el Servicio de Salud para el que trabajan y con la organización sanitaria de la que forman parte.

4.- BASES PARA EL FUTURO SISTEMA RETRIBUTIVO.

- En el Estatuto-Marco donde se establecen las normas básicas relativas al personal estatutario, se perfila un sistema retributivo estructurado en retribuciones básicas y retribuciones comple-

mentarias, respondiendo a los principios de cualificación técnica y profesional y asegurando el mantenimiento de un modelo común en relación con las retribuciones básicas. Estas (sueldo, trienios y pagas extraordinarias) serán iguales en todos los servicios de Salud y se determinarán cada año, en las correspondientes leyes de Presupuestos coincidiendo con las establecidas para los funcionarios públicos.

En cuanto a las retribuciones complementarias, se orientarán prioritariamente a la motivación del personal, a la incentivación de la actividad y la calidad del servicio, a la dedicación y consecución de los objetivos planificados. Fijas o variables, van dirigidas a retribuir la función desempeñada, la categoría, la dedicación, la actividad, la productividad y cumplimiento de objetivos y la evaluación del rendimiento y de los resultados, determinándose sus cuantías y los criterios para su atribución en el ámbito de cada servicio de salud.

Con independencia de cuales sean los escenarios en los que se perfilen los nuevos modelos retributivos parece conveniente sentar las bases que han de tenerse en cuenta a la hora de abordar el desarrollo de estas retribuciones complementarias

1- Retribuciones acordes con el perfil de los puestos de trabajo:

El sistema requiere una clasificación menos rígida de sus puestos de trabajo. Un buen sistema retributivo por puestos de trabajo ha de ordenar los mismos por niveles, asignando a cada uno una banda salarial que sea percibida como un reflejo real de la aportación de cada nivel a los objetivos de la organización en relación con los otros, con independencia de quien ocupe esos puestos.

2- Equilibrio entre retribuciones fijas y variables:

Es necesario mantener un punto de equilibrio entre las retribuciones fijas y variables. La retribución variable ha de estar ligada al cumplimiento de los objetivos del centro, de la unidad asistencial donde se ejerza la labor profesional y al rendimiento personal.

El peso de cada retribución en la estructura salarial ha de variar en función de los puestos de trabajo y especialidad.

3- Desarrollo de la carrera profesional:

La carrera profesional ha de armonizar las necesidades estratégicas de la organización con las de motivación del personal.

En anteproyecto de ley del Estatuto-Marco recoge en los criterios generales de la misma "que ésta supondrá el derecho de los profesionales a progresar de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a conocimientos, experiencia y cumplimiento de objetivos de la organización a la cual prestan sus servicios".

El sistema necesita un modelo de incentivación a largo plazo que conjugue la antigüedad, los conocimientos, la capacidad, la aportación de cada profesional con una mejora retributiva en el tiempo asentada sobre bases objetivas y rigurosas.

4- Estructura simplificada y homogénea de conceptos retributivos.

La coordinación de las políticas de Recursos Humanos entre las CC .AA. requiere una cierta homogeneidad entre los conceptos retributivos, al objeto de permitir la comparación y análisis entre las mismas. Las características de cada CC .AA y la singularidad de cada centro de gasto no pueden ser obstáculo para articular un proceso de armonización que posibilite la homogeneidad salarial del sistema. Se trata de encontrar un equilibrio salarial en las distintas comunidades de lo contrario se puede generar una dinámica imparable.

5- El nuevo sistema retributivo que se perfila en el Anteproyecto de Ley y que habrá de ser desarrollado por las CC. AA. habrán de tener en cuenta:

- a- Retribución ligada a formación y cualificación necesaria para acceder a una determinada categoría de puestos de trabajo, (salario).
- b- Retribución por desarrollo del ejercicio profesional a lo largo del tiempo, por una parte los trienios en términos absolutos y el desempeño cualitativo de una carrera profesional.
- c- Retribución por las características del puesto de trabajo efectivamente desempeñado (destino y específico sin saber en muchos casos donde está la diferencia). ¿Hay que retribuir de forma específica la dedicación exclusiva a la Sanidad Pública?, ¿o por el contrario es mas efectivo exigir

un compromiso efectivo y leal con los intereses de la organización de manera que el ejercicio de actividades privadas no interfiera en ellos?

d- Retribución a los rendimientos.

En el marco de la mejora de los servicios públicos deben adquirir gran protagonismo. Si bien, es imprescindible para ello establecer sistemas adecuados de información que permitan la fijación clara de objetivos y la implantación de sistemas de evaluación en el cumplimiento de los mismos.

5- CONCLUSIONES Y REFLEXIÓN EN TORNO AL SISTEMA RETRIBUTIVO.

Después de analizar los distintos modelos autonómicos vigentes en la actualidad, son varias las cuestiones que se plantean respecto al sistema retributivo:

- 1- Es adecuado el actual modelo retributivo para remunerar a los profesionales que prestan sus servicios en el sistema nacional de Salud y es adecuado a la naturaleza y características de la organización sanitaria. Las retribuciones que perciben nuestros profesionales se corresponde realmente con su nivel de capacitación, experiencia y aportación en los distintos puestos de trabajo de los centros sanitarios del Sistema Público. ¿Es razonable las diferencias retributivas que existen entre distintas CC. AA. cuando los servicios que se prestan son los mismos?
- 2- El modelo que se establece en el anteproyecto de estatuto corregirá las disfunciones que se puedan generar o por el contrario la posibilidad de que las retribuciones complementarias sean desarrolladas por cada una de las Comunidades Autónomas será un elemento que encarezca notablemente los costes de personal y genere desigualdades en los profesionales del sistema...?
- 3- Estamos ante un tema de gran complejidad, no obstante el desarrollo de un sistema retributivo ha de ser una oportunidad para corregir ineficiencias estructurales y para abordar cambios organizativos tan necesarios como inaplazables ; parece necesario y adecuado situarlo o mejor abordarlo al mismo tiempo que otro tipo de mejoras profesionales no retributivas ni dinerarias: tiempo de trabajo, formación, acción social.

FORMACION CONTINUADA

D. Francisco Ferrero Casillas

1. CONCEPTO

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE nº 128, de 29 de mayo de 2003) establece en el apartado V de su Exposición de Motivos, en relación con la planificación y formación de Recursos Humanos del Sistema Nacional de Salud lo siguiente:

En lo relativo a los profesionales de la sanidad, destaca el carácter de elemento esencial del factor humano para llegar a tener un sistema sanitario moderno y de calidad.

La ley debe respetar las competencias de las CC.AA. en esta materia.

La regulación de la Ley debe tener en cuenta otros sectores normativos: como el educativo y el futuro estatuto marco del personal sanitario.

Las cuestiones que la Ley de cohesión y calidad del SNS deja esbozadas deben ser desarrolladas en las normas educativas y en el futuro estatuto marco del personal sanitario.

La formación continuada afecta al funcionamiento cohesionado del SNS y a las elevadas cotas de calidad que demanda la sociedad.

El artículo 34 de la Ley 16/2003 establece una serie de principios generales, en primer lugar:

La formación y el desarrollo de la competencia técnica de los profesionales deben orientarse a la mejora de la calidad del SNS.

Para ello se requiere:

- a) Colaboración permanente entre distintos sujetos intervinientes (AA.PP -educación, sanidad, trabajo y asuntos sociales- Universidades, sociedades científicas y las organizaciones profesionales y sindicales).

- b) Disposición de toda la estructura asistencial del sistema sanitario para ser utilizada en la docencia continuada de los profesionales.
- c) Revisión permanente de enseñanzas y metodología sanitaria, para la mejor adecuación de los conocimientos profesionales a la evolución científica y técnica y a las necesidades sanitarias de la población.
- d) Actualización permanente de conocimientos, orientada a mejorar la calidad del proceso asistencial y garantizar la seguridad del usuario.

La formación continuada se podría definir conforme a estos requisitos y principios, en el sentido de actualización permanente de conocimientos con la finalidad de mejorar la calidad del proceso asistencial.

El Boletín Oficial de las Cortes Generales, con fecha 11 de septiembre de 2003, publica el dictamen emitido por la Comisión de Sanidad y Consumo sobre el **Proyecto de Ley de ordenación de las profesiones sanitarias**, estableciéndose en el artículo 34 de dicho Texto, que la Formación Continuada es el proceso de enseñanza y aprendizaje activo y permanente al que tienen derecho y obligación los profesionales sanitarios, que se inician al finalizar los estudios de pregrado o de especialización y que está destinado a actualizar y mejorar los conocimientos, habilidades y actitudes de los profesionales sanitarios, ante la evolución científica y tecnológica y las demandas y necesidades, tanto sociales como del propio Sistema Sanitario.

Del análisis del concepto podemos subrayar las siguientes **características** que deben darse en la Formación continuada:

- Se trata de un **proceso de enseñanza y aprendizaje**, donde deben darse los requisitos de **interacción activa** de los profesionales sanitarios, y de continuación o **permanencia** de dicho proceso

durante toda la carrera administrativa del personal afectado.

- El artículo 17. 1 c) del Proyecto de Ley de Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud configura la formación continuada como un **derecho individual** del personal estatutario. La formación debe ser adecuada a la función desempeñada y al reconocimiento de su cualificación profesional en relación con dichas funciones.
- El artículo 19 c) del Proyecto de Ley de Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud establece la **obligación** que tiene el personal estatutario de "Mantener debidamente actualizados los conocimientos y aptitudes necesarios para el correcto ejercicio de la profesión o para el desarrollo de las funciones que correspondan a su nombramiento, a cuyo fin **los centros sanitarios facilitarán el desarrollo de actividades de formación continuada.**"
- Como señala el artículo 13 f) del Proyecto de Ley de ordenación de las profesiones sanitarias en la formación de los profesionales sanitarios rige el principio de "actualización permanente de conocimientos, mediante formación continuada, de los profesionales sanitarios, **como un derecho y un deber de éstos. Para ello, las instituciones y centros sanitarios facilitarán la realización de actividades de formación continuada.**"
- Existen varios **elementos temporales** en el concepto, uno sustancial es la **continuación en el tiempo** de esta formación, pero otro, también es importante a la hora de diferenciar la formación continuada de otros tipos de formación, se trata del momento a partir del cual **se inicia** esta formación, esto es **al finalizar los estudios de pregrado o especialización.**
- En el concepto existe un elemento finalista que es la razón de ser la formación continuada, ya que este proceso está destinado a **actualizar y mejorar los conocimientos, habilidades y actitudes** de los profesionales sanitarios ante la **evolución científica y tecnológica** y las **demandas y necesidades**, tanto **sociales** como **del propio Sistema de Sanitario.**

2. PLANTEAMIENTO DE LAS CUESTIONES A DEBATIR SOBRE LA FORMACIÓN CONTINUADA

2.1. Antecedentes en el INSALUD

En una descripción histórica, en el INSALUD, anualmente, con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, se descentralizaban créditos para la financiación de los Programas de Formación. Además, las Gerencias obtienen financiación de otras instituciones (becas FIS, programas de ayudas de las Comunidades Autónomas, ensayos clínicos, Cajas de Ahorro...).

Por ejemplo, en Atención Primaria, el diferente desarrollo y responsabilidades de las Gerencias en materia de formación, aconsejaron en 1995, la aprobación del Reglamento de la Comisión de Formación e Investigación en Atención Primaria que fijó para dichas Comisiones unas funciones, un régimen de funcionamiento, una composición y duración, así como la posibilidad de unas Comisiones Delegadas. Fue a raíz de esta reglamentación, cuando se inició el conocimiento, a nivel Central, de las actividades, profesionales participantes y costes de la formación continuada. No obstante, es con el Contrato Programa del año 1997 cuando se inicia un compromiso por parte de los Equipos Directivos de las Gerencias de Atención Primaria y la Dirección General, sobre la necesidad de que se elabore el Programa anual de Formación Continuada y la obligación de difundirlo entre los diferentes profesionales de su Área, así como entre las Organizaciones Sindicales de su ámbito territorial de gestión.

En la estructura del Ministerio de Sanidad y Consumo, establecida en el Real Decreto 1140/1996, las competencias en materia de formación continuada fueron atribuidas a tres Direcciones Generales: la Dirección General de Organización y Planificación Sanitaria tenía encomendada la función de planificar y promover las necesidades formativas de los profesionales, en función de los modelos organizativos y de gestión; la Dirección General de Recursos Humanos, de propuesta de programas de formación, promoción y desarrollo del personal, así como la gestión del plan anual de formación y la Dirección General de Atención Primaria y Especializada, la coordinación, desarrollo y control de los programas de formación continuada, formación posgraduada y de investigación.

Con estos antecedentes y con este soporte normativo se ha configurado una realidad fragmentada en la promoción de las actividades de formación continuada.

Con un grado de participación irregular, el INSALUD dispuso de un Consejo Superior de Formación que, compuesto por técnicos de las Direcciones Generales mencionadas, las Organizaciones Sindicales más representativas y presidido por el Subdirector general de Relaciones Laborales, tenía como finalidad básica “delimitar las líneas de formación del personal estatutario de las Instituciones Sanitarias, entendiéndose esta formación como aquella que se realiza para la mejora del desempeño del puesto de trabajo actual, aumentando la competencia profesional del trabajador”.

Desde 1997, este Consejo de Formación ha aprobado las cantidades presupuestarias que, con cargo al INSALUD, se han distribuido a propuesta de la Subdirección General de Relaciones Laborales, entre el personal de instituciones (Atención Primaria, Especializada), los créditos para cursos organizados por los propios Sindicatos y los Convenios con otras Instituciones, especialmente con la Escuela Nacional de Sanidad.

También existe otra fuente adicional para la formación continuada, que son las ayudas que se obtienen del Ministerio de Administraciones Públicas (M.A.P.)

2.2 Situación en las Comunidades Autónomas.

Después de las últimas transferencias en materia sanitaria, se ha completado el mapa de Servicios de Salud en todo el territorio nacional y los antecedentes del INSALUD pierden actualidad, sirviendo únicamente de referencia histórica.

Tomando como ejemplo el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM), podemos constatar, al igual que en los demás Servicios de Salud, que coexisten diversas actividades de formación, en distintas entidades y órganos, con diferentes fuentes de financiación:

- El SESCAM tiene diseñado su plan de Formación, con financiación en sus partidas presupuestarias.
- Perduran las ayudas anuales del Ministerio de Administraciones Públicas, a través del Instituto Nacional de Administración Pública.
- Las Gerencias, tanto en Atención Primaria como en Especializada, realizan distintas actividades de formación.
- Existe una vía externa de acciones formativas, aprovechando la colaboración de laboratorios, o por medio de financiación, también externa,

procedente de entidades financieras, Cajas de Ahorro, por ejemplo.

- Las Organizaciones Sindicales mediante de los fondos del INAP o con otra financiación también intervienen activamente en la formación continuada.
- El Instituto de Ciencias de la Salud, órgano integrado en la Consejería de Sanidad jerárquicamente dependiente de la Dirección General de Evaluación e Inspección, sin personalidad jurídica propia, que realiza las funciones que se le atribuyen en la Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha y en el decreto 189/2001, de 5 de octubre. Así, es una de sus funciones esenciales la formación de recursos humanos.
- Fundación para la investigación sanitaria en Castilla-La Mancha (FISCAM).
- Plan de formación de Delegados de Prevención, del Plan General de Prevención de Riesgos Laborales del SESCAM.
- Los diversos Colegios profesionales, deben ser, también, citados en este apartado.

2.3 Cuestiones a debatir:

1. ¿Existe o no uniformidad y un verdadero sistema de detección de necesidades formativas?
2. ¿Está homologado el sistema de formación continuada?
3. ¿La fragmentación y dispersión en la gestión de las acciones formativas es conveniente?
4. ¿La multiplicidad de agentes en dicha gestión interesa al sistema?
5. ¿Cuál es la capacidad de captación?

Habrá que debatir si estas cuestiones son fortalezas o debilidades del sistema de Formación Continua.

3. ACREDITACIÓN DE LA FORMACIÓN.

La pregunta práctica del profesional está referida a la valoración de la Formación Continua; esto es, la cuestión principal de la acreditación de la Formación, puesta en relación con la carrera profesional y con el sistema de retribuciones. Es decir ¿para que sirve la Formación? En la respuesta aparecen cuestiones de gran entidad, cuales son:

- Traslados y movilidad.
- Promoción interna.
- Un ejemplo es la O.P.E extraordinaria, La Ley 16/2001, de 21 de noviembre, estableció un proceso extraordinario de consolidación y provisión de plazas del personal estatutario. El objeto de dicha Ley es poner fin a la alta temporalidad que afecta a este personal.
- Permisos retribuidos con motivo de la realización de estudios o para la asistencia de cursos de formación o especialización que tengan relación directa con las funciones de los servicios sanitarios e interés relevante para el Servicio de salud (art. 61.3 y 4 Proyecto de Ley Estatuto Marco). En este sentido la obligación de que la formación sea durante la jornada de trabajo o que la acción formativa tenga la consideración de tiempo de trabajo (art. 37.2 Ley 31/1995 de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales) supone un componente de motivación para la realización de cursos formativos – “antiestrés”-
- Un campo donde la formación puede desempeñar un importante papel es en el **NUEVO DISEÑO DE LA CARRERA PROFESIONAL**, conforme a los criterios generales que se establecen en el art. 40 del Proyecto de Ley de Estatuto Marco, en relación con el Proyecto de Ley de ordenación de las profesiones sanitarias, así el art. 39.1 b) establece que, para la obtención del primer grado, se requerirá la evaluación favorable de los méritos del interesado, en relación con sus conocimientos, competencias, **formación continuada acreditada**, actividad docente e investigación

3.1 La acreditación interna.

La acreditación dentro de una misma Comunidad Autónoma, no implica mayores problemas, sería suficiente con una atribución de esa competencia de reconocimiento de las acciones formativas a un órgano de Administración regional, como puede ser la Consejería de Sanidad.

La Orden de 8 de noviembre de 2001, de la Consejería de Sanidad regula el reconocimiento de interés científico-sanitario para actos de carácter científico y técnico, señalando que en el caso de actividades de formación continuada, será condición

necesaria la acreditación previa de la actividad por el Sistema acreditador de la formación continuada de las profesiones sanitarias del sistema nacional de Salud, bien a través de la Comisión nacional o bien a través de la Comisión Autonómica de Castilla-La Mancha

3.2 La acreditación interadministrativa

La acreditación de la Formación Continuada, y la validez ante los distintos servicios de salud, es una de las cuestiones capitales, así como los criterios a tener en cuenta para la homologación de la acreditación de la formación en los diversos Servicios de Salud.

El Proyecto de Ley de ordenación de las profesiones sanitarias constituye la Comisión de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias, con el fin de armonizar el ejercicio de las funciones que las Administraciones Sanitarias Públicas y demás instituciones y organismos ostentan en materia de formación continuada, así como coordinar las actuaciones que se desarrollen en dicho campo.

La Comisión de Formación Continuada

Formarán parte de esta Comisión las Administraciones Públicas representadas en el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud.

La Comisión incorporará representación de los Colegios Profesionales. De las Universidades, del Consejo Nacional de especialidades en Ciencias de la Salud y de las Sociedades Científicas, en la forma en que reglamentariamente se determine.

En cuanto al funcionamiento de la Comisión, ésta elegirá a su Presidente y aprobará su Reglamento de Régimen Interior, adaptándose a lo establecido para los órganos colegiados en el Capítulo II del Título II de la Ley 39/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas.

El Ministerio de sanidad y Consumo prestará el apoyo técnico y administrativo necesario para el funcionamiento de la comisión, y nombrará a su secretario, que tendrá voz pero no voto en las reuniones de la misma.

Funciones de la Comisión de Formación Continuada:

a) Las de detección, análisis, estudio y valoración de las necesidades de los profesionales y del Sistema Sanitario en materia de formación continuada, de acuerdo con las propuestas de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, de las Sociedades Científicas y, en su caso, de las organizaciones profesionales representadas en la Comisión Consultiva Profesional.

b) Las de propuesta para la adopción de programas o para el desarrollo de actividades y actuaciones de formación continuada de carácter prioritario y común para el conjunto del sistema Sanitario.

c) Las de propuesta de adopción de las medidas que se estimen precisas para planificar, armonizar y coordinar la actuación de los diversos agentes que actúan en el ámbito de la formación continuada de los profesionales sanitarios.

d) Las de estudio, informe y propuesta para el establecimiento de procedimientos, criterios y requisitos para la acreditación de centros y actividades de formación continuada.

e) **Las de estudio, informe y propuesta para el establecimiento de procedimientos, criterios y requisitos para la acreditación y la acreditación avanzada de profesionales en un área funcional específica de una profesión o especialidad, como consecuencia del desarrollo de actividades de formación continuada acreditada.** –Art. 35.4.e)-

Por tanto, reside en esta Comisión la tarea fundamental del establecimiento de los procedimientos, criterios y requisitos para la acreditación. Es, por tanto, una cuestión pendiente, teniendo siempre en cuenta la necesidad de que los criterios y requisitos marcados sean los mismos para todo el Sistema.

El artículo 36 del Proyecto de Ley de ordenación de las profesiones sanitarias aborda la acreditación de centros, actividades y profesionales en los siguientes términos:

1º). **El Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas**, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán acreditar actividades y programas de actuación en materia de formación continuada de los profesionales sanitarios, así como, con carácter global, centros en los que las mismas se impartan.

La acreditación, que deberá realizarse necesariamente de acuerdo con los requisitos, procedimiento y criterios establecidos conforme a lo previsto en el artículo

35.4.d) (párrafo marcado y subrayado), tendrá efectos en todo el territorio nacional, sea cual sea la Administración Pública que expidió la acreditación.

2º). En cualquier momento las Administraciones Públicas podrán auditar y evaluar los centros y las actividades de formación continuada que estén acreditados conforme a lo antes previsto

3º) Sólo podrán ser subvencionados con cargo a fondos públicos los centros y las actividades de formación continuada que estén acreditados conforme al procedimiento previsto más arriba.

Conforme a la citada Ley, sólo podrán ser tomadas en consideración en la carrera de los profesionales sanitarios las actividades de formación continuada, que hubieran sido acreditadas. No obstante las actividades de formación continuada de los profesionales sanitarios previas a la entrada en vigor de la Ley y que no hubieran sido acreditadas serán objeto de consideración por los comités encargados de valorar los méritos a dichos efectos.

La ley en proyecto garantiza el principio de independencia de que los organismos de acreditación de la formación continuada habrán de ser, en todo caso, independientes de los organismos encargados de la provisión de actividades de formación.

Al tratar de las credenciales de los profesionales y sus revisiones, éstas no sustituirán los procedimientos de formación, conocimientos y habilidades que serán necesarios para determinar los mecanismos de promoción y contratación.

En el artículo 37 del Proyecto de Ley se regulan los Diplomas de Acreditación y Diplomas de Acreditación Avanzada.

1. Las Administraciones Sanitarias Públicas podrán expedir Diplomas de Acreditación y Diplomas de Acreditación Avanzada, para certificar el nivel de formación alcanzado por un profesional en un área funcional específica de una determinada profesión o especialidad, en función de las actividades de formación continuada acreditada desarrolladas por el interesado en el área funcional correspondiente.

Los Diplomas de Acreditación y los Diplomas de Acreditación Avanzada, que deberán expedirse necesariamente de acuerdo con los requisitos, procedimiento y criterios establecidos conforme a lo previsto en el artículo 35.4.e), tendrán efectos en todo el territorio nacional, sea cual sea la Administración Pública que expidió el Diploma.

2. Las Administraciones Sanitarias Públicas establecerán los registros necesarios para la inscripción de los Diplomas de Acreditación y de Acreditación Avanzada que expidan. Tales Registros tendrán carácter público en lo relativo a la identidad del interesado, al Diploma o Diplomas que ostente y a la fecha de obtención de los mismos.

3. Los Diplomas de Acreditación y los Diplomas de Acreditación **Avanzada serán** valorados como mérito en los sistemas de provisión de plazas cuando así se prevea en la normativa correspondiente.

3.3 Cuestiones a debate:

1. Idoneidad del sistema de acreditación.
2. Establecimiento de criterios objetivos de acreditación.
3. Homologación en todas las Comunidades Autónomas
4. Intervención de distintos agentes
5. Acreditación y carrera profesional

4. LA FORMACIÓN CONTINUADA EN LA PLANIFICACIÓN DE LOS RECURSOS HUMANOS

En primer lugar, después de lo expuesto, debemos concluir que la formación es necesaria a fin de actualizar conocimientos, habilidades y actitudes de los profesionales sanitarios, para adaptarse a la evolución científica y al desarrollo tecnológico, así como a las demandas y necesidades, tanto sociales como del propio Sistema Sanitario.

En la planificación y gestión de los recursos humanos que prestan servicios en los centros e instituciones sanitarias, la formación continuada supone, además, una obligación para la Administración que debe cumplir con sus empleados, ello implica si la formación continuada se realiza dentro de la jornada de trabajo, la realización de las correspondientes sustituciones, para que la prestación sanitaria no se resienta, pudiendo generar problemas en la gestión de personal, dada la escasez de efectivos, en algunas categorías y épocas del año. Además, debemos añadir el coste que ello implica.

Para paliar estos problemas existe la posibilidad de otras formas de enseñanza o aprendizaje permanente de los profesionales, enunciaremos algunos supuestos que pueden considerarse:

- Formación a distancia.
- Sistemas multimedia, Internet.
- Autoformación acreditada.

En todo caso, el éxito o fracaso de la formación continuada está íntimamente unido a su acreditación y al valor añadido o beneficio que, de forma real, pueda reportar al profesional.

La formación continuada debe estar en relación directa con un sistema sanitario de calidad, prestador de un servicio público. Conectado con la carrera profesional y con el sistema retributivo. En este sentido debemos poner en relación el grado alcanzado en la carrera profesional y el denominado complemento de carrera.

Tampoco, conviene olvidar que la Administración sanitaria es una Administración sujeta al principio de responsabilidad y que unos profesionales insuficientemente formados podrían acarrear diferentes tipos de responsabilidad.

Cuestiones de respuesta inaplazable:

1. Necesidad de formar. Obligación.
2. Planificación. Sustituciones. Coste.
3. Carrera y retribuciones.
4. Responsabilidades

5. OTROS AGENTES PARTICIPES EN LA FORMACIÓN CONTINUADA.

Hemos señalado como fortaleza o debilidad del sistema, la existencia de múltiples agentes en la formación continuada. Esta es una cuestión a debatir.

En este punto tendremos en cuenta:

La intervención protagonista de las **Organizaciones Sindicales** en esta materia es patente. Existe obligación de negociar con los sindicatos presentes en la Mesa Sectorial la determinación de los programas y fondos para la acciones de formación y perfeccionamiento.

Las Organizaciones Sindicales gestionan y ejecutan planes de formación con cargo a fondos propios y a fondos procedentes del INAP, en este sentido podemos citar el Acuerdo Administración –Sindicatos para el período 2003-2004 para la modernización y mejora de la Administración Pública, que dedica el Capítulo X a la formación Continua, donde se ratifica el III Acuerdo de Formación Continua en las Administraciones Públicas.

El coste financiero de los planes de formación promovidos por los Sindicatos supone una carga financiera, pero que tiene una contraprestación que se traduce en conseguir un clima de paz social que interesa mantener.

El Ministerio de Sanidad y Consumo y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán delegar las funciones de gestión y acreditación de la formación continuada, incluyendo la expedición de certificaciones individuales, en otras **corporaciones o instituciones de Derecho Público**, de conformidad con lo que dispone esta Ley y las normas en cada caso aplicables. En este sentido, el reconocimiento y facultades que

se atribuyen a los Colegios profesionales y otras instituciones de Derecho público es patente.

Por último dejar apuntado una vía importante de captación de financiación privada mediante la participación de patronos privados y fundaciones.

Cuestiones:

¿Interesa la dispersión en los agentes que participan en la formación?. Analizar la relación Coste/beneficio.

DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICAS

D. José M^a Ayerra Lazcano

La ley básica 41/2002, aborda la regulación de la autonomía del paciente, la información y la documentación clínica sobre la base de proclamar de un modo amplio los derechos a la información, derecho a la intimidad y confidencialidad y respeto a la autonomía del paciente. Constituye un desarrollo y un complemento necesario de la Ley General de Sanidad.

Es una ley que siendo básica, tiene por objeto dar cobertura a los contenidos que presentan otras leyes de Comunidades Autónomas que se le adelantaron en la iniciativa legislativa, si bien no deja de ser una regulación un tanto desigual: se proclaman derechos en términos muy amplios y por otra parte la regulación mas pormenorizada –donde podría haber aportado una regulación que fuera uniforme para todo el estado- no alcanza a todos los supuestos ni viene a zanjar los aspectos más polémicos que están en el origen de la misma.

Es de entrada una ley compleja por cuanto afecta al ejercicio de la medicina, por cuanto pretende poner orden en un amplio abanico de supuestos en los que están en juego conflictos de tipo ético.

Al tiempo que es una ley formalmente básica, decimos que se caracteriza de la siguiente forma:

- es de aplicación a todas las Comunidades Autónomas,
- son las Comunidades Autónomas las llamadas a establecer las normas de desarrollo y ejecución en cuanto sean precisas para la efectividad y aplicación de la misma,
- constituye una obligación de las Comunidades Autónomas la adopción de las medidas necesarias para la efectividad y aplicación de la misma,
- es una ley que prácticamente en su totalidad exige normas concretas para llevar a efecto la mayor parte de sus preceptos.

Desde su aprobación se ha producido otro hito normativo: La ley 16/2003, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que incluye entre sus preceptos algunas referencias a la información; así por ejemplo:

- garantías de la información (art. 26 respecto al derecho a la información)
- intercambio de información (art. 56 con relación a las historias unitarias y accesibles desde cualquier punto de España)
- varias referencias a la información en relación con la vigilancia epidemiológica (57.4 se apunta la tarjeta sanitaria como portador de esa información)

Pero esta ley, además de estas referencias, contiene unos principios generales que vinculan igualmente a los derechos a los que nos referimos como son la prestación de servicios en condiciones de igualdad efectiva y calidad, coordinación y cooperación de las Administraciones Públicas sanitarias, igualdad de oportunidad y libre circulación de profesiones

Precisamente al poner en relación la ley básica 41/2002 con los principios de la ley de cohesión y calidad (art. 2) surgen algunas cuestiones a plantear:

a) Valoración sobre el impacto general de la ley básica y de las correspondientes leyes autonómicas propias.

En un primer acercamiento, podemos afirmar que estamos ante una ley necesaria, importante (algunos autores hablan de que marca el inicio de lo que llama la “era de la ciudadanía sanitaria”) y compleja. La pregunta no obstante que surge es hasta que punto ha cumplido su objetivo general, e incluso podemos plantearnos su encaje con los principios de la ley de cohesión

b) En qué aspectos se detectan las dificultades en cuanto al logro de los objetivos expuestos.

En este sentido, ya he dicho que la misma no ha terminado de resolver todas las dificultades que presenta

la garantía de la confidencialidad; Siguen habiendo incertidumbres importantes como las relativas a las anotaciones subjetivas, o los accesos a la documentación clínica.

Ahora bien, no se ha perdido una oportunidad importante para hacer una construcción jurídica única y completa respecto a los derechos de información y documentación clínica

c) Revisar cuales serian los desarrollos a realizar para una plena implantación de estas leyes.

En unos casos encontramos llamadas específicas a las Comunidades Autónomas, en otros a los centros, o a la Administración sanitaria en general.

Por otra parte, encontramos en la propia ley básica algunas llamadas al desarrollo; por ejemplo:

- información acerca de los derechos que tienen los usuarios del sistema sanitario
- establecer medidas en orden a que se respete la confidencialidad
- respeto a la capacidad del menor (que disminuya la remisión a criterios médicos)
- ensayos clínicos, reproducción humana asistida, embarazo
- registro de voluntades anticipadas
- información sobre servicios y unidades asistenciales, calidad y requisitos de acceso
- libre elección de medico y centro
- sobre la historia clínica
- mecanismos que garanticen la autenticidad del contenido de los cambios operados en ella así como la posibilidad de su reproducción futura
- adoptar medidas técnicas y organizativas para archivar y proteger las historias clínicas y evitar su destrucción o su pérdida accidental

- acceso autorizados
- procedimiento para que quede constancia del acceso a la historia clínica y de su uso
- regular la observancia respecto al acceso
- mecanismos de custodia activa y diligente de la historia clínica
- implantación de un sistema de compatibilidad
- régimen sancionador

Por ello me reafirmo en la necesidad y en la importancia de estas regulaciones, pero debemos ser conscientes de la necesidad de ahondar en un desarrollo meditado para su plena aplicación, y siempre desde la perspectiva general del objetivo de acceso a las prestaciones en condiciones de igualdad efectiva. En definitiva la ley básica no supone un estatuto jurídico completo y cerrado en la materia; por el contrario sigue habiendo incertidumbres y puntos a clarificar.

Para entrar a la puesta en común de los participantes en la mesa, el debate se dirige a dos objetivos: detectar las deficiencias o dificultades que presenta la regulación estatal, y en segundo lugar, enlazando con aquellas, los desarrollos que se advierten como necesarios para una correcta ejecución de la misma.

Se apuntan algunas cuestiones:

1/ Necesidad de regular lo concerniente a las denominadas "anotaciones subjetivas" de los médicos que pueden retirarse de la historia clínica.

2/ El acceso a las historias clínicas constituye sin duda el contenido más novedoso de la ley; se advierte sin embargo que siguen presentado algunas dificultades.

3/ Tratamiento del Menor.

4/ Conservación de la historia clínica.

VOLUNTADES ANTICIPADAS: SU REGULACIÓN Y DESARROLLO

D. José M^a Ayerra Lazcano

La Ley básica 41/2002, la caracteriza, de modo esquemático, de la siguiente forma:

- Manifestación anticipada de voluntad
- Expresa, por escrito
- De una persona mayor de edad, capaz y libre
- Para el caso de que no se encuentre en situación de manifestarlo verbalmente
- Sobre cuidados de salud y tratamientos
- O para establecer el destino de su cuerpo después del fallecimiento
- Puede designar un representante que sirva de interlocutor para su cumplimiento
- Puede revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito
- No serán aplicables las disposiciones contrarias al ordenamiento jurídico, la *lex artis* ni las que no se correspondan con el supuesto señalado
- Realiza varias remisiones a un desarrollo posterior, como es:
 - * (A los servicios de salud) Elaboraran procedimientos para garantizar su cumplimiento
 - * El establecimiento de Registros autonómicos
 - * El establecimiento de un Registro Nacional

La normativa básica ha sido objeto de algunos desarrollos autonómicos, como es el caso de Cataluña, Aragón, Navarra, País Vasco y Andalucía, además de otras leyes ordenadoras de la sanidad que contienen algunas previsiones en esta materia (La Rioja, por ejemplo).

En toda esta regulación autonómica se advierten algunas diferencias sobre las cuestiones que abordan:

Definición de las voluntades anticipadas:

En unos casos más genérica: (ARAGÓN, CATALUÑA, NAVARRA) la delimita como “manifestación de

instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en situaciones que las circunstancias no le permitan expresarse personalmente”; en otros casos (PAIS VASCO) se refiere a ellas como “expresión anticipada de sus deseos respecto a ciertas intervenciones medicas”.

Otras han incorporado algunos contenidos de modo más explícito para estos documentos, como veremos a continuación:

(PAIS VASCO)

- instrucciones sobre su tratamiento
- manifestar sus objetivos vitales y valores personales en orden a interpretar las instrucciones
- las instrucciones pueden referirse tanto a una enfermedad o lesión e incluir previsiones relativas a las intervenciones medicas acordes con la buena practica clínica que desea recibir o no recibir y otras cuestiones relacionadas con el fin de la vida

(NAVARRA)

- se podrán incorporar manifestaciones para que, en el supuesto de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite, el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de la muerte
- deseos previamente expresados sobre actuaciones medicas para cuando no pueda expresarlos mediante el consentimiento informado

(LA RIOJA)

Las incluye dentro de lo que llama “derechos del enfermo o usuario en proceso terminal”: a morir en pleno uso de sus derechos y especialmente el que le permite

rechazar tratamientos que le prolonguen temporal y artificialmente la vida.

Capacidad del otorgante:

En general atribuyen capacidad para otorgarla a toda persona mayor edad no incapacitado, excepto Navarra y Andalucía que recoge la expresión "mayor de edad o menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente Ley Foral"

Formalización:

Podrá formalizarse ante notario o en documento privado ante tres testigos (ARAGÓN, CATALUÑA, NAVARRA) y otras Comunidades prevén que, además, (PAIS VASCO) pueda formalizarse ante el funcionario o empleado encargado del Registro de Voluntades Anticipadas.

(LA RIOJA) Debe formalizarse en documento notarial en presencia de tres testigos mayores de edad, que para ser vinculante deben ser inscrito.

Lugar de presentación:

Parra su presentación se precisa solicitud del interesado ante el Registro adjuntando una documentación justificativa de todas sus exigencias (CATALUÑA, NAVARRA); en el caso de ARAGÓN se refiere a la presentación en el centro sanitario (que a su vez se trasladara al Registro)

En el caso del PAIS VASCO distingue esta forma de presentación de aquellos documentos que se entreguen en el centro donde sea atendido

Designación de representante:

(PAIS VASCO) Contempla los supuestos de designación de representante a favor del cónyuge o pareja de hecho y el modo de actuar en los casos de disolución que deberá constar en un documento.

Comisiones de valoración:

(ARAGÓN) Introduce esta figura específica que puede constituirse en los centros sanitarios para valorar los documentos de voluntades anticipadas.

(NAVARRA) Hace una remisión a los Comités Éticos Asistenciales a la hora de encomendar la función de resolver las cuestiones que puedan suscitarse.

Actuaciones complementarias

Se prevén acciones en temas como: formación de los profesionales, guías de funcionamiento explicativas.

REGISTRO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS

Una mención especial merece la figura del Registro de Voluntades Anticipadas. Expondré sucintamente la regulación del mismo en aquellas Comunidades que lo contemplan para pasar seguidamente a la experiencia de Navarra en su puesta en funcionamiento.

Objeto

Organo administrativo en el que a petición del interesado se inscriben los documentos de voluntades.

Es un Registro de Documentos

Su aportación es un conocimiento ágil y rápido por todo el sistema sanitario.

Procedimiento:

Presentado por:

(ARAGÓN) Familiares, allegados o representante con escrito de solicitud y la documentación acreditativa de todos los requisitos.

(CATALUÑA) (PAIS VASCO) Mediante solicitud del otorgante.

Inscripción:

Una vez presentada, el responsable del registro comprueba los datos y la documentación, dando un plazo para subsanar en su caso; silencio positivo (ARAGÓN, CATALUÑA, NAVARRA)

Acceso al Registro:

El otorgante y el representante legal. El médico que preste asistencia debe solicitar información al Registro para conocer si existe inscripción, aunque figure una copia en la historia (ARAGON, CATALUÑA)

NAVARRA

Entrando en la experiencia de Navarra en la puesta en funcionamiento de un Registro se advierten algunos problemas prácticos:

a) Es un registro administrativo: por lo tanto sometido a las formalidades y rigores –y también las garantías– del procedimiento administrativo. En este sentido el *iter procedimental* viene a ser:

* Presenta la solicitud

* Se comprueba si esta toda la documentación exigida y en su caso se da plazo para subsanar

* Se comprueba la correcta identificación de todos los intervinientes (sirviéndose de DNI compulsado y firma)

* Se puede presentar directamente en el Registro de Voluntades Anticipadas o a través de cualquier Registro Oficial de la Administración, como cualquier otro documento.

El resultado en general es que resulta excesivamente burocratizado.

b) Por su propia naturaleza y las exigencias propias del entorno sanitario se plantea la necesidad de eficacia. Esta eficacia se ve condicionada por algunas características legalmente definidas:

- La actividad de registrar implicar dos tipos de datos: el dato consistente en que se ha inscrito un documento de voluntades anticipadas, y el dato consistente en el contenido de sus manifestaciones.

- Los accesos al Registro tienen que ser factibles desde múltiples puntos: centros públicos y privados, de toda España, a cualquier hora del día en el que sea necesario, y en unas condiciones que garanticen la confidencialidad (por lo tanto restringido).

- La presentación del documento para su inscripción puede realizarse en puntos múltiples y muy distintos: en la mayoría de los casos –excepto en el caso de La Rioja– puede presentarse en el Registro, pero también directamente en el hospital (que se incluiría en la Historia Clínica), o puede hacerse a través de cualquier Registro Oficial de las Administraciones Públicas como cualquier otro documento.

c) Suscita un problema específico, acerca de dónde se conservan y en qué condiciones se accede a los documentos de voluntades anticipadas/instrucciones previas. A este respecto, cabe apuntar solo unas líneas generales:

- La Historia Clínica parece ser el lugar natural para que conste su existencia (no necesariamente su contenido, puesto que es algo distinto de la historia clínica)

- Las perspectivas más avanzadas respecto al acceso al mismo apunta a Internet como la vía más accesible, complementado con procedimientos de comunicación seguros y previa acreditación de un password (tal es el caso de CATALUÑA)

Conclusiones de las Mesas de Trabajo

MESA DE TRABAJO: CATÁLOGO DE PRESTACIONES Y OTROS DERECHOS SANITARIOS

GARANTIAS DE LAS PRESTACIONES: EN PARTICULAR, LAS LISTAS DE ESPERA. ASIMETRÍA DE LAS PRESTACIONES Y SU FINANCIACIÓN.

Por la interrelación entre el catálogo de prestaciones, su alcance en términos de igualdad y equidad, y su financiación, las dos cuestiones enunciadas correspondientes a las dos primeras sesiones de trabajo se trataron conjuntamente.

1. La primera reflexión que surge, partiendo de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, es la de su vigencia temporal, después de que sobre estas materias se hayan producido con antelación regulaciones por distintas Comunidades Autónomas, con la eventualidad de que pudieran surgir conflictos de aplicación territorial del derecho estatal y del derecho propio de cada Comunidad Autónoma. No obstante, se está en el convencimiento de que la regulación completa se obtiene de la suma de uno y otro ordenamiento.

2. En lo referente a las garantías de las prestaciones y, en concreto, a la garantía de tiempo máximo de espera, como medio para hacer efectivo el derecho de acceso a las prestaciones, minimizando los aspectos negativos de las listas de espera, se analiza las regulaciones legales y reglamentarias de las Comunidades Autónomas (Navarra, Andalucía, Castilla-La Mancha y Cataluña), de entre las que destacan los modelos de Andalucía y de Castilla-La Mancha, que prevén una opción por la asistencia privada, con determinados límites, caso de superarse el plazo de garantía.

a) A la vista de las diferencias apreciadas tanto en los plazos de espera como en las respuestas a la superación de los mismos (asistencia especializada programada o procedimientos quirúrgicos), se concluye que, con independencia de su efecto altamente positivo, es una manifestación legítima, entre otras, de las asimetrías de las prestaciones.

b) En cuanto al ejercicio por el usuario de la opción por la asistencia sanitaria privada, una vez superado el

plazo de garantía, y ante la obligación de la Administración Pública de hacer frente a los gastos derivados de aquélla, se plantea la disyuntiva sobre si esa asistencia tiene el carácter de asistencia pública (teniendo en cuenta que, en algún caso, se suscribe un concierto con el centro sanitario privado elegido por el usuario) o si se trata de una prestación enteramente privada, siendo difícil considerar servicio público el supuesto en que el usuario opte voluntariamente por una asistencia de esas características, lo cual no implica suspensión ni pérdida de su derecho de acceso al servicio público sanitario, ya que si la opción no se ejercita, la Administración Pública correspondiente estará siempre obligada a prestar la asistencia conforme a sus propios medios, mediante gestión directa o indirecta en cualquiera de sus modalidades.

3. Sobre la financiación de las prestaciones sanitarias, una vez consolidada su separación de las fuentes de financiación del Sistema de Seguridad Social de carácter contributivo, pasando la asistencia sanitaria a partir de 2001 a financiarse vía impuestos, incluida la corresponsabilidad fiscal de las CC. AA., se concluye que:

a) Debe derogarse el capítulo IV -asistencia sanitaria- de la Ley de Seguridad Social de 1974, aún vigente, dada la configuración universalista y no contributiva del Sistema Nacional de Salud, totalmente distinta a la del Sistema de Seguridad Social, aún cuando éste sea una vía de cobertura.

b) El reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria debe hacerse por las Comunidades Autónomas.

c) La financiación debe efectuarse exclusivamente a través de impuestos directos que tenga en cuenta criterios de justicia distributiva, excluyéndose recurrir a tributos finalistas o indirectos.

MESA DE TRABAJO VOLUNTADES ANTICIPADAS: SU REGULACIÓN Y DESARROLLO

A partir de una presentación general de la regulación de esta materia, constituida por un artículo de la Ley básica 41/2002, así como por la regulación autonómica elaborada por Cataluña, Aragón, País Vasco, Navarra y, recientemente, Andalucía, se aborda cual es el alcance que puede llegar a tener la institución jurídica “instruc-

ciones previas" o "voluntades anticipadas" en cuanto manifestación de la autonomía del paciente, alcanzándose las siguientes conclusiones:

1. Se constata una coincidencia en calificar de tibia la regulación contenida en estas normas, en el sentido de no abordar situaciones varias y, en consecuencia, de no suministrar instrumentos para resolver los conflictos que surjan en torno a actuaciones que se engloban dentro de lo que viene denominándose, aun cuando de forma poco precisa, de eutanásicas.

2. Por el contrario, se estima que la reciente ley andaluza supone un importante paso adelante, por cuanto, al delimitar el alcance de las voluntades anticipadas abarca a todas aquellas que se manifiesten siempre que no contravengan el ordenamiento jurídico general, sin referencia por tanto a la buena práctica clínica, concluyéndose que esta regulación podría dar entrada a posicionamientos de eutanasia pasiva. Paralelamente, se defiende que la ley andaluza no debe ser desplazada por el carácter básico de la ley 41/2002.

Es opinión generalizada que, en todo caso, se ha iniciado una andadura hacia el reconocimiento de la eutanasia tanto pasiva como activa, para lo que habrá de estarse a la interpretación y desarrollos que vayan produciéndose en el futuro.

3. Sobre otras cuestiones menores, se hace hincapié en que para ser efectiva y para ser instrumento de ejercicio de la autonomía de la voluntad es necesario que las voluntades anticipadas no sean meras declaraciones genéricas, sino que se refieran a aspectos concretos del proceso clínico.

4. Se destaca la oportunidad de poder disponer de un representante designado en el documento de voluntades anticipadas, que haga, llegado el caso, de interprete o interlocutor del otorgante imposibilitado de hacerlo personalmente.

5. De otro lado, se apunta que esta institución añade poco respecto de otros supuestos excepcionales o de aquellos otros con una especial singularidad, como puede ser el caso de los Testigos de Jehová, cuya problemática se encuentra en la actualidad mejor encauzada mediante los últimos pronunciamientos del Tribunal Constitucional y de los tribunales ordinarios.

6. A propósito de las condiciones de conservación del Documento de Voluntades Anticipadas, se concluye que el lugar adecuado es la historia clínica, en la que debería constar una anotación de que existe. Ello, sin

perjuicio de organizar paralelamente un procedimiento de archivo y consiguiente acceso rápido y ágil en respuesta a la petición del facultativo interviniente. En este sentido, respecto de la organización del Registro de Voluntades Anticipadas se advierte la existencia de algunas dificultades derivadas del régimen tan abierto de elaboración, modificación y revocación. En todo caso, se apunta la conveniencia de utilizar soportes informáticos o a través de internet.

MESA DE TRABAJO. DERECHO A LA INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICAS

Como posicionamiento de partida sobre la ley 41/2002, se afirma acerca de la misma lo siguiente:

a) Que ha sido sentida como una regulación necesaria y ampliamente reclamada en cuanto desarrollo y complemento de la Ley General de Sanidad.

b) Que va por detrás del debate social, jurídico, jurisprudencial, etc. En este sentido, el motor de ese debate ha sido la autonomía de la voluntad, la reafirmación de los derechos individuales, la humanización de la asistencia sanitaria, que es lo que late en el fondo de todas las consideraciones que ha merecido el consentimiento informado; a las que se han ido sumando otras cuestiones "a golpe de actualidad" (confidencialidad de las historias clínicas, usos y acceso a la misma, alcance del derecho a la información, y, finalmente, el testamento vital).

c) Que por ello mismo tiene un contenido muy variado y una aplicación compleja en el sentido de estar expuesta a una casuística muy rica.

d) Que como ley básica ha pretendido dar cobijo a las regulaciones autonómicas existentes, pero que, a la par, remite su desarrollo a la acción legislativa de las Comunidades Autónomas. Se hace notar que la reciente Ley de Cohesión no ha abordado ningún desarrollo o complemento de la misma, limitándose a unas escasas referencias genéricas a la información a los pacientes y usuarios.

Así las cosas, el debate se centra en torno a dos objetivos: detectar las deficiencias o dificultades que presenta la regulación de la ley estatal, para, seguidamente, enlazando con las mismas, precisar los desarrollos que se advierten como necesarios para una correcta ejecución de la legislación reguladora. Conforme a este planteamiento se pusieron de manifiesto las siguientes ideas:

1. Respecto de las denominadas “anotaciones subjetivas” de los médicos susceptibles de ser suprimidas de la historia clínica, se apunta la necesidad de definir con precisión qué son y cómo se gestionan, y en concreto quien decide lo que se suprime. Se afirma que, en cualquier caso, estas cuestiones no pueden quedar en manos del propio médico y que su interpretación debe ser excepcional.

2. El acceso a las historias clínicas constituye sin duda el contenido más novedoso de la ley. Se advierte, sin embargo, que su regulación sigue presentado algunas dificultades. Así, no aborda una solución para el acceso con fines judiciales; e incluso contiene olvidos, como, por ejemplo, en lo que se refiere al acceso de las compañías aseguradoras en relación con las demandas de Responsabilidad Civil. Además, se valora como desigual la regulación del acceso a las historias clínicas en general y particularmente respecto de los fallecidos, considerándose excesivamente abierta la relativa a los fallecidos.

3. Respecto de los menores, aun reconociéndose que se ha avanzado en su regulación, se advierte que sigue abierta una parte de la polémica en relación a la problemática que presenta el “menor maduro”. También se pone de manifiesto la contradicción existente en varios puntos de la ley entre el carácter autonomista que la fundamenta e inspira y algunos preceptos que siguen manteniendo un marcado carácter paternalista, como es el caso de la previsión en términos muy taxativos del “privilegio terapéutico”.

4. En cuanto a la conservación de la historia clínica, se considera inadecuado el plazo de cinco años, toda vez que si bien cubre el periodo de prescripción de la acción penal, no cubre, sin embargo, el de la acción civil.

5. Aun cuando la ley no contiene un posicionamiento expreso sobre la propiedad de la historia clínica, se entiende resuelta la cuestión en la medida en que proclama que el titular de la información es el paciente, que es quien tiene el derecho de acceso a la misma, y en atención a la contundente obligación de conservación y custodia de la misma.

6. Por algún participante se pone de manifiesto la dificultad práctica para dar cumplimiento a todas las obligaciones en materia de información, lo que da pie para matizar que todas las remisiones al desarrollo que contiene esta ley no requieren, en todo caso, de la elaboración de disposiciones normativas sino que, por el contrario, su puesta en marcha exige en muchos casos la adopción de medidas puramente organizativas o técnicas, incluso no

ya en el ámbito de cada Comunidad Autónoma sino de cada centro o incluso servicio.

7. Finalmente, se pone de manifiesto los olvidos, la falta de información y difusión, e incluso en muchos casos de colaboración de las Administraciones Públicas, en orden a hacer efectiva esta ley en el ámbito de la medicina privada, a la que también le es de aplicación.

8. Enlazando con todo lo anterior, se llama la atención sobre la conveniencia de desarrollar actividades formativas para el personal sanitario en orden a clarificar los derechos y deberes que asisten en relación con la información y documentación clínica y las consecuencias de su incumplimiento.

MESA DE TRABAJO. LA COHESIÓN DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

EL CONSEJO INTERTERRITORIAL DEL SISTEMA NACIONAL DE SALUD: NATURALEZA Y FUNCIONES.

Los miembros de la Mesa de Trabajo sobre el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud han concluido lo siguiente:

1. Su convencimiento pleno de que el Consejo Interterritorial es el órgano central de vertebración del Sistema Nacional de Salud, de cuya adecuada articulación depende en buena medida el funcionamiento coherente, armónico y solidario del sistema sanitario en su conjunto.

2. Su convencimiento, asimismo, de que la culminación del proceso de transferencias sanitarias a todas las Comunidades Autónomas exigía revisar en profundidad la naturaleza, composición y funciones del Consejo Interterritorial, exigencia que constituía uno de los principales retos a los que debía responder la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. Su preocupación por el hecho de que, ante esta exigencia, la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud se limita a revisar la composición del Consejo Interterritorial y, lejos de reforzar su carácter de órgano rector del Sistema a través del cual se articula la participación del Ministerio de Sanidad y Consumo y de las Comunidades Autónomas en la toma de decisiones estratégicas para el Sistema Nacional de Salud, rebaja la capacidad de acción de este órgano limitándola, salvo en asuntos muy específicos, al mero conocimiento, debate y

recomendación en los ámbitos sometidos a su competencia.

4. Su preocupación por el hecho de que la nueva regulación del Consejo Interterritorial (al que otorgó carta de naturaleza la Ley General de Sanidad) contenida en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud desdibuja el rol que ha venido ejerciendo el Consejo, en el contexto del Sistema Nacional de Salud hasta ahora, a la par que introduce incertidumbre en orden a establecer y consolidar el nuevo Consejo sobre la base de la trayectoria y los logros alcanzados por el mismo.

5. Finalmente, se sugiere la necesidad de reabrir el proceso de análisis y reflexión acerca de la naturaleza y funciones que debe tener el Consejo Interterritorial en el contexto de un Sistema Nacional de Salud plenamente descentralizado política y territorialmente. Y, en especial, que en este proceso de reflexión -abierto a las asociaciones profesionales y científicas, a los agentes sociales y a los partidos políticos- se valore la conveniencia de residenciar en el Consejo las competencias de fijación de bases, coordinación general y alta inspección en materia sanitaria para su ejecución compartida por el Ministerio de Sanidad y Consumo y por todas las Comunidades Autónomas -en las que reside el grueso de las competencias sanitarias-, a través de este órgano colegiado, del que, por otra parte, deberían depender el Instituto de Información Sanitaria, la Agencia de Calidad, el Observatorio del Sistema Nacional de Salud, el Instituto de Salud Carlos III y la Agencia Española del Medicamento, así como cualesquiera otros órganos o entidades adscritos al Ministerio de Sanidad y Consumo que proyecten su actuación sobre todo el Sistema Nacional de Salud.

ALTA INSPECCIÓN DEL ESTADO. OBJETO Y FUNCIONES.

Los miembros de la Mesa de Trabajo sobre la Alta Inspección han concluido lo siguiente:

1. Poner de manifiesto que la regulación contenida en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud viene a reiterar de forma literal las previsiones contenidas en el artículo 47 de la Ley General de Sanidad, que definía esta institución, fijaba sus cometidos y los mecanismos a través de los cuales debía operar, lo que en términos de pura técnica legislativa era innecesario e improcedente, por cuanto plantea incluso dudas acerca de la vigencia formal de los contenidos de la propia Ley de Cohesión y Calidad en relación con dichos extremos.

2. Poner de manifiesto, asimismo, que las aportaciones que hace esta Ley a la regulación de la Alta Inspección contenida en la Ley General de Sanidad se limitan a introducir exigencias en el funcionamiento de esta institución de orden estrictamente operativo que, ni son básicas desde el punto de vista material, ni son propias de una norma con rango de ley -como, por ejemplo, la necesidad de elaborar un plan anual de actividades y una memoria anual, así como la creación de una base de datos compartida con los servicios de inspección técnica o la necesidad de desarrollar la colaboración con dichos servicios de inspección-, a la par que entrañan un grave riesgo de acercar y confundir las funciones de la Alta Inspección con las actividades de la inspección técnica de los servicios sanitarios que, como es sabido, corresponden a las Comunidades Autónomas, vulnerando con ello la doctrina del Tribunal Constitucional y el orden de competencias establecido en el bloque de la constitucionalidad.

3. Apuntar la posibilidad de que el legislador haya querido atribuir a las autoridades sanitarias, a través de la Alta Inspección, competencias en materia de seguimiento y control del fraude en las prestaciones económicas de la Seguridad Social tradicionalmente reservadas al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

4. Finalmente, hacer un llamamiento a las organizaciones profesionales y científicas, a los agentes sociales y a los partidos políticos, al objeto de que se reabra el proceso de análisis y reflexión respecto de la adscripción de la competencia de Alta Inspección -que, como alta función de garantía y verificación del cumplimiento de las competencias estatales y de las Comunidades Autónomas en materia sanitaria, entendemos que debería residenciarse claramente en el Consejo Interterritorial-, así como de las finalidades, objetivos y cometidos que debe cumplir esta institución en el contexto de un Sistema Nacional de Salud plenamente consolidado y descentralizado.

EL FONDO DE COHESIÓN SANITARIA: ALCANCE Y GESTIÓN.

1. El Fondo de Cohesión Sanitaria fue creado por el artículo 4.C.c de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía. Fue desarrollado por el R.D. 1247/2002, de 3 de diciembre, que regula la gestión del Fondo. Este reglamento circunscribió la condición de desplazado a los españoles con asistencia programada en centros fuera de su Comunidad de

residencia, a los ciudadanos comunitarios y a los extranjeros procedentes de países con convenio en materia de seguridad social; fijó las reglas para la cuantificación de la asistencia prestada y señaló los criterios de actualización. La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, amplía sus fines en un doble ámbito: la financiación del uso tutelado de determinadas técnicas, tecnologías y procedimientos (artículo 22.3) y de los planes integrales de salud (disposición adicional quinta).

2. La regulación actual del Fondo de Cohesión resulta insuficiente para resolver los problemas derivados de la tensión entre el derecho a recibir asistencia en cualquier lugar del territorio nacional, tanto de los españoles como de los comunitarios y extranjeros, y la descentralización territorial de la prestación de la asistencia sanitaria, que corresponde a las Comunidades Autónomas.

3. El Fondo de Cohesión Sanitaria debería ser un instrumento financiero redistributivo al servicio del derecho de todos los españoles a recibir asistencia sanitaria en cualquier lugar del territorio nacional –sea asistencia programada o no- mediante las dotaciones financieras y ajustes económicos que sean precisos entre los prestadores de la asistencia sanitaria –básicamente, los Servicios Autonómicos de Salud-. Además, debería servir para financiar la asistencia a los ciudadanos comunitarios y a los ciudadanos extranjeros, tanto aquellos que procedan de países con los que existe convenio en esta materia, como aquellos que, teniendo otro origen, reciben asistencia en cumplimiento de la normativa española sobre extranjería.

4. El cumplimiento de la función descrita exige delimitar y, en su caso, ampliar, los siguientes aspectos básicos en cuanto al concepto de desplazado:

a) Ampliar el concepto para incluir a los españoles desplazados, cualquiera que sea el motivo (turismo, trabajo, cercanía a centros sanitarios, cambio residencia temporal, necesidades familiares), sin limitarlo, como hace la regulación actual, a los supuestos de desplazados con asistencia programada (centros de referencia).

b) Ampliar el concepto de desplazado al extranjero, para dar cobertura a todos los extranjeros que son atendidos en cumplimiento de la legislación española (Código Penal y Ley de Extranjería), en particular los “inmigrantes ilegales”, y no solo a los ciudadanos comunitarios y los extranjeros procedentes de países con los que existe convenio en materia de asistencia sanitaria de seguridad social como dispone la vigente reglamentación.

c) Promover la implantación y desarrollo de un mecanismo de identificación de los desplazados (tarjeta sanitaria individual) que permita la operatividad del Fondo de Cohesión Sanitaria y, sobre todo, de los mecanismos redistributivos.

5. De otro lado, el cumplimiento de la función que debe desempeñar el Fondo de Cohesión Sanitaria exige reconsiderar el ámbito prestacional sobre el que se proyecta, esto es, el concepto de asistencia sanitaria que constituye su presupuesto:

a) Aclarar que se trata de un concepto amplio que incluye tanto la asistencia sanitaria como la prestación farmacéutica.

b) Incluir las medidas en materia de salud pública, que son imprescindibles como consecuencia de la atención a los desplazados extranjeros (medidas frente a enfermedades que se consideraban extinguidas, medidas frente a nuevas enfermedades, como las tropicales).

6. El Fondo debe contar con recursos económicos suficientes para cumplir esta función. Igualmente, es preciso diseñar un mecanismo que, a modo de caja de compensación, permita redistribuir fondos entre los prestadores de la asistencia en función de la efectivamente prestada. En todo caso, todos los Servicios Autonómicos de Salud deben contar con una dotación suficiente para el cumplimiento de sus funciones; un mínimo que no puede resultar afectado por estas fórmulas de redistribución.

SISTEMA DE INFORMACIÓN SANITARIA

1. El sistema de información sanitaria es esencial para el funcionamiento racional y ordenado del Sistema Nacional de Salud. La preocupación de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad, que se manifiesta en los artículos 53 a 58, es loable; sin embargo, los medios diseñados resultan insuficientes.

2. La gestión del sistema de información debería residir en un organismo en el que participen todos los sujetos que tienen la obligación de suministrar información, en particular los Servicios Autonómicos de Salud que son sus usuarios potenciales más relevantes. No sirve a esta necesidad encomendar la gestión del sistema de información a un órgano administrativo sin autonomía en la gestión y sin que las Comunidades Autónomas participen.

3. La tarjeta sanitaria individual debería tener los datos identificativos mínimos (personales, derecho a la asistencia, prestador de la asistencia) pero, también per-

mitir el acceso a información clínica (historia clínica) y administrativa (situación a efectos de seguridad social), información que no tiene que estar incorporada a la tarjeta; e, incluso, facilitar el acceso a servicios (petición de consulta, evolución lista de espera...). En todo caso, el uso debe quedar a la voluntad de su titular mediante una clave de acceso que garantice el derecho a la intimidad y el ejercicio del consentimiento informado.

4. Las "huellas informáticas" que, inevitablemente, dejará tras de sí la tarjeta sanitaria individual cuando se utilice exige diseñar una regulación que garantice el adecuado tratamiento de estos datos sensibles y la máxima garantía de respeto a la intimidad y confidencialidad. A buen seguro será preciso un organismo "independiente" al que se encomiende la efectividad de estas garantías.

5. Buena parte de los problemas que suscita la implantación de la tarjeta sanitaria individual –entre otros, que no sea sustituible por el DNI- serían papel mojado si, de una vez, se produjera la universalización de la sanidad –derecho de los españoles por su sola condición de ciudadanos- desgajándola de la Seguridad Social y con ello de la condición de beneficiario y alta por el Instituto Nacional de la Seguridad Social como presupuestos del derecho a la asistencia sanitaria.

MESA DE TRABAJO. BIOTECNOLOGÍA: CUESTIONES JURÍDICAS

Tras una amplia revisión de la legislación española existente relativa a estas materias, complementada por la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, y de los pronunciamientos de los organismos nacionales e internacionales más destacados, así como de la normativa e informes emanados de las Comunidades Europeas, se llegaron a las siguientes conclusiones, fruto de un debate más extenso de lo reflejado en las mismas.

EMBRIONES CONGELADOS E INVESTIGACIÓN.

1. Desde el punto de vista jurídico, y sin olvidar los aspectos éticos que estas cuestiones entrañan, se considera que como premisa fundamental en la investigación y experimentación con preembriones y embriones humanos se deben ponderar los beneficios que los resultados de ambas actividades van a reportar a la humanidad en su conjunto y a los individuos en particular, así como las implicaciones negativas que de dichas actividades se pudieran derivar.

2. Por otro lado, se considera que la libertad de investigación y experimentación sobre preembriones y embriones humanos no se configura como un derecho absoluto, sino que se encuentra limitada por aquellos principios generales que rigen la investigación y la experimentación científica, concretados en las correspondientes normas legales y en diversas declaraciones nacionales e internacionales de aplicación a la materia.

3. Por último, se considera que ante la insuficiencia de la legislación relativa a la investigación y experimentación sobre preembriones y embriones humanos, existe la necesidad de regular específicamente el estatuto jurídico que en nuestro ordenamiento deben ostentar tales preembriones y embriones humanos, perfilando cuestiones jurídicas no plenamente reguladas en la actualidad y abordando las cuestiones derivadas de los nuevos avances biotecnológicos.

BANCOS DE MATERIAL GENÉTICO.

1. Con relación a la cuestión de los embriones congelados y los bancos de material genético, se estima que el problema más importante que existe actualmente es el relativo a la solución que ha de aplicarse a los embriones crioconservados cuyo plazo de crioconservación ya ha caducado. Dicha cuestión es de necesaria regulación, por lo que se considera un acierto que el Gobierno haya presentado un proyecto de ley modificando la regulación preexistente en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida.

2. Sin embargo, a la vista del contenido del Proyecto de Ley presentado por el Gobierno el 20 de agosto de 2003, por el que se modifica la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (*aprobado por Ley 45/2003, de 21 de noviembre, BOE, núm. 280, de 22 de noviembre de 2003*), y de la reciente Ley del Parlamento Andaluz de 9 de octubre de 2003, por la que se regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación in vitro, y dado que ambas leyes contienen regulaciones diferentes respecto de la misma cuestión, se considera que el debate sigue abierto respecto de cuál de ellas sea más acertada o se ajuste mejor a los principios que rigen nuestro ordenamiento. La Ley estatal sólo permite que en el futuro los preembriones no transferidos sean donados exclusivamente con fines reproductivos, con el consiguiente consentimiento de los progenitores; aunque, respecto a los embriones congelados supernumerarios establece que las parejas pueden elegir entre el manteni-

miento de la crioconservación hasta que les sean transferidos, la donación a otras parejas con fines reproductivos en lista de espera, la utilización para la investigación dentro de los límites permitidos por nuestra legislación, o la descongelación sin otros fines. Por su parte, la Ley autonómica considera los preembriones sobrantes de la FIV como preembriones no viables por haber transcurrido más de cinco años desde su crioconservación, pudiéndose dedicar a la investigación aquellos preembriones no desarrollados *in vitro* más de catorce días desde su fecundación en un Proyecto de investigación rodeado de las suficientes garantías, con el consiguiente consentimiento de los progenitores.

LA CLONACIÓN DE ÓRGANOS CON FINES TERAPÉUTICOS.

1. Por lo que se refiere a la clonación de órganos con fines terapéuticos, se ha llegado a la conclusión de que nuestra legislación no contempla de manera directa dicho tipo de clonación. De la redacción de diversos preceptos se deduce que en dicha legislación se alude indirectamente a algunas técnicas de clonación, prohibiendo explícitamente la clonación con fines de reproducción, pero sin mencionar expresamente la clonación terapéutica. Su régimen jurídico se ha ido nutriendo de la interpretación doctrinal que se ha realizado de las normas que regulan los principios básicos aplicables a la investigación y experimentación con preembriones y embriones humanos, y a la donación de las células, tejidos y órganos de los mismos, así como de la normativa que regula la utilización de tejidos humanos.

2. De otro lado, en nuestro Derecho resulta especialmente difícil interpretar cuál es el régimen jurídico de la clonación terapéutica, puesto que su admisibilidad se encuadra en un debate más amplio en el que existen diversas posturas doctrinales, incluso enfrentadas, en torno al momento en que se considera que un ser adquiere la cualidad de ser humano, en cuanto a los límites de la propia investigación sobre preembriones, y en punto a la propia creación de preembriones para la investigación.

3. Por otra parte, dicha dificultad se acrecienta si se piensa que en España, además, son de aplicación no sólo la legislación nacional sino aquella normativa emanada de las Comunidades Europeas, cuyo Parlamento se manifiesta por el momento contrario a la realización de la clonación reproductiva y terapéutica, aún cuando en los últimos informes de la Comisión Europea no se ha cerrado la puerta definitivamente a esta última, lo que denota

que la admisibilidad de la misma tampoco tiene una clara respuesta a nivel supranacional.

4. Por todo ello, se ha llegado a la conclusión de que es necesaria la reforma de la legislación vigente en el sentido de distinguir y clarificar las diversas técnicas de clonación (clonación genética, clonación celular, gemelación artificial, paraclonación, clonación reproductiva y clonación terapéutica), estableciendo claramente cuáles de ellas están permitidas y cuáles no lo estarían en el ámbito de nuestro ordenamiento jurídico, y las consecuencias jurídicas derivadas de su aplicación, dados los posibles beneficios o resultados favorables que algunas de estas técnicas implican tanto para el avance en la investigación básica y experimentación en la terapia celular cuanto en el tratamiento de enfermedades graves y degenerativas y en la mejora de los trasplantes de órganos.

PROTECCIÓN PENAL CONTRA LA MANIPULACIÓN GENÉTICA.

1. Por lo que respecta a la protección penal contra la manipulación genética, se ha llegado a la conclusión general de que se deberían perfilar mejor las conductas tipificadas en el Código penal con el fin de establecer claramente los límites a la investigación y experimentación con genes tanto en el artículo 159 del mismo (que se refiere propiamente al delito de manipulación genética) como en el artículo 161,1 y 2 (que contempla tres delitos diferentes: la fecundación de óvulos con fines distintos a la procreación, la creación de seres idénticos por clonación, y la selección de la raza), poniendo en relación necesariamente la legislación penal con la legislación de nuestro país sobre estas materias (Ley de Técnicas de Reproducción Asistida y legislación complementaria), así como con los Tratados y Convenios internacionales ratificados por España, para una redacción más conforme con el contexto legislativo.

2. En relación a las penas atribuidas a cada uno de los delitos relativos a la manipulación genética (arts. 159 a 162 del CP), se manifiestan discrepancias entre los miembros que integran la Mesa de trabajo, pues un sector estima que resultan suficientes las penas señaladas para cada delito en el Código penal, mientras otro sector opina que dichas penas, por su repercusión, incluso económica, deberían endurecerse más.

3. Por otra parte, frente a la corriente de opinión doctrinal que estima que además de estos delitos (manipulación genética, fecundación de óvulos con fines dis-

tintos a la reproducción, clonación reproductiva, selección de la raza, utilización de la ingeniería genética para producir armas biológicas o exterminadoras de la especie humana, práctica de la reproducción asistida sin consentimiento de la mujer) deberían incluirse en el Código penal otras conductas que en la actualidad se sancionan administrativamente como infracciones graves o muy graves en la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida, se ha llegado a la conclusión de que no se deben incluir en el Código penal más conductas que las que ya se encuentran tipificadas en el mismo.

4. De otro lado, se considera que es necesaria una reflexión sobre el supuesto de hecho de aplicación a una mujer con su consentimiento de las técnicas de reproducción asistida con material genético del marido, de la pareja o de un tercero que, por el contrario, no ha prestado su consentimiento a dichas prácticas, supuesto al que no se refiere nuestra legislación y que ha acontecido en alguna ocasión, debiendo analizarse cuáles podrían ser las consecuencias jurídicas derivadas de dicho acto.

5. También se considera necesario que se realice una aclaración acerca de si sería posible el aborto en el supuesto de aplicación de las técnicas de reproducción asistida sin el consentimiento de la mujer.

6. Por último, se estima que sería necesario delimitar el delito de aplicación de las técnicas de reproducción asistida a una mujer sin su consentimiento de otros delitos que pudieran concurrir con aquél, en especial del delito de lesiones al feto.

MESA DE TRABAJO. PROFESIONES SANITARIAS

Habida cuenta del lema del Congreso, a lo largo de las cuatro sesiones siempre planeo sobre los participantes la posibilidad de que la normación por parte de las Comunidades Autónomas pudiera ir en contra de la cohesión del Sistema Nacional de Salud. Con carácter general fue rechazada de plano tal posibilidad.

MODELOS RETRIBUTIVOS AUTONÓMICOS

No se considera necesario la existencia de un régimen común para todas las Comunidades Autónomas, ya que cada una tiene competencias y puede primar aquellos conceptos retributivos que estime más conveniente para la consecución de sus objetivos. La no homogeneización

de las retribuciones se percibe como un hecho irreversible.

Es preciso y conveniente que existan retribuciones variables y no consolidables que estén vinculadas al cumplimiento de los objetivos previamente pactados.

Las homologaciones de retribuciones no pueden darse a cambio de nada. Las mejoras retributivas tienen que servir para posibilitar los cambios organizativos de los diferentes Servicios de Salud.

CARRERA PROFESIONAL

Tras una referencia inicial a una serie de problemas que debían resolverse para la implantación de la carrera profesional, que con mayor o menor acierto ya se habían resuelto o en ocasiones sufrido y no resuelto en aquellas Comunidades Autónomas que más han avanzado en este tema, el debate se centro en la existencia de diferencias entre carrera profesional y desarrollo profesional.

Se concluye que el desarrollo profesional no entra en colisión con la carrera profesional, aunque se mueven en el mismo entorno. Son dos conceptos diferentes. El primero es el reconocimiento profesional sin que el mismo conlleve un reconocimiento pecuniario. Por el contrario, la carrera profesional se mueve en el mundo de las retribuciones y supone un complemento retributivo.

ORDENACION DE LAS PROFESIONES SANITARIAS

Fue la que menos debate suscito reconociendo la bondad del proyecto de Ley de Ordenación de las Profesionales Sanitarias, sobre todo por lo que supone de regulación en el ámbito privado, ya que los requerimientos que la misma exige se cumplen con creces en el ámbito público.

Se hizo una breve reflexión sobre la mala técnica jurídica utilizada al incorporar a la misma temas que no tienen encaje natural, tales como los del artículo 8 o la referencia a los cargos directivos.

FORMACION CONTINUADA

Sin duda alguna fue la mesa que más debate suscito. Se alcanzaron las siguientes conclusiones:

1. La formación continuada debe perseguir el mantenimiento de las habilidades del profesional a lo largo de toda su vida laboral.

2. Debe de ser una formación finalista, es decir, aquella que es necesaria para la organización. Solo de esa manera puede entenderse que sea una obligación para la misma.

3. Hay que gestionarla bien, evitando en lo posible los efectos colaterales que en ocasiones se persiguen con la formación.

4. No a la formación continuada solo para conseguir objetivos tales como el ingreso, la movilidad, etc.

5. La formación continuada tiene que ser gestionada más eficazmente por las propias Administraciones Públicas.

6. Acreditar bajo los mismos principios el establecimiento de controles es un intento de poner orden en un sector. Sin entrar a regularlo, por la vía de hecho se consigue la cohesión del sistema.

LEGISLACIÓN NAVARRA SOBRE VOLUNTADES ANTICIPADAS: EN PARTICULAR, EL SUJETO OTORGANTE Y LA FORMALIZACIÓN DEL DOCUMENTO

M^a Luisa Arcos Vieira

Profesora Titular de Derecho civil.- Universidad Pública de Navarra

Sumario: I.- Introducción; II.- La regulación navarra sobre la denominada “declaración de voluntades anticipadas”; III.- El “documento” de voluntades anticipadas; IV.- El sujeto otorgante del documento de voluntades anticipadas; V.- El procedimiento de formalización

I.- Introducción

En mayo de 2002 se aprobó en Navarra la *Ley Foral sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica* (BON 13.5.2002). Dicha ley se inscribe en un proceso legislativo cuyo punto de origen puede situarse en el art. 43 de la Constitución española, que reconoce el derecho a la salud desarrollado luego por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Esta norma básica fue, a su vez completada y desarrollada para Navarra por la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, cuyo art. 5 recoge en una relación de diecisiete puntos los derechos reconocidos a los usuarios del sistema sanitario navarro.

En el plano internacional, y tras diversas declaraciones sobre derechos de los pacientes que derivan, en última instancia, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, se suscribe el 4 de abril de 1997 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, también conocido como el Convenio de Oviedo, que finalmente entró en vigor en España el día 1 de enero de 2000. Desde ese momento, y dado el carácter jurídicamente vinculante de este Convenio, se hace evidente la necesidad de actualizar la legislación española preexistente para responder de manera adecuada a las exigencias planteadas por esta última norma.

La implantación por la Constitución española de 1978 de un sistema de distribución de competencias legislativas entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que en la materia que se contempla se resuelve en la posibilidad de éstas de desarrollar la legislación básica del Estado si así fue asumido por los respectivos Estatutos de Autonomía, explica que desde el año 2000 hasta la fecha se hayan publicado numerosas leyes para el desarrollo de los derechos de los pacientes en distintos ámbitos territoriales –incluida la ley estatal de carácter básico–, a la luz de los principios marcados en el Convenio de Oviedo y las leyes aplicables. En unas Comunidades Autónomas ese

desarrollo se ha llevado a cabo mediante la promulgación de leyes específicas (así en Navarra, Cataluña, País Vasco, Galicia, etc.) y, en otros, incluyendo las normas necesarias en las leyes de salud o de ordenación sanitaria.

En ese contexto debe situarse la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, que continúa la línea avanzada con anterioridad por la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre - pionera en la regulación específica del consentimiento informado, las voluntades anticipadas y la documentación clínica-, y por la Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo.

Pero, además, la entrada en vigor del Convenio ya citado exigía el desarrollo y adecuación de los derechos de los pacientes contemplados previamente en la Ley General de Sanidad de 1986, lo que se ha llevado a cabo mediante 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* (BOE 15/11/2002).

La preexistencia de algunas leyes autonómicas a la entrada en vigor de esta ley estatal podía provocar algunos problemas de desajuste entre los preceptos de esas leyes y los de ésta que, en virtud de su carácter de legislación básica, expresamente declarado en su disposición adicional 1ª, resulta de directa aplicación en todo el Estado. En el caso de Navarra, se apreciaron ciertas necesidades de reforma de la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, que se solventaron mediante la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril. Salvo error u omisión, no se han producido hasta la fecha reformas en otras leyes autonómicas (como la catalana o la gallega) que igualmente habían sido aprobadas con anterioridad a la vigencia de la ley estatal.

II.- La regulación navarra sobre la denominada "declaración de voluntades anticipadas"

Lo que hoy se configura legalmente como la declaración de *voluntades anticipadas* (en las leyes de Navarra, Cataluña, Valencia, País Vasco y Galicia), de *instrucciones previas* (en la ley estatal y en la de Castilla-León), o, en la práctica, como *testamento vital*, no se hallaba contemplado ni en la Ley General de Sanidad ni, para el caso de Navarra, en la Ley Foral de Salud -hasta la modificación introducida en su art. 5.6.b por la Ley Foral 11/2002-, y aparece simplemente apuntado en el Convenio del Consejo de Europa de 1997, en los términos siguientes:

Artículo 9 (Deseos expresados anteriormente)

Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

Esta norma constituye por tanto el único precedente de las distintas regulaciones hoy vigentes en el ordenamiento español para la figura, encabezadas desde un punto de vista estrictamente cronológico por el art. 8 de la ley catalana de diciembre de 2000, con un contenido al que más tarde se sumarán también, con algunas diferencias, tanto la ley básica estatal como el resto de las normas autonómicas, y entre ellas la navarra.

La Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, contempla lo que denomina "declaración de voluntades anticipadas" en un extenso art. 9, que recoge los aspectos fundamentales de la figura y que se completa con la previsión de la disposición adicional cuarta acerca de la necesidad de su registro y de la coordinación en el ámbito del Sistema Nacional de Salud para garantizar su efectividad. El análisis del contenido de aquel artículo debe hacerse ineludiblemente tomando en consideración los preceptos correspondientes de la ley básica estatal -en concreto su art. 11- aprobada con posterioridad a la ley navarra.

Finalmente, el Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, ha regulado el Registro de Voluntades Anticipadas desarrollando así ambas leyes.

III.- El "documento" de voluntades anticipadas.

A pesar de que la rúbrica del art. 9 de la ley navarra se refiere a una "declaración" de voluntades anticipadas, de la lectura del precepto queda claro que la ley sólo contempla las declaraciones que adquieren constancia documental, y además con los requisitos y formalidades establecidos en la misma. Esta identificación entre el contenido y la forma de una declaración de voluntad permitiría plantear algunas cuestiones para el caso de declaraciones que no cumplan con las exigencias formales de la ley. No es ése, sin embargo, el objeto de estas líneas, en las que se hará referencia de forma exclusiva a las previsiones legales establecidas para el supuesto de voluntades formalizadas documentalmente.

A la vista de los términos empleados, lo que tanto la ley estatal (art. 11) como la ley foral (art. 9) -y otras como las de Cataluña, Valencia, Galicia...- parecen querer regular propiamente es el régimen de *un tipo de documento* con un determinado contenido. Basta leer el inicio de los

artículos correspondientes de las leyes mencionadas para apreciar que el interés se centra inmediatamente en el mismo, poniendo así de manifiesto una técnica, en mi opinión, poco rigurosa. Creo que puede admitirse sin dificultad que lo que las leyes pretenden abordar, en el fondo, es el tratamiento jurídico que merecen las indicaciones que los propios interesados quieren hacer para anticiparse a eventos futuros relacionados con su salud; esto es, se trata de decidir si deben o no ser atendidas por el personal sanitario, y, en el primer caso, con qué requisitos y en qué medida.

Desde esa perspectiva hubiera sido preferible, por tanto, empezar (en la línea de las leyes del País Vasco, Castilla-León, Cantabria, Madrid o La Rioja) por reconocer a los ciudadanos el derecho a predeterminar sus preferencias en este campo, para a continuación establecer los límites que, como todos los demás, ese derecho tiene, y regular la forma o los requisitos para su ejercicio. Recuérdese en este sentido que el art. 9 del Convenio de Oviedo se limitaba a disponer que "serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad", abordando así directamente el fondo de la cuestión, que es justamente el respeto a la voluntad y autonomía del (acaso todavía "futuro") paciente sobre uno de sus bienes más fundamentales, objetivo que resulta común, por otra parte, a las normas que en aquellas mismas leyes reconocen y regulan otros derechos, como el relativo a la información asistencial, el otorgamiento del consentimiento informado, etc.

Continúa el art. 9 de la ley foral, claramente inspirado en el correspondiente de la ley catalana, indicando que el documento en cuestión debe ser "dirigido al médico responsable". Creo que este inciso (recogido, además de en las leyes citadas, en la aragonesa y la extremeña) no resulta especialmente acertado y debe interpretarse en la forma acaso menos evidente, pero a mi juicio más razonable. La mención al médico responsable en el documento de voluntades anticipadas no es propiamente un requisito que deba recogerse en la definición legal de ese documento. No lo es si entendemos esa referencia como indicación de la identidad del facultativo, por la evidente razón de que en muchos casos será imposible conocer su identidad en el momento de la formalización de las instrucciones. Pero tampoco lo es ni siquiera considerando que la ley pidiera una simple mención genérica al "médico que resulte responsable en cada caso". Esto es impropio, como lo sería definir el testamento como un documento necesariamente "dirigido a los herederos": la califi-

cación del documento de voluntades anticipadas vendrá dada por su contenido típico y, una vez comprobada su validez, independiente de la existencia o identidad de eventuales "destinatarios", toda persona implicada (entre ellas el médico responsable) deberá respetarlo, en la medida en que contiene la voluntad del sujeto sobre actuaciones futuras relativas a su propia salud.

Curiosamente, la propia ley navarra dispone en el apartado 2 del art. 9 que "el documento de voluntades anticipadas deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan alguna relación con el autor del mismo, como si se tratara de un testamento", inciso este último, por otra parte, impropio de un texto legal y, acaso por ello, inexistente en el resto de las leyes sobre la materia.

En suma, una correcta interpretación de la expresión "dirigido al médico responsable" descubre la verdadera utilidad de la misma (no recogida, por cierto, en la ley básica estatal), limitada, por una parte, a incidir una vez más en el deber del médico de respetar la voluntad del paciente y, por otra, a señalar la lógica necesidad de que quien debe respetar las instrucciones previas tenga que haberlas conocido previamente. Por otra parte, ambos aspectos ya aparecen contemplados específicamente en la ley foral, en los apartados 2 y 4, respectivamente, del propio art. 9.

IV.- El sujeto otorgante del documento de voluntades anticipadas

Una peculiaridad de la ley foral navarra se encuentra en la determinación de los sujetos que pueden formalizar un documento de voluntades anticipadas. La práctica totalidad de las leyes autonómicas vigentes limita esa posibilidad a los sujetos mayores de edad con capacidad suficiente (en ocasiones se alude a la plena capacidad de obrar, o a la capacidad legal suficiente) exigiendo además que hayan actuado libremente al otorgar el documento. La ley valenciana incluye expresamente al menor emancipado (art. 7.1). Por su parte, la ley navarra admite la validez del documento realizado por "un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente Ley Foral" (art. 9.1). Esto exige indagar en el contenido de la ley más allá de los preceptos relativos al documento de voluntades anticipadas, en los que no se encuentra ninguna aclaración al respecto. Sí puede obtenerse un criterio de la lectura del art. 8.2.b), que contempla los diversos supuestos de otorgamiento del consentimiento informado por sustitución. En ese precepto, tras indicar que en el caso de ciertos sujetos, entre ellos los menores, deberán consentir quienes

tengan su tutela o curatela (a lo que cabría añadir, obviamente, la patria potestad), se dispone lo siguiente:

Los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento. En el caso de los menores, el consentimiento debe darlo su representante después de haber escuchado su opinión, en todo caso, si es mayor de doce años.

Parece por tanto deducirse que, conforme a la ley foral, no sólo los menores emancipados pueden otorgar un documento de voluntades anticipadas, sino que también podrán hacerlo todos los sujetos mayores de 16 años, aun cuando sigan sometidos a la patria potestad o la tutela, en la medida en que son también los únicos que pueden decidir prestar o no el denominado "consentimiento informado". En suma, para la ley navarra son los únicos legitimados para adoptar las decisiones de presente y de futuro sobre su tratamiento en caso de enfermedad.

La regulación navarra suscita alguna reflexión en torno a su validez. Hay que señalar que la redacción de la ley foral se aparta en este punto de lo que se dispuso más tarde en la ley básica estatal que, como la mayoría de las leyes autonómicas, limitó la posibilidad de otorgar el documento de referencia a los mayores de edad (art. 11.1), y ello aunque paralelamente también eliminó para los sujetos mayores de 16 años no emancipados la necesidad de consentimiento por sustitución (en sentido coincidente con la ley estatal, arts. 14 y 15 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón).

Al margen de lo anterior, la diferencia de regulación, aun en el caso de que se considerase admisible, puede ocasionar problemas de otra índole relacionados con su efectiva aplicación y su registro.

En cuanto a lo primero, la Exposición de Motivos de la ley navarra finaliza aclarando que la misma se dicta en ejercicio de las competencias asumidas en los arts. 48 y 53 del Amejoramiento, sin más precisiones: el primero de esos artículos se refiere a la competencia exclusiva de Navarra en materia de Derecho civil foral, y el segundo delimita el alcance de la competencia de Navarra en materia de sanidad interior e higiene.

Si se considera, como creo debe hacerse, que el artículo de la ley foral que se está ahora comentando es una manifestación de la primera de las competencias, y que su contenido forma parte del Derecho civil navarro, *será de aplicación a quienes tengan la vecindad civil navarra*, porque es esta circunstancia –la vecindad civil– la que determina la sujeción de las personas bien al derecho civil

común bien a uno de los forales (art. 14.1 del Código Civil); y será de aplicación a quienes tengan la vecindad civil navarra *allí donde estén*, dado que la ley personal –esto es, el Derecho civil navarro para quienes tengan esta vecindad civil (art. 16.1.1ª CC)– es la que rige la *capacidad* de las personas físicas (art. 9 CC). De forma que un navarro mayor de 16 años que reciba asistencia sanitaria fuera de Navarra podrá presentar un documento de voluntades anticipadas que deberá ser respetado, mientras que otra persona de la misma edad pero con la vecindad civil del lugar no tendrá derecho a hacerlo. Y viceversa, en Navarra, aunque su ley admita que los mayores de 16 años tienen capacidad para otorgar el citado documento, se deberá rechazar el que presente cualquier sujeto con esa edad pero que no tenga la vecindad civil navarra. Y todo esto complicado por el hecho de que la comprobación de la vecindad civil de cada sujeto no es tarea fácil –a diferencia de la mayoría de edad–, y menos para el personal sanitario que quizá, además, deba tomar una decisión con cierta urgencia.

Si, contrariamente, se considerase que los preceptos relativos al documento de voluntades anticipadas no han sido dictados por Navarra en ejercicio de su competencia exclusiva sobre el Derecho civil propio, sino que su contenido debe adscribirse a la ordenación de la sanidad en esta comunidad (art. 53 LORAFNA), la eficacia de la norma (de aceptarse su validez) sería territorial, puesto que, salvo excepciones, "todas las facultades y competencias correspondientes a Navarra se entienden referidas a su propio territorio" (art. 43 LORAFNA). En tal caso, por tanto, la eficacia del documento otorgado por un menor de edad mayor de 16 años debería referirse a todos aquéllos que pretendan hacerse valer en el ámbito de la sanidad navarra, con independencia del origen del otorgante y, paralelamente, tales documentos no serían eficaces fuera del territorio navarro. Esto, se insiste, para el caso de que resultara admisible la desviación de lo dispuesto en la ley foral, en ejercicio de sus competencias sobre sanidad, respecto del régimen de la ley estatal básica; hay que recordar a este respecto que la reforma llevada a cabo en abril de 2003 en la ley navarra, para su adecuación a la ley estatal, únicamente ha introducido cambios en ciertos artículos referidos a la historia clínica.

Por lo que respecta al registro de las voluntades anticipadas, debe señalarse que todavía no se ha creado el Registro Nacional de Instrucciones Previa que prevé el art. 11.5 de la ley estatal al efecto de "asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo

con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas". Sin duda la existencia de un registro centralizado puede facilitar notablemente la consecución de ese objetivo, siempre que se establezca un sistema adecuado y fiable de interconexión con los registros territoriales –autonómicos– que, éstos sí, ya se han creado en algunas comunidades (entre ellas Navarra, por Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio) y se crearán previsiblemente en las restantes a corto o medio plazo. Pero deben tomarse en consideración dos cuestiones.

La primera es que la inscripción del documento no se plantea generalmente como obligatoria (por ejemplo, art. 2.a del DF 140/2003), por lo que cabe pensar que un cierto número de ellos no pasará el control de ajuste a la legalidad que implica la presentación del documento para su constancia registral (el art. 4 del DF 140/2003 dispone en su apartado 1 que "la inscripción sólo puede denegarse motivadamente en caso de inobservancia de las formalidades legalmente establecidas para el otorgamiento del documento de voluntades anticipadas", y en su apartado 3 que "en caso de que el documento de voluntades anticipadas se haya otorgado ante testigos, el responsable del Registro comprobará la edad del otorgante y de los testigos, así como que el documento de voluntades anticipadas contenga la firma de todos ellos y, en su caso, el documento que acredite la emancipación del otorgante"). Y puesto que para la formalización del documento ni siquiera es necesaria la intervención notarial, es posible que se presenten documentos otorgados por menores con presencia de testigos que los médicos responsables tiendan a ignorar mediante el recurso al consentimiento de los padres o tutores del menor. Por esta razón, resultaría particularmente interesante, al objeto de asegurar su efectiva aplicación, que las voluntades anticipadas realizadas por menores de más de 16 años se formalicen ante notario, y/o se inscriban.

La segunda de las cuestiones surge precisamente al intentar concretar en qué registro pueden o deben inscribirse las instrucciones previas cuando el interesado haya tomado la decisión en este sentido. No es difícil pensar en el caso de que una persona que redactó el correspondiente documento en su lugar de residencia habitual se desplace a otra comunidad para recibir determinados tratamientos; e igualmente cabe pensar en que un paciente que no ha redactado instrucciones previas, y que se encuentra fuera de su comunidad para recibir tratamiento médico, tome entonces la decisión de expresar anticipadamente su voluntad (por ejemplo, ante la inminencia de una operación imprevista, o el descubrimiento de la gravedad de su enfermedad) y vuelva luego a su lugar de origen. Pues bien,

las normas legales o reglamentarias existentes no determinan el ámbito de aplicación de los respectivos registros territoriales: ¿puede cada sujeto decidir en cuál de ellos prefiere inscribir? ¿puede solicitar la inscripción de sus voluntades anticipadas en más de un registro autonómico, o en todos ellos?

Para los casos regulados de forma homogénea en toda España (instrucciones de personas mayores de edad) esta indefinición normativa perderá seguramente trascendencia con la creación del registro nacional porque, cualquiera que sea el registro autonómico en que se solicite la inscripción, los requisitos a comprobar serán los mismos, y una vez aceptada la inscripción se tendrá constancia de ella en el registro nacional. Pero esto no excusa de solucionar una cuestión previa: si existe algún tipo de criterio que indique para cada ciudadano cuál es el registro al que deba acudir, o en qué orden, en su caso.

Si la situación apuntada mantiene cierto interés incluso en los casos con una regulación común en toda España, aquél se incrementa notablemente en los supuestos regulados con distintos criterios según las comunidades. Para tales supuestos, la presentación del documento a su inscripción en un registro de territorio distinto al de la ley que lo ampara (p. ej., el formalizado por un menor conforme a la ley navarra que se pretenda inscribir en Aragón) o bien será rechazado por no cumplir los requisitos que establece la legislación de esa Comunidad Autónoma (ocurrirá así en Cataluña, donde el art. 4.2 del Decreto 175/2002, de 25 de junio impone al funcionario que recibe un documento realizado ante testigos que compruebe "la mayoría de edad del otorgante"; y también en Aragón, en virtud de lo dispuesto en el art. 10.1 del Decreto 100/2003, de 6 de mayo), o bien obligará al funcionario de turno a una indagación compleja de cuál sea la ley aplicable al otorgante y qué requisitos establece.

Sobre todo, la situación descrita pone a mi juicio de manifiesto la conveniencia de unificar el régimen aplicable en la materia, lo que, por cierto, podría haberse favorecido si el legislador estatal hubiera actuado con la celeridad con que se hizo, por ejemplo, en Cataluña, anticipándose por tanto a las iniciativas autonómicas, que así hubieran legislado sobre la base de las normas estatales. Pero, por otra parte, la homogeneidad de la legislación en la materia se ve ciertamente dificultada por la combinación de las competencias que se ven implicadas en ella. Como apuntaba la ley foral, parte de sus preceptos tienen un contenido que forma parte del Derecho civil y, por ello, probablemente serán competencia exclusiva de ciertas Comunidades Autónomas (art. 149.1.8ª de la Constitución Española). Esta circunstancia introduce la consideración

de varios factores: primero, que acaso resulte discutible la valoración que la ley estatal hace de su propio contenido, ignorando el carácter posiblemente civil de algunos artículos que, en esa medida, no serían de aplicación directa sino subsidiaria en las comunidades con Derecho civil propio; segundo, que aquellas comunidades que carecen de Derecho civil propio acaso estén regulando aspectos que exceden de sus competencias legislativas; y tercero, que la competencia de algunas Comunidades Autónomas para legislar en materia de Derecho civil no es incompatible con un ejercicio de la misma que tienda a la regulación uniforme de una materia en todo el Estado.

V.- El procedimiento de formalización

La coincidencia de las distintas leyes en este aspecto es notable -aunque no absoluta- en la línea marcada desde el primer momento por la ley catalana de diciembre de 2000. La ventaja que presenta esa coincidencia legislativa se advierte con claridad si se repara en que la ley estatal no contiene previsiones específicas acerca de los procedimientos de formalización de las voluntades previas. Dos de ellos se recogen de forma casi idéntica en la mayoría de las leyes autonómicas, algunas de las cuales admiten además una tercera opción. Pero cabría preguntarse si con ello no se está derivando hacia un sistema notablemente más formalista que el pretendido por la ley básica, que únicamente exige que el documento conste por escrito (art. 11.2). Entre las leyes autonómicas, la de Ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid (Ley 12/2001, de 21 de diciembre) sigue esta línea y sólo dispone -art. 28.3- que las instrucciones "deberán manifestarse por escrito de forma que quede constancia fehaciente de que se han expresado en las condiciones que se señalan en el apartado 1 de este artículo", esto es, por persona mayor de edad capaz y que actúe libremente. En el extremo opuesto, el art. 6.5 de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja parece exigir cumulativamente los requisitos de los dos procedimientos reconocidos por otras leyes autonómicas, además de la inscripción en el registro, generalmente voluntariamente, sin la cual en esa Comunidad Autónoma el documento no será vinculante para el Sistema Público de Salud.

La ley foral admite un doble procedimiento en el apartado 2 del art. 9: el otorgamiento de ese documento ante notario, y su formalización ante tres testigos.

Para el primer caso, la ley navarra se limita a señalar que no es necesaria la intervención de testigos. Este procedimiento tiene la ventaja de que, solicitada su inscripción en el Registro navarro acompañada de la presenta-

ción de una copia autenticada (art. 3.3 DF 140/2003), dicha inscripción se produce automáticamente, previa identificación del otorgante (art. 4.2 DF 140/2003).

Los documentos formalizados ante testigos requieren que actúen como tales tres personas "mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante".

En relación con la capacidad exigida para ser testigo, llama la atención que conforme a la ley navarra un sujeto mayor de 16 años pueda otorgar por sí mismo un documento de estas características, pero en cambio no pueda intervenir simplemente como testigo en el emitido por otra persona.

Tampoco pueden hacerlo, en lo que exceda de uno de los tres testigos necesarios, las personas que tengan con el declarante una relación de parentesco hasta el segundo grado, ni las que mantienen una relación patrimonial con aquél, limitaciones que se analizan a continuación separadamente.

A) Por razón de parentesco, quedan excluidos los padres y abuelos, hijos y nietos, y hermanos. Sólo uno de los testigos puede pertenecer a este círculo familiar más próximo. Podría ser dudoso si la prohibición se extiende a los parientes por afinidad (suegros, cuñados, nueras o yernos), duda que la ley vasca ha resuelto expresamente en sentido afirmativo (art. 3.3 de la Ley 7/2002, de 12 de diciembre), y que entiendo merece la misma respuesta para la ley navarra, con base en el argumento contrario a que en la interpretación de una ley se establezcan distinciones que la propia ley no hace. Pero sí es claro que la limitación no incluye en Navarra ni al cónyuge, que obviamente no tiene en su calidad de tal relación de parentesco con el otorgante, ni al conviviente en una pareja estable (figura regulada en Navarra por la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio), o en una pareja de hecho, ni a toda la familia del conviviente en cualquiera de los dos casos. El silencio legal respecto del alcance de una prohibición debe interpretarse en el sentido menos limitativo y, en consecuencia, puede darse la situación de que un sujeto pueda emitir válidamente su declaración ante su propio hijo, su pareja, y un hermano de ésta, pero ya no pueda hacer lo mismo si contrae matrimonio con la persona con la que venía conviviendo. De nuevo la ley vasca (en el mismo sentido, la Ley 7/2002, de Ordenación sanitaria de Cantabria, art. 34; y el art. 6.5 de la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de La Rioja) contiene una expresa previsión en este sentido:

tanto el cónyuge como el conviviente quedan asimismo excluidos como posibles testigos y ello, además, en todo caso, puesto que aquella Ley aplica estas limitaciones a los tres exigidos legalmente.

Por otra parte, puede plantearse asimismo la cuestión acerca de la repercusión que pudiera tener, sobre la efectividad del documento de voluntades anticipadas, la circunstancia de que los testigos que en el momento de la formalización no incurrieran en las prohibiciones legales lo hagan más tarde al cambiar su relación con el otorgante. Parece razonable inclinarse por la irrelevancia del cambio sobrevenido, pero ello puede permitir que se eviten en algunos casos los inconvenientes de la regulación legal de manera deliberada.

B) En cuanto a la prohibición que afecta a quienes mantengan una relación patrimonial con el otorgante, la amplitud de la fórmula legal empleada va a plantear dificultades de interpretación y, en consecuencia, de aplicación. Por una parte, surgirán dudas en cuanto a la delimitación del concepto, que, estrictamente, abarca infinidad de situaciones: desde luego una relación laboral, o de prestación de servicios, el arrendamiento de inmueble, un contrato de sociedad, etc. Pero también existen relaciones patrimoniales, y asimismo duraderas, como las citadas, entre cónyuges y entre convivientes en una pareja estable, y pueden existir entre los convivientes en una pareja de hecho, e incluso entre personas cuyo matrimonio o convivencia se extinguió, generando en uno de ellos el derecho a algún tipo de pensión económica a cargo del otro. ¿Quedarían todos estos sujetos excluidos de la intervención como testigos a través de esta segunda prohibición, cuando no lo estaban por la primera? Por otra parte, las relaciones económicas o patrimoniales ni tienen por qué prolongarse especialmente en el tiempo (compra de una casa que vende un amigo), ni tienen por qué resultar onerosas (un amigo que presta a otro todos los años la casa de la playa durante el mes de agosto), ni necesariamente deben constar fehacientemente. Cada matiz de los anteriores

puede dar lugar a las preguntas correspondientes. Pero excluir a alguno de esos sujetos con base en ese tipo de relaciones patrimoniales de alcance menor puede parecer desproporcionado. Y, contrariamente, cabe también pensar en sujetos de los que no podría decirse que mantienen en sentido estricto una relación patrimonial con el otorgante, y que sin embargo pueden suscitar más reticencias que los anteriores en cuanto a su participación en el documento de voluntades anticipadas: por ejemplo, el beneficiario en un seguro de vida para el caso de muerte, o el que se sabe heredero del otorgante (suponiendo que no se trate de parientes que quedarán ya excluidos en cuanto tales).

Con independencia de las anteriores consideraciones, el texto de la ley foral es claro en cuanto a las prohibiciones de ciertas personas para intervenir como testigos. Sólo apunto ahora dos comentarios. En primer lugar, que la persona interesada en hacer uso de este procedimiento acaso se vea compelida a llamar como testigos a quienes carecen de una especial relación con ella cuando, por el tipo de declaraciones que el documento contendrá, lo probable es que tanto el contenido como el hecho mismo de su otorgamiento se quisiera mantener reservado en el entorno personal más íntimo del otorgante. Y en segundo lugar, que los sujetos frente a los cuales la ley parece tener cierto tipo de reservas, seguramente por considerarlos personalmente implicados, pueden sin embargo ser nombrados representantes del otorgante (no existe para ello ninguna limitación) y quedar en consecuencia legitimados en exclusiva para adoptar en lugar de aquél decisiones fundamentales sobre su salud e incluso sobre su vida.

Finalmente, en Navarra no se ha previsto la formalización de las voluntades anticipadas por comparecencia ante determinados funcionarios de la Administración, como sí ocurre en Castilla-León (art. 30 Ley 8/2003, de 8 de abril) o en el País Vasco (art. 3 Ley 7/2002, de 12 de diciembre).



XIII CONGRESO DERECHO Y SALUD

Sistema Nacional de Salud: Incógnitas y retos pendientes

Cáceres, 24, 25 y 26 de noviembre

PROGRAMA PROVISIONAL

Miércoles 24 de noviembre				
09:00	Entrega de documentación y acreditación de congresistas			
09:30	Acto inaugural			
10:00	Conferencia Plenaria: "El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial" D. Juan Manuel Alegre Ávila Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Catabria			
11:15	Café			
11:30	Constitución de las mesas de trabajo			
Mesas de Trabajo	El aseguramiento de la responsabilidad patrimonial	La Cartera de Servicios	Algunos retos inmediatos de la Sanidad	El Estatuto Marco
12:15	Aseguramiento de centros públicos y privados: autoaseguramiento o aseguramiento con mercantiles aseguradoras D. José Manuel Jover Lorente Secretario General de Economía y Trabajo	Las prestaciones sanitarias y la cartera de servicios: problemas de delimitación material y competencial. D. Dámaso Villa Mínguez. Director General de Asistencia Sanitaria	La protección de los datos personales ante las nuevas tecnologías D. Juan Pablo Alejo González Subdirector de Sistemas de Información	El Desarrollo autonómico del Estatuto Marco D. José Luis Ruiz Ciruelos
14:00	Almuerzo			
15:30	Aseguramiento en la asistencia concertada y respecto a pacientes remitidos a centros privados D. Juan Carrera/ Manuel Pérez Piña	Las garantías de accesibilidad, movilidad y tiempos de espera D. José María Vergeles Blanca Director General de Formación, Inspección y Calidad Sanitaria	La atención socio-sanitaria D. Emilio Herrera Molina Director General de Atención Sociosanitaria y Salud	La Comisión de Recursos Humanos y la coordinación en materia de personal D. Ramón Jiménez
17:00	Café			

Miércoles 24 de noviembre				
17:15	<i>La baremación de daños: la conveniencia de su regulación</i> D. Juan Carrera/ Manuel Pérez Piña	<i>Las prestaciones farmacéuticas: financiación y participación autonómica</i> D. Galo A. Sánchez Robles Subdirector de Gestión farmacéutica	<i>La asistencia a inmigrantes: barreras legales y culturales</i> D. Víctor Manuel García Vega Secretario General de la Consejería de Sanidad y Consumo	<i>La regulación de la Jornada de trabajo</i> D. Pablo Ortiz de Elguea
20:00	Acto cultural			

Jueves, 25 de noviembre				
08:30	Asamblea de la Asociación Juristas de la Salud			
10:00	Ponencia: "La cartera de Servicios" D. Juan Pemán Gavín Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Lleida			
11:30	Café			
12:00	<i>El contrato de seguro: naturaleza ámbito y acciones asegurar</i> D. Juan Carrera D. Manuel Pérez Piña	<i>La Objeción de conciencia: ámbito y limitaciones</i> D. Juan Luis Beltrán Aguirre	<i>La investigación Biomédica: ámbito estatal y autonómico</i> D. Juan Carlos Bureo Dacal Subdirección de Atención Especiales	<i>La relación especial de residencia</i> D. Ramón Jiménez
14:00	Almuerzo			
Tarde Libre				
21:00	Cena oficial			

Viernes, 26 de noviembre				
09:00	Resumen y conclusiones de las Mesas de Trabajo.			
10:00	Conferencia Plenaria: "Retos inmediatos de la sanidad desde la perspectiva del defensor del Pueblo" D. Manuel Aguilar Belda Adjunto segundo al defensor del Pueblo y Ex-Consejero de Bienestar Social de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha			
11:15	Café			
11:30	Conferencia Plenaria: "Incognitas en el Estatuto Marco" D. Tomás Sala Franco Catedrático de Derecho Laboral. Universidad de Valencia.			
13:00	Acto de Clausura			

SOLICITUD DE ASOCIACION

DATOS PERSONALES

Nombre: _____
Primer Apellido: _____
Segundo Apellido: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Autonomía: _____
Teléfono/s:

--	--	--

Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI: _____

DATOS BANCARIOS

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____
Código Entidad:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Código Sucursal:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Dígitos de Control:

--	--

 (2 dígitos)
Cuenta:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

ENVIO CORRESPONDENCIA *(cuando sea diferente del domicilio)*

Lugar de trabajo: _____
Cargo: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____

Cuota de la Asociación 70 euros anuales

Remitir a: Asociación Juristas de la Salud Apartado 4074 31080 Pamplona

SOLICITUD DE SUSCRIPCION A LA
REVISTA **DERECHO Y SALUD**

DATOS SUSCRIPCION

Nombre/Razón Social: _____
Departamento/Servicio: _____
Número de ejemplares: _____
Dirección: _____
Código Postal: _____
Población: _____
Teléfono/s:

--	--	--

Fax: _____
Dirección e-mail: _____
DNI/NIF: _____

FORMA DE PAGO

Transferencia A la cuenta 2054-0172-81-9124709826

Domiciliación Bancaria:

Titular de la cuenta: _____
NIF del titular: _____
Entidad Bancaria: _____
Oficina: _____
Dirección oficina: _____

Código Entidad:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Código Sucursal:

--	--	--	--

 (4 dígitos)
Dígitos de Control:

--	--

 (2 dígitos)
Cuenta:

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

Importe de la suscripción 45 euros anuales (dos revistas)

Remitir a: Asociación Juristas de la Salud Apartado 4074 31080 Pamplona
