



JOSE LUIS PINO

Por el buen camino. En la reunión del Consejo Interterritorial celebrada en Madrid el pasado día 14 se debatió la estrategia para el abordaje de la hepatitis C. Se respaldó la elaboración de un primer borrador, dirigido a abordar dicha patología, que se encargó a cinco expertos nacionales. Una vez presentado, se someterá a análisis de

expertos internacionales y, posteriormente, se remitirá a autonomías, sociedades, pacientes y colegios. Un acto que refuerza la responsabilidad del Estado en su obligado papel que tiene para establecer las prioridades en las prestaciones orientadas a fortalecer el derecho a la protección de la salud.

Un derecho económico y no fundamental

Juristas sostienen que la protección de la salud está sometida a la financiación pública

El Estado, sujeto al principio de racionalidad y proporcionalidad para conceder prestaciones

culpa en la vía penal.

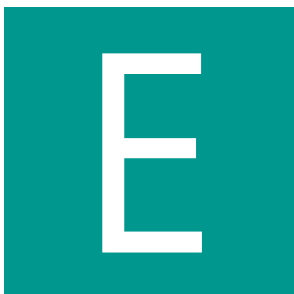
También resaltaron que no existe un derecho subjetivo del ciudadano a recibir una prestación sanitaria porque no es un derecho fundamental sino de contenido económico; la decisión de priorizar unos recursos, que son escasos y elegir entre las alternativas posibles, es política; es un derecho difícil de concretar porque implica un gasto público, y que no hay un único principio ético que permita una justa distribución de los recursos sanitarios sino una combinación de factores.

VALOR AÑADIDO

Federico de Montalvo, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad Pontificia de Comillas y vicepresidente del Comité de Bioética de España, señala que "lo que se debe exigir a los poderes públicos es que su decisión para financiar un proyecto sanitario, del tipo que sea, es que se ajuste a los principios de racionalidad y de proporcionalidad". Y ello "va a ocurrir siempre con aquellas resoluciones que afecten a fármacos".

► pasa a la pág. 3

MADRID
DIEGO CARRASCO
diego.carrasco@diariomedico.com



El derecho a la protección de la salud está recogido en la Constitución Española y abarca, entre otras cuestiones, la asistencia sanitaria. La protección a la salud no

se consagra como un derecho fundamental sino como un principio rector de la política social y económica del Estado. Esto significa que es un derecho que posee un contenido económico que está limitado por el gasto público que hace el Estado. Y aquí se abre el debate sobre el alcance y la financiación que realiza un Estado que posee unos recursos públicos que son limitados y que implican irremediablemente una elección entre las alternativas disponibles.

Se ha abierto un debate

que ha originado una cierta alarma social con la cobertura de medicamentos a pacientes afectados del virus VHC. La polémica es virulenta porque está en juego la salud de las personas y puede afectar al derecho fundamental de la vida. Tanto es así que el Partido Socialista de Madrid ha presentado ya dos recursos contenciosos en la Audiencia Nacional contra el acuerdo por el que se hizo público el Informe de Posicionamiento Terapéutico (IPT) de sofobuvir y contra la estrategia para priori-

zar el uso de antivirales de acción directa para curar la hepatitis C. También se amenazó con presentar una querrela en vía penal (ver *DM del 13-I-2015*).

Expertos consultados por DM han arrojado un poco de luz para aclarar cuál es el marco legal que tiene el Estado para garantizar esa protección a la salud, sus instrumentos, y sus límites, y si los tribunales pueden controlar dicho derecho y qué criterios éticos se pueden seguir para distribuir unos recursos que son escasos. Las principales conclu-

siones a la que los expertos han llegado son las siguientes: el Estado está obligado a tomar decisiones basadas en el principio de racionalidad y proporcionalidad; los jueces no pueden obligar a la Administración a suministrar un medicamento salvo que afecte a un mínimo exigible a la protección del derecho a la salud; los IPT tienen un valor clave para la financiación selectiva de medicamentos; el Estado puede incurrir en responsabilidad administrativa por inactividad, si bien en más difícil probar la

"Tenemos derecho al más alto nivel posible de protección"

Los documentos internacionales de Naciones Unidas, ratificados por España, establecen que "los ciudadanos tienen derecho al más alto nivel posible de salud física y mental". En este punto, el profesor De Montalvo advierte de que

"estamos en presencia de un derecho que es matizable de acuerdo con los recursos económicos que posea el Estado en cuestión". Esto significa que "ese derecho debe ser concretado por la Administración sanitaria. Y ese es uno de



Federico de Montalvo.

los grandes problemas que tiene". "No es lo mismo en un contexto de crisis que en una época de bienestar", apunta.

"El Constitucional contradice la Ley del Medicamento"

Pueden las comunidades autónomas financiar el coste total del medicamento a todos sus pacientes? La jurista considera que sí porque "la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional conecta el derecho a la protección

de la salud como un principio rector de los política social y económica con el derecho a la vida". Sin embargo, "en la Ley del Medicamento esta posibilidad no queda clara porque tras el Real Decreto de 16/2012, existe una clara



Nuria Garrido Cuenca.

recentralización de las competencias autonómicas en materia de financiación de medicamentos"

► viene de la pág. 2

macos o inversiones en tecnología que tienen un impacto económico". Evidentemente estas decisiones serán más controvertidas en un contexto de crisis económica que en época de bonanza.

Esta opinión es avalada por Nuria Garrido Cuenca, profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha, que ve imprescindible que la Administración siempre actúe sujeta a lo que establece el IPT, ya que tiene un valor añadido para la financiación selectiva de medicamentos".

El problema surge cuando el Estado no da un determinado medicamento que puede curar una patología y entonces el debate se traslada a los tribunales. Y la pregunta es: ¿pueden los jueces decidir si debe dar-

Priorizar unos recursos que son escasos y elegir entre las distintas alternativas posibles es una decisión exclusivamente política que corresponde ejercitarla al Estado

La Administración puede incurrir en responsabilidad administrativa en casos de inactividad y, en cambio, la vía penal es más difícil de apreciarla

se un fármaco para sanar una enfermedad? Alfonso Villagómez Cebrián, magistrado de lo Contencioso de Madrid, tiene claro que no porque "el ciudadano no tiene un derecho subjetivo a recibir un tratamiento o prestación sanitaria porque no es un derecho fundamental". Con esta opinión coincide De Montalvo al manifestar que "al ser un derecho económico la competencia presupuestaria es del Parlamento o del Gobierno".

En cambio, Alfonso Atela, abogado del Colegio de Médicos de Vizcaya, si considera que los jueces pueden controlar este derecho porque "la denegación de tratamientos sí puede lesionar el derecho a la protección de la salud e incluso derechos fundamentales como la vida o la integridad física".

Unido a esta cuestión está la supuesta responsabilidad en la que puede incurrir

la Administración, máxime cuando recientemente se han interpuesto recursos contenciosos contra la decisión del Gobierno y se amenaza con más reclamaciones tanto en vía penal como administrativa.

La profesora Garrido Cuenca considera que "es muy difícil que en vía penal prospere una querrela por lo complicado que es demostrar el dolo, culpa o negligencia para considerar que la conducta es punible, sobre todo, en delitos como omisión del deber de socorro o denegación de auxilio". En cambio, "en la vía administrativa sí que podría haber responsabilidad del Estado en casos de que se produzca una inactividad, es decir, que se reclame y se conteste por silencio administrativo". La experta y el magistrado Villagómez resaltan que "ya existe un precedente judicial con una sentencia del TSJ de Galicia de 2013, que condenó a la Administración a sufragar un medicamento innovador para una enfermedad muy rara. El paciente acudió por la vía especial de los derechos fundamentales" (*ver DM 16-IX-2013*).

De Montalvo introduce una matiz importante en esta cuestión. "Un juez nunca puede sustituir el criterio técnico de la Administración a la hora de decidir. Lo que sí le exigirá es que su decisión esté justificada desde un punto de vista racional". "Por ejemplo, en el tema del VHC si el Estado ha contado con un IPT, si ha creado un comité de expertos o si ha realizado una consulta internacional. Y todos han respaldado la decisión final".

EXPROPIACIÓN

Otra de cuestión es saber qué vías legales tiene el Estado para poder suministrar el tratamiento a todos los pacientes que lo requieran. La profesora de Derecho Administrativo subraya que "el Gobierno cuenta con la flexibilidad que su sistema de patentes permita, que son dos. Las licencias obligatorias y la expropiación por causa de utilidad pública o interés social". Ambas figuras son vías que no están exploradas en nuestro país y que había que estudiarlas detenidamente porque son medidas extraordinarias que pueden lesionar determinados derechos como la propiedad intelectual del laboratorio".

QUE PASA FUERA

SURÁFRICA

Un enfermo de hemodíalisis quiere que le den un tratamiento por enfermedad renal. Al racionalizarse, la Administración no lo incluye en la cartera de servicios por lo avanzada que tiene la enfermedad. Reclama y el tribunal dice que ellos no pueden sustituir la decisión técnica y que el Estado ha aprobado unos protocolos con una base científica. Otro caso se refiere a un medicamento nuevo para evitar el contagio por VIH de una madre al feto. La Administración no lo financia y una asociación de enfermos de sida recurre. El Tribunal Constitucional surafricano da la razón porque dice que teniendo el Estado el poder para distribuir los recursos no hay ningún dato en virtud del cual la Administración muestre que esa decisión se ha tomado racionalmente.

COLOMBIA

Con carácter general, los tribunales pueden amparar la protección del derecho a la salud cuando se den dos requisitos: 1. Un grupo social que exige una protección especial. 2. Que las personas afectadas no posean recursos económicos para acceder fuera del sistema público.

EEUU

En Nueva York, el alcalde Bloomberg decidió prohibir la venta de las bebidas gigantes azucaradas. La norma se recurrió y el Supremo estimó el recurso porque si bien la decisión puede ser correcta desde un punto de vista de salud pública, el único papel que aporta es el de un comité interno del Ayuntamiento. Y este no es un comité independiente para decidir con racionalidad.

FRANCIA

El Consejo Constitucional de Francia es muy remiso a sustituir las decisiones sobre el derecho a protección de la salud de los poderes públicos excepto en los casos de urgencia.

Crterios éticos para distribuir los recursos

Juristas proponen tener en cuenta factores como la edad, la calidad de vida o la responsabilidad personal

MADRID
D. CARRASCO

No existe en el mundo ningún sistema sanitario que tenga carácter gratuito. Esto se traduce en que en un sistema con una oferta de recursos económicos limitados y una demanda de prestaciones, no cabe otra alternativa que priorizar. El problema ético que surge es: ¿qué criterios debe utilizar el Estado para distribuir esos medios que son escasos?

Pablo de Lora, profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, apela a la "justicia distributiva sanitaria". A su juicio, "no existe un único principio que permita una justa distribución, sino más bien una combinación de factores", algunos de ellos no exentos de polémica.

De esta manera, el experto propone que debería tenerse en cuenta, por ejemplo, en la situación en la que se encuentran los afectados por el virus del VHC "la urgencia, la calidad de vida esperada, tras el tratamiento aplicado o el número de afectados por dicha patología".

De Lora es consciente de

que a los criterios citados anteriormente se pueden añadir otros como "la responsabilidad personal en la contracción de la enfermedad o la capacidad económica del afectado". En el primer caso, el jurista pone el siguiente ejemplo: Tenemos dos pacientes que necesitan un trasplante de hígado o el fármaco que le cura. Uno de ellos es una persona que de niño fue

También podría valorarse la responsabilidad en la contracción de la enfermedad o la capacidad económica del afectado, apunta un jurista

contagiada del virus de la hepatitis durante una transfusión de sangre. El otro enfermo es un heroinómano, que es portador del virus, y que en su día fue advertido del enorme riesgo que su comportamiento podía tener en el contagio de la enfermedad por compartir jeringas".

Por otra parte, el profesor de Filosofía del Derecho también entra en el debate

sobre el precio de lo que cuesta financiar determinados medicamentos. En este sentido, resalta que "Solvaldi es barato en comparación, por ejemplo, con el precio de los antitumorales de última generación (11 de los 12 nuevos antitumorales aprobados por la FDA en 2012 superan los 100.000 dólares) o con el medicamento Soliris para el tratamiento de enfermedades raras como la Hemoglobinuria Paroxística Nocturna (HPN), que tiene un precio de más de 300.000 euros.

VISIÓN GLOBAL

El profesor Federico de Montalvo considera que la decisión acerca de la priorización debe caer necesariamente en el ámbito de fijación del Gobierno, en atención a que la visión que éste tiene es más global, es decir, puede valorar no sólo el caso concreto sino el impacto que una decisión tiene en el resto de prestaciones, no olvidando que se trata de un presupuesto único".

Ello supone que "en modo alguno puede desplazarse dicha decisión con carácter general hacia los jueces, ya que éstos carecen de esa visión global del problema".

Libertad de prescripción e información tienen una eficacia diferente en el SNS

MADRID
D. C.

La Organización Médica Colegial (OMC) resaltó la semana pasada el dilema que tienen los médicos "al no poder prescribir un medicamento que consideran útil, por restricción presupuestaria (*ver DM del 20-I-2015*). Ante esta situación, el jurista Federico de Montalvo explica que "la libertad de prescripción y la libertad de información del médico tienen una eficacia distinta en el Sistema Nacional de Salud". Así, mientras que la primera está

"condicionada por la cartera de servicios y, por tanto, sujeta a la financiación pública", en la segunda el médico no tiene límites para informar al paciente sobre un determinado fármaco salvo el límite que le pone ajustarse a la *lex artis* en su actuación".

AJUSTARSE AL IPT

Rafael Martín Bueno, abogado que colabora con la Asociación de Víctimas de Negligencias Sanitarias, es partidario de que "el médico se debe ajustar a lo que establece el IPT aprobado por el Gobierno y, en consecuencia, no podrá prescri-

bir dicho fármaco para el paciente que posiblemente lo necesitara".

Garrido Cuenca también suscribe esta opinión y, además, considera que "la libertad de prescripción del médico no se vería vulnerada porque ésta tiene sus límites establecidos en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, que, entre otros, recoge ajustarse a las guías de actuación", como puede ser el IPT.

Por tanto, "el facultativo no podría incurrir en responsabilidad administrativa o penal ante una hipotética demanda de un paciente".