

ESTUDIOS DEL DERECHO PROPIO
DE ANDALUCÍA

El Derecho de Salud Pública y Políticas Sociales e Igualdad de Andalucía

Coordinadores:

José María Pérez Monguió

Severiano Fernández Ramos



Instituto Andaluz de Administración Pública
CONSEJERÍA DE HACIENDA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



ESTUDIOS DEL DERECHO PROPIO
DE ANDALUCÍA

El Derecho de Salud Pública y Políticas Sociales e Igualdad de Andalucía

Coordinadores:

José María Pérez Monguió

Severiano Fernández Ramos

INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

SEVILLA - 2016

El Derecho de Salud Pública y Políticas Sociales e Igualdad de Andalucía

Coordinadores:

José María Pérez Monguió

Severiano Fernández Ramos

El Derecho de Salud Pública y Políticas Sociales e Igualdad de Andalucía / coordinadores: José María Pérez Monguió, Severiano Fernández Ramos. – Sevilla : Instituto Andaluz de Administración Pública, 2016.– 512 p. ; 24 cm. – (Estudios del Derecho Propio de Andalucía)

Índices. – Bibliografía

Incluido en: J. M^a. PÉREZ MONGUIÓ y S. FERNÁNDEZ RAMOS (coords.): *Compendio de Derecho de Salud de Andalucía*. – Sevilla : Instituto Andaluz de Administración Pública, 2015-2016. – 11 vols. (Derecho Propio de Andalucía). – ISBN 978-84-8333-629-8 (Obra Completa. Ed. impresa), ISBN 978-84-8333-630-4 (O. C. Ed. electrónica)

D.L. SE 2024-2016

ISBN 978-84-8333-661-8 (Vol. Ed. impresa)

ISBN 978-84-8333-662-5 (Vol. Ed. electrónica)

1. Salud pública-Derecho-Andalucía 2. Asistencia sanitaria-Andalucía-Legislación 3. Igualdad-Andalucía-Legislación 4. Política social-Andalucía-Legislación 5. Derecho Social-Andalucía-Legislación I. Pérez Monguió, José María II. Fernández Ramos, Severiano III. Instituto Andaluz de Administración Pública

351.77(460.35)

364.69:351.84(460.35)

614.2(460.35)

342.7(460.35)

364(460.35)

349.3(460.35)

RESERVADOS TODOS LOS DERECHOS. NO ESTÁ PERMITIDA LA REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL EN NINGÚN TIPO DE SOPORTE SIN PERMISO PREVIO Y POR ESCRITO DEL TITULAR DEL COPYRIGHT

TÍTULO: EL DERECHO DE SALUD PÚBLICA Y POLÍTICAS SOCIALES E IGUALDAD DE ANDALUCÍA

COORDINACIÓN: José María Pérez Monguió, Severiano Fernández Ramos

Cualquier comunicación o sugerencia relacionada con los contenidos puede dirigirla a:

severianofernandezramos28@gmail.com

josemaria.monguiog@gmail.com

© INSTITUTO ANDALUZ DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



Gestión de publicaciones en materias de Administraciones Públicas

ecoedición

Tinta sin metales pesados y papeles procedentes de una gestión forestal sostenible

Impacto ambiental	Agotamiento de recursos fósiles	Huella de CO ₂ carbono
por producto impreso	0,69 kg petróleo eq	2,29 Kg CO ₂ eq
por 100 g de producto	0,09 kg petróleo eq	0,31 Kg CO ₂ eq
% medio de un ciudadano europeo por día	15,14 %	7,48 %

JUNTA DE ANDALUCÍA
CONSEJO REGULADOR DE LA INDUSTRIA Y COMERCIO DEL TURISMO
reg. n.º: 2016/158
Más información en www.ecoedicion.es

Edita: Instituto Andaluz de Administración Pública

Diseño de Cubierta: Iris Gráfico Servicio Editorial, S.L. laetradigital.com

Imprime: Grafo. Industrias Gráficas.

ISBN 978-84-8333-629-8 (Obra Completa. Ed. impresa)

ISBN 978-84-8333-661-8 (Vol. Ed. impresa)

ISBN 978-84-8333-630-4 (O.C. Ed. electrónica)

ISBN 978-84-8333-662-5 (Vol. Ed. electrónica)

Depósito Legal: SE 2024-2016

PRESENTACIÓN

El cuarto volumen de la colección «Estudios del Derecho propio de Andalucía» del Instituto Andaluz de Administración Pública, con el título «El Derecho de Salud Pública y Políticas Sociales e Igualdad de Andalucía», es principalmente continuación del volumen anterior dedicado al Derecho de la Salud de Andalucía.

Debido a la amplitud y complejidad de la legislación andaluza sobre salud, se optó por dedicar dos volúmenes al estudio de este sector del ordenamiento andaluz. En el primer volumen, además de dar cumplida cuenta del marco estatutario (derecho a la salud, competencias autonómicas y locales en materia de salud), se trataron los aspectos generales de ordenación del Sistema Sanitario Público de Andalucía, contenidos en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (organización territorial y funcional, estructuras de gestión, participación ciudadana, colaboración de la iniciativa privada), así como los aspectos más destacables del régimen de los profesionales sanitarios del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Además, se abordaron los derechos de los ciudadanos en el ámbito de la salud, tanto los ordenados en la citada Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, como en otras leyes especiales (Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada; Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte, y Ley 11/2007, de 26 de noviembre, Reguladora del Consejo Genético, de protección de los derechos de las personas que se sometan a análisis genéticos y de los bancos de ADN humano en Andalucía).

En un segundo volumen se tratan otros aspectos relativos al Derecho autonómico de la Salud, como la salud pública (Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, a la cual se dedican dos estudios), la ordenación farmacéutica (Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía), la investigación y la docencia en el ámbito de la salud (Ley 1/2007, de 16 de marzo, por la que se regula la investigación en reprogramación celular con finalidad exclusivamente terapéutica), el régimen de la financiación de los servicios sanitarios, en el marco del modelo de financiación de las Comunidades Autónomas, y, en fin, el régimen de inspección y sancionador en materia de la salud, con un estudio particularizado de las diferentes infracciones administrativas. Con estos trabajos estimamos completado el estudio del marco normativo de la salud de Andalucía.

No obstante, en este estudio se han incluido dos cuestiones adicionales, que exceden del ámbito estricto de la salud. En concreto, se ha incluido un estudio sobre las drogas y adicciones, que constituye una materia socio-sanitaria (Ley 4/1997, de 9 julio, de Prevención y Asistencia en Drogodependencias de Andalucía), pero que no pudo abordarse en el primer Volumen de la Colección dedicado al Derecho de Andalucía de los Servicios Sociales, debido a su ya considerable extensión. Asimismo, se ha incluido también en este Volumen, un estudio de la entonces recién aprobada Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, que constituye fundamentalmente una política de igualdad. La inclusión en este Volumen de ambas materias, que –insistimos en ello– no son estrictamente sanitarias, permiten completar los volúmenes 1 y 3 de la Colección de Estudios del Derecho propio de Andalucía, y en el momento de su proyección eran acordes con el ámbito competencial de la entonces Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales (Decreto de la Presidenta 4/2013, de 9 de septiembre). En todo caso, estos contenidos adicionales han justificado que la denominación de este Volumen sea «El Derecho de Salud Pública y Políticas Sociales e Igualdad de Andalucía».

Por lo demás, como es característico de esta Colección, debe resaltarse que no es la finalidad de esta obra dar cuenta del ordenamiento estatal en cada materia, para lo cual existen múltiples estudios en el bibliografía española, sino específicamente del ordenamiento andaluz, sin perjuicio naturalmente de las necesarias referencias al derecho estatal de carácter básico, con objeto de contextualizar el derecho autonómico.

Asimismo, con esta Colección el Instituto Andaluz de Administración Pública no hace sino cumplir uno de sus objetivos fundacionales, de acuerdo con la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía: la investigación, el estudio y la difusión de las materias que afecten a la Administración Pública, con especial referencia a las Administraciones Públicas andaluzas. Asimismo, al realizar el Instituto esta acción en colaboración con las Universidades andaluzas, nos encontramos también ante un buen ejemplo de cooperación institucional y transferencia de conocimiento entre agentes del Sistema Andaluz del Conocimiento.

Los Autores
Diciembre 2016

ÍNDICE

AUTORES	19
----------------------	----

CAPÍTULO I.

LA LEY DE SALUD PÚBLICA DE ANDALUCÍA: PRINCIPIOS, DERECHOS Y DEBERES. EN ESPECIAL, LAS INTERVENCIONES ADMINISTRATIVAS LIMITADORAS Y SANCIONADORAS

<i>Por Humberto Gosálbez Pequeño</i>	21
--	----

I. LA SALUD PÚBLICA EN EL DERECHO PROPIO DE ANDALUCÍA:

CONCEPTO Y DELIMITACIÓN	21
1. El inexcusable presupuesto: el concepto de salud pública en el texto constitucional y en la legislación básica sanitaria	21
A) <i>La salud pública y la misión de la Administración pública en la Constitución</i>	21
B) <i>La salud pública como bien esencial del ordenamiento administrativo sanitario y como bien incidental de los ordenamientos administrativos sectoriales</i>	24
C) <i>La salud pública en la legislación básica estatal en materia de sanidad</i>	26
2. El concepto en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Andalucía.....	29

II. PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY DE SALUD PÚBLICA EN ANDALUCÍA 31 |

1. Características generales.....	31
A) <i>Los sujetos obligados y el ámbito subjetivo de aplicación de la LSPA</i>	31
B) <i>La dudosa naturaleza jurídica de los principios y su desordenada sistematización y tipificación en la LSPA</i>	33
2. Los principios rectores de la LSPA	35
A) <i>La transversalidad de la salud pública y los principios conexos de cooperación y coordinación</i>	35
a) <i>La deficiente tipificación de la transversalidad como principio rector</i>	35
b) <i>El contenido mínimo del principio</i>	36
c) <i>Los valores de preceptiva evaluación en la transversalidad</i>	38
d) <i>Los instrumentos de la transversalidad</i>	38
B) <i>La equidad y la solidaridad</i>	43
a) <i>Las “acciones” generales</i>	45
b) <i>Las modalidades o acciones específicas</i>	45

C) El “empoderamiento de la ciudadanía” y los principios instrumentales de participación y transparencia administrativa.....	47
D) Los principios de “carácter técnico”: pertinencia, integralidad, gestión de riesgo y precaución.....	49
III. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS.....	53
1. Un apunte sobre su titularidad.....	53
2. La dificultosa ordenación y clasificación de los derechos.....	55
A) Los derechos “cuasisubjetivos”.....	57
a) El “supraderecho” al adecuado nivel de salud pública.....	57
b) Los derechos “a la promoción de la salud”.....	57
c) Los derechos “a las acciones preventivas de salud pública”.....	58
d) Los “especiales y exclusivos” derechos de los colectivos especialmente vulnerables.....	59
B) Los derechos subjetivos.....	60
a) El derecho a la información.....	60
b) El derecho de participación.....	65
c) Los derechos fundamentales de especial afectación en salud pública.....	67
IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE LIMITACIÓN POR LA SALUD PÚBLICA.....	68
1. Los principios informadores de la actividad administrativa limitadora.....	70
A) La colaboración voluntaria con la Administración.....	70
B) El supraprincipio de proporcionalidad.....	72
a) El principio de necesidad de la medida limitadora.....	73
b) Los principios de congruencia y de proporcionalidad stricto sensu.....	74
c) El principio pro libertate o principio del favor libertatis: su cualificada y singular tipificación legal.....	74
2. Los medios y las medidas administrativas limitadoras.....	75
A) El presupuesto previo: los deberes legales generales.....	76
a) El deber general de no perturbar el orden público sanitario.....	76
b) El deber general de cumplir las medidas administrativas limitadoras sanitarias.....	77
c) El deber general de colaborar con la Administración sanitaria tuteladora.....	77
B) La imposición de deberes por actos administrativos: las órdenes sanitarias.....	78
a) Las medidas limitadoras generales: las llamadas medidas cautelares.....	78
b) Las medidas limitadoras extraordinarias.....	81
V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA.....	83
1. Las infracciones administrativas y las responsabilidades derivadas de las infracciones.....	83
A) La tipificación de las infracciones.....	83
B) Las responsabilidades sancionadoras y no sancionadoras.....	84
2. Los sujetos responsables de las infracciones.....	84
3. Las sanciones administrativas.....	85
4. El procedimiento administrativo sancionador.....	86
A) Los órganos competentes.....	87
B) Los trámites y los plazos.....	88

a) La acción administrativa sancionadora y la prescripción de las infracciones	88
b) Las medidas provisionales	89
c) El plazo máximo de resolución y notificación	89

CAPÍTULO II.

LA GOBERNANZA EN SALUD PÚBLICA EN ANDALUCÍA: PRESTACIONES, RECURSOS E INVESTIGACIÓN

Por María Luisa Gómez Jiménez	93
-------------------------------------	----

INTRODUCCIÓN	93
---------------------------	----

I. LA SALUD PÚBLICA EN LA SOCIEDAD GLOBAL	94
--	----

II. LAS ACCIONES DE SALUD PÚBLICA EN ANDALUCÍA	99
---	----

1. La definición de las prestaciones de Salud Pública desde la Ley de Cohesión y Calidad de la Sanidad	100
A) Información y la vigilancia en salud pública y los sistemas de alerta epidemiológica y respuesta rápida ante emergencias en salud pública	101
B) La defensa de los fines y objetivos de la salud pública	115
C) La promoción de la salud, a través de programas intersectoriales y transversales	116
D) La prevención de las enfermedades, discapacidades y lesiones	116
E) La protección de la salud, evitando los efectos negativos que diversos elementos del medio pueden tener sobre la salud y el bienestar de las personas	117
F) La protección y promoción de la sanidad ambiental	117
G) La protección y promoción de la seguridad alimentaria	118
H) La protección y promoción de la salud laboral	119
I) La evaluación de impacto en salud	119
J) La vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de bienes y del tránsito internacional de viajeros	125
K) La prevención y detección precoz de las enfermedades raras, así como el apoyo a las personas que las presentan y a sus familias	125
2. La definición de las prestaciones de Salud Pública desde la Ley de Salud Pública de Andalucía	125
A) La vigilancia de las desigualdades en salud y en el acceso a los servicios de salud que puedan tener su origen en diferencias socioeconómicas, de género, lugar de residencia, cultura o discapacidad	126
B) La evaluación del impacto de las intervenciones para mejorar la salud de la ciudadanía ..	127
C) La promoción y protección de la calidad acústica del entorno	128
D) La promoción, la protección de la salud y la prevención de los factores de riesgo para la salud en los establecimientos públicos, lugares y sitios de convivencia humana ..	129
E) La promoción, la protección de la salud y la prevención de los factores de riesgo para la salud derivados del ejercicio de prácticas y actividades realizadas sobre el cuerpo humano en establecimientos de atención personal de carácter no terapéutico que	

<i> puedan tener consecuencias negativas para la salud, y también se incorporan como prestación la promoción, la protección de la salud y la prevención de los factores de riesgo para la salud en relación con el ejercicio de terapias naturales realizadas sobre el cuerpo humano en centros y establecimientos no sanitarios, incluidas las acciones de intervención administrativa y control sanitario</i>	129
F) <i> La fármaco-vigilancia y el control sanitario de otros productos de utilización diagnóstica, terapéutica o auxiliar que puedan suponer un riesgo para la salud de las personas</i>	130
G) <i> La prevención y protección de la salud ante cualquier otro factor de riesgo, en especial la prevención de las discapacidades y dependencias</i>	133
H) <i> La prestación de los servicios de análisis de laboratorio en materia de salud pública en el marco de actuación de la Consejería competente en materia de salud</i>	135
I) <i> La policía sanitaria mortuoria</i>	136
J) <i> La vigilancia e intervención frente a la zoonosis</i>	137
K) <i> El control sanitario de la publicidad en el marco de la normativa vigente</i>	138
L) <i> La promoción y la protección de la salud en la ordenación del territorio y el urbanismo</i> ..	138
M) <i> La prevención y protección de la salud en las viviendas y en los entornos residenciales</i> .	139
N) <i> La promoción y protección de la salud asociadas a los medios de transporte</i>	141
O) <i> La prevención, detección precoz y protección de la salud en casos de maltrato y abuso sexual infantil y en aquellas situaciones de riesgo que perjudiquen la salud de las personas menores</i>	142
P) <i> La atención temprana dirigida a la población infantil de 0 a 6 años afectada por trastornos en el desarrollo o con riesgo de padecerlo. 3 La Cartera de Servicios de Salud Pública. 4. La Vigilancia e información de Salud Pública en Andalucía. 5 La Prevención, Promoción y Protección de la Salud</i>	144
3. <i> La Cartera de Servicios de Salud Pública de la Comunidad Andaluza</i>	147
4. <i> La vigilancia e información en Salud Pública en Andalucía</i>	149
5. <i> La Promoción, Prevención y Protección de la Salud</i>	152
III. RECURSOS PROFESIONALES PARA EL DESARROLLO DE LAS FUNCIONES DE SALUD PÚBLICA	164
IV. LA INVESTIGACIÓN, DESARROLLO TECNOLÓGICO EN INNOVACIÓN EN SALUD PÚBLICA EN ANDALUCIA: UN BREVE APUNTE	168
V. A MODO DE REFERENCIA ORGANIZATIVA	177
VI. REFLEXIONES DE CONJUNTO	179
VII. BIBLIOGRAFÍA	180
CAPÍTULO III.	
LA ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN ANDALUCÍA	
<i> Por Elsa Marina Álvarez González</i>	185

I. INTRODUCCIÓN	185
II. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA EN MATERIA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA	187
III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA A TRAVÉS DE LAS OFICINAS DE FARMACIA	193
1. Su consideración como servicio público impropio o de interés general	194
2. Su consideración como actividad empresarial de carácter privado	197
3. Su consideración como ejercicio de una profesión titulada	201
4. Incidencia del Derecho comunitario en la prestación farmacéutica	203
IV. RÉGIMEN DE LA ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN ANDALUCÍA	208
1. Aspectos generales de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía	208
2. Los establecimientos farmacéuticos: las oficinas de farmacia	212
A) <i>La adquisición de medicamentos</i>	213
B) <i>Custodia y conservación de medicamentos</i>	215
C) <i>La dispensación de medicamentos</i>	215
D) <i>Requisitos técnico-sanitarios de las oficinas de farmacia</i>	220
E) <i>Horarios y servicios de guardia</i>	221
3. Intervención administrativa sobre las oficinas de farmacia: adjudicaciones, autorizaciones, transmisiones y traslados	224
A) <i>Adjudicación de una nueva oficina de farmacia y la autorización de instalación y funcionamiento para la apertura</i>	225
B) <i>Transmisión de la oficina de farmacia</i>	228
C) <i>Traslado de las oficinas de farmacia</i>	230
4. La selección de medicamentos: el procedimiento de subasta	232
V. BIBLIOGRAFÍA	241

CAPÍTULO IV.

INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA EN SALUD EN ANDALUCÍA

<i>Por Manuela Mora Ruiz</i>	243
------------------------------------	-----

I. COMPETENCIAS ESTATUTARIAS Y MARCO LEGAL GENERAL PARA LA ORDENACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN SALUD	243
II. INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA	249
1. Investigación con preembriones humanos	252
A) <i>Objeto de la intervención administrativa. Delimitación</i>	253
B) <i>Donación de preembriones y consentimiento informado</i>	255
C) <i>Procedimiento y autorización de la investigación. La importancia de los límites de la actividad investigadora a través del control de órganos expertos</i>	258

a)	<i>Requisitos sobre el proyecto de investigación concreto y el equipo de investigación</i>	258
b)	<i>La necesidad de autorización previa del centro en el que va a desarrollarse la investigación</i>	260
c)	<i>El informe favorable del Comité Ético Andaluz de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria</i>	261
d)	<i>La Autorización del proyecto por parte de la autoridad sanitaria</i>	264
2.	Un paso más: la investigación en reprogramación celular y la consolidación de la investigación biomédica	267
A)	<i>El ámbito de aplicación de la Ley 1/2007 y elementos configuradores de la regulación de la reprogramación celular</i>	268
a)	<i>Donación previa de los óvulos y de las células somáticas y consentimiento informado</i> ...	269
b)	<i>Autorización y Registro de los Proyectos de Investigación</i>	270
B)	<i>Análisis genéticos con fines de investigación biomédica</i>	273
C)	<i>Bancos de ADN humano o Biobancos</i>	276
III.	ASPECTOS TRANSVERSALES DE LA ORDENACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN SALUD: FOMENTO DE LA INVESTIGACIÓN Y TRANSFERENCIA	278
IV.	DOCENCIA EN SALUD Y FORMACIÓN DEL PERSONAL SANITARIO	281
1.	Coordenadas estatutarias y legales más generales	281
2.	La formación continuada: procedimiento de acreditación	283

CAPÍTULO V.

LA FINANCIACIÓN SANITARIA EN ANDALUCÍA

	<i>Por José Luis Navarro Espigares</i>	287
1.	INTRODUCCIÓN	287
2.	LA FINANCIACIÓN SANITARIA EN EL MARCO DEL MODELO DE FINANCIACIÓN DE LAS CC.AA.	291
2.1.	Ley 21/2001 de financiación de las CC.AA.	292
2.2.	Ley 22/2009 de financiación de las CC.AA.	299
3.	EVOLUCIÓN DEL GASTO SANITARIO, ESPAÑA Y ANDALUCÍA	304
4.	LOS DERECHOS ECONÓMICOS GENERADOS POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN SANITARIA	309
5.	EL IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA Y SANITARIA	314
5.1.	El mecanismo extraordinario de pago a proveedores	319
5.2.	El fondo de liquidez autonómico	323

6. COMENTARIOS FINALES	327
7. BIBLIOGRAFÍA	330

**CAPÍTULO VI.
DERECHO SANCIONADOR: INFRACCIONES Y SANCIONES
ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE SANIDAD**

<i>Por Lorenzo Mellado Ruiz</i>	331
---------------------------------------	-----

I. LA GARANTÍA SANCIONADORA EN EL DERECHO PROPIO ANDALUZ SOBRE SALUD Y SALUD PÚBLICA	331
II. FACTORES O PRESUPUESTOS COMUNES DE DELIMITACIÓN	336
1. La salud y la salud pública, como bienes jurídicos protegidos	336
2. Sujetos responsables	341
3. El carácter “abierto” de los regímenes sancionadores en materia de salud del Derecho propio de Andalucía	343
III. SISTEMATIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE INFRACCIONES EN FUNCIÓN DE SU GRADO DE ANTIJURIDICIDAD	345
1. Infracciones leves	345
A) <i>Meras irregularidades en la aportación a la Administración sanitaria de la información que, de acuerdo con la normativa vigente, sea obligatorio facilitar</i>	345
B) <i>Incumplimiento por parte de las personas jurídicas de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos en la normativa sanitaria, así como cualquier otro comportamiento, a título de imprudencia o inobservancia, siempre que se produzca alteración o riesgo sanitario y este sea de escasa repercusión</i>	346
C) <i>Incumplimiento por parte de las personas físicas de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos en la normativa sanitaria, así como cualquier otro comportamiento, a título de imprudencia o inobservancia, siempre que se produzca alteración o riesgo sanitario y este sea de escasa repercusión</i>	346
2. Infracciones graves	348
A) <i>Ejercicio o desarrollo de cualquiera de las actividades previstas en la LSPA sujetas a autorización sanitaria previa o registro sanitario sin contar con dicha autorización o registro cuando sean preceptivos, así como la modificación no autorizada por la autoridad competente de las condiciones técnicas o estructurales expresas sobre las cuales se otorgó la correspondiente autorización</i>	348
B) <i>Puesta en funcionamiento de aparatos o instalaciones o desarrollo de cualquier actividad, cuyo precintado, clausura, suspensión, cierre o limitación de tiempo hubiera sido establecido por la autoridad competente,</i>	

siempre que se produzca por primera vez y no concurra daño grave para la salud de las personas	349
C) No corregir las deficiencias observadas y que hayan dado lugar a sanción previa de las consideradas leves	350
D) Dificultar o impedir el disfrute de los derechos reconocidos en la LSPA a la ciudadanía ..	350
E) La creación de un riesgo o alteración sanitaria grave por actuaciones particulares de actuación negligente, consistente en la falta de controles y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate	351
F) Promoción o venta para uso alimentario o utilización o tenencia de aditivos o sustancias extrañas cuyo uso no esté autorizado por la normativa vigente en la elaboración del producto alimenticio o alimentario de que se trate, cuando no produzcan riesgos graves y directos para la salud de los consumidores.....	352
G) Elaboración, distribución, suministro o venta de productos alimenticios cuando en su presentación se induzca a confundir al consumidor sobre sus verdaderas características nutricionales, sin trascendencia directa para la salud	353
H) Incumplimiento del deber de colaboración, información o declaración hacia las autoridades sanitarias para la elaboración de los registros y documentos de información sanitaria que establezca la normativa aplicable, así como no seguir, las entidades o personas responsables, los procedimientos establecidos para el suministro de datos y documentos, o hacerlo de forma notoriamente defectuosa	353
I) Resistencia a suministrar datos, a facilitar información o a prestar la colaboración a las autoridades sanitarias o a los funcionarios de salud pública en el ejercicio de sus funciones, y, en general, cualquier acción u omisión que perturbe, retrase o impida la labor de los funcionarios de salud pública.....	354
J) Incumplimiento de los requerimientos específicos y de las medidas cautelares o definitivas que formulen las autoridades sanitarias, siempre que se produzcan por primera vez y no concurra daño grave para la salud de las personas .	355
K) Infracciones leves "cualificadas"	355
L) Aplicación de ayudas o subvenciones públicas a finalidades distintas de aquéllas para las que se otorgaron	356
3. Infracciones muy graves	356
A) Puesta en funcionamiento de aparatos o instalaciones o desarrollo de cualquier actividad cuyo precintado, clausura, suspensión, cierre o limitación de tiempo hubiera sido establecido por la autoridad competente, cuando se produzca de modo reiterado aun cuando no concurra daño grave para la salud de las personas.....	356
B) Incumplimiento consciente y deliberado de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos en la normativa sanitaria o cualquier otro comportamiento doloso aunque no dé lugar a riesgo o alteración de la salud pública grave.....	357
C) Preparación, distribución, suministro o venta de alimentos o bebidas que contengan gérmenes, sustancias químicas o radioactivas, toxinas o parásitos capaces de producir o transmitir enfermedades al hombre, o que superen las limitaciones o tolerancia reglamentariamente establecidas en la materia, con riesgo grave para la salud	359

D) Promoción o venta para uso alimentario o utilización o tenencia de aditivos o sustancias extrañas cuyo uso no esté autorizado por la normativa vigente en la elaboración del producto alimenticio o alimentario de que se trate, y produzcan riesgos graves y directos para la salud de los consumidores	360
E) Desvío para consumo humano de productos no aptos para ello o destinados específicamente a otros usos	360
F) Negativa absoluta a facilitar información, a suministrar datos o a prestar colaboración a las autoridades sanitarias o a los funcionarios de salud pública en el ejercicio de sus funciones.....	360
G) Resistencia, coacción, amenaza, represalia, desacato o cualquier otra forma de presión ejercida sobre las autoridades sanitarias o funcionarios sanitarios de salud pública en el ejercicio de sus funciones.....	361
H) Incumplimiento reiterado de los requerimientos específicos que formulen las autoridades sanitarias, así como el incumplimiento de las medidas cautelares o definitivas adoptadas, cuando se produzcan de modo reiterado o cuando concurra daño grave para la salud de las personas.....	361
I) Elaboración, distribución, suministro o venta de productos alimenticios o alimentarios cuando en su presentación se induzca a confundir al consumidor sobre sus verdaderas características nutricionales, con trascendencia directa para la salud.....	362
J) Infracciones muy graves “cualificadas”.....	362
IV. RÉGIMEN SANCIONADOR	363
1. Sanciones aplicables	363
2. Competencia	365
3. Procedimiento sancionador: la adopción de “medidas provisionales” y el acuerdo de “medidas preventivas”.....	368
V. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LAS INFRACCIONES Y LAS SANCIONES	374
 CAPÍTULO VII.	
PREVENCIÓN, ASISTENCIA Y REINSERCIÓN EN MATERIA DE DROGAS Y ADICCIONES	
Por Severiano Fernández Ramos.....	379
1. MARCO LEGAL Y CONCEPTUAL	379
1.1. Introducción	379
1.2. Evolución de la normativa autonómica sobre drogodependencias	381
1.3. Conceptos básicos	384
1.3.1. Drogas.....	384
1.3.2. Drogodependencias y adicciones	386
1.3.3. Titulares de derechos y principios	388

2. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y COMPETENCIAS	388
2.1. Administración del Estado	388
2.2. Administración Junta de Andalucía	393
2.2.1. <i>Competencias de Administración de la Junta de Andalucía</i>	393
2.2.2. <i>Órganos de coordinación y gestión</i>	394
2.3. Administraciones Locales	397
3. PLANIFICACIÓN	400
3.1. Los Planes Nacionales sobre Drogas	400
3.2. El Plan Andaluz sobre Drogas	401
3.3. Planes locales sobre drogas	403
4. PARTICIPACIÓN E INICIATIVA SOCIAL	403
4.1. Participación	403
4.2. Iniciativa social	405
4.2.1. <i>Fomento de la iniciativa social</i>	405
4.2.2. <i>Autorización, registro y acreditación de entidades y centros</i>	407
4.2.3. <i>Convenios de colaboración</i>	409
5. LA PREVENCIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS	411
5.1. Las políticas sobre drogas y adicciones	411
5.2. Reducción de la demanda	413
5.3. Control de la oferta	421
5.3.1. <i>Drogas no institucionalizadas</i>	412
5.3.2. <i>Drogas institucionalizadas</i>	423
6. LA ATENCIÓN A DROGODEPENDIENTES	428
6.1. La atención en general	428
6.1.1. <i>La red andaluza de atención a las drogodependencias y adicciones</i>	428
6.1.2. <i>Especialización versus normalización</i>	431
6.2. Actuaciones de asistencia	434
6.2.1. <i>Competencias</i>	434
6.2.2. <i>Centros y recursos para la asistencia de drogodependientes</i>	435
6.2.3. <i>Programas de Reducción del Daño</i>	441
6.3. Actuaciones de incorporación social	444
6.3.1. <i>Competencias y programas</i>	444
6.3.2. <i>Centros y recursos para la rehabilitación e incorporación social</i>	445
6.4. Actuaciones de inserción laboral	447
6.4.1. <i>Reserva de puesto de trabajo</i>	447
6.4.2. <i>Programa de Red de Artesanos</i>	448
6.4.3. <i>Programa Arquímedes</i>	451
7. FINAL	453
8. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN	455

CAPÍTULO VIII.

TRANSEXUALIDAD EN ANDALUCÍA

<i>Por José María Pérez Monguió</i>	457
I. OBJETO DE ESTUDIO Y SISTEMÁTICA	457
II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA MATERIA	458
1. Breve apunte a la situación jurídica internacional y europea	458
2. Breve apunte del régimen en España	461
III. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY 2/2014	465
1. Objeto de la Ley	465
2. Ámbito de aplicación	466
A) <i>Personas beneficiarias</i>	466
B) <i>Administraciones y entidades</i>	468
IV. PRINCIPIOS, DERECHOS, CRITERIOS GENERALES DE ACTUACIÓN Y MEDIDAS CONTRA LA TRANSFOBIA	469
1. Principios	469
2. Derecho a la autodeterminación de género	472
3. Criterios generales de actuación y medidas contra la transfobia	473
A) <i>Criterios generales de actuación</i>	473
B) <i>Medidas contra la transfobia</i>	475
4. Confidencialidad y respeto a la privacidad	479
V. DOCUMENTACION ADMINISTRATIVA	481
VI. ATENCIÓN SANITARIA	484
1. Asistencia sanitaria a través del Servicio Andaluz de Salud	485
A) <i>Consideraciones generales y garantías</i>	485
B) <i>Procedimiento asistencial</i>	488
C) <i>Cartera de servicios</i>	489
2. Formación de los profesionales sanitarios	491
3. Indicadores de seguimiento	493
VII. ATENCIÓN EDUCATIVA	494
1. Actuaciones respecto a la identidad de género de las personas en el ámbito educativo	495
2. Identificación, medidas organizativas y educativas y actuaciones de sensibilización en el Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz	498
3. Derechos de los colectivos que integran los centros educativos de Andalucía	500
4. Acoso escolar, detección e intervención ante posibles casos de discriminación, acoso escolar, violencia de género o maltrato infantil por identidad de género	503
5. Breve referencia a las Universidades	507
BIBLIOGRAFÍA	509

AUTORES

Humberto Gosálbez Pequeño

Profesor Titular Derecho Administrativo. Universidad de Córdoba.

María Luisa Gómez Jiménez

Profesora Contratada Doctor (Acreditada Titular) de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.

Elsa Marina Álvarez González

Profesora Contratada Doctor de Derecho Administrativo. Universidad de Málaga.

Manuela Mora Ruiz

Profesora Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Huelva.

José Luis Navarro Espinares

Técnico del Sistema Sanitario Público de Andalucía. Junta de Andalucía.

Lorenzo Mellado Ruiz

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Almería.

Severiano Fernández Ramos

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz.

José María Pérez Monguió

Profesor Titular de Derecho Administrativo. Universidad de Cádiz

Capítulo I. LA LEY DE SALUD PÚBLICA DE ANDALUCÍA: PRINCIPIOS, DERECHOS Y DEBERES. EN ESPECIAL, LAS INTERVENCIONES ADMINISTRATIVAS LIMITADORAS Y SANCIONADORAS*

Humberto Gosálbez Pequeño

I. LA SALUD PÚBLICA EN EL DERECHO PROPIO DE ANDALUCÍA: CONCEPTO Y DELIMITACIÓN

1. El inexcusable presupuesto: el concepto de salud pública en el texto constitucional y en la legislación básica sanitaria.

A) La salud pública y la misión de la Administración pública en la Constitución.

El artículo 43 de la Constitución española (CE), en su apartado 2, expresamente menciona la salud pública, atribuyendo su organización y su tutela a los poderes públicos. La salud pública constituye así un bien jurídico público relevante, por cuanto está constitucionalizado explícitamente y, además, está garantizado al imponer la norma constitucional su protección por los poderes públicos mediante una cierta estructura organizativa pública, esto es, mediante la personificación jurídica llamada Administración pública que, como es bien conocido, debe servir a los «intereses generales» por imperativo del mismo texto constitucional (artículo 103.1).

La salud pública es, pues, un bien jurídico constitucional que ha de preservar la Administración pública mediante sus propios medios (humanos, materiales y financieros), en tanto que

* Proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad. DER 2015-67695-C2-2-P. Fondos FEDER. Grupo SED-196 de Junta de Andalucía.

la tutela de la salud pública es una misión pública inexcusable. Pero hay más mandatos en el mismo precepto constitucional; la norma avanza y, en segundo término, impone a la Administración la realización de ciertas actuaciones para la consecución de la preceptiva tutela constitucional de la salud pública: «medidas preventivas» y «prestaciones y servicios necesarios». Esto es, la misión pública –constitucionalmente encomendada a la Administración– de tutelar este bien jurídico de primer orden debe incluir tanto una actividad administrativa cautelar o preventiva como también una actividad administrativa prestacional. En otras palabras, la norma constitucional prescribe, por una parte, una actividad administrativa asistencial o de servicio público que facilite a los ciudadanos las prestaciones y los servicios sanitarios de salud pública que sean «necesarios», ya sean servicios estrictamente preventivos o sean servicios propiamente curativos o reparadores; y, por otra parte, también dispone una actividad administrativa de carácter preventivo en sentido amplio¹ y que, por tanto, no sea prestacional o asistencial en sentido estricto, es decir, que no sea una actividad de servicio público sanitario, sino una actividad administrativa que, aunque siempre justificada con la finalidad preventiva constitucionalmente ordenada, se realice con medios y modos no prestacionales, se realice, bien mediante la llamada actividad administrativa de fomento, incentivando y auxiliando a los propios ciudadanos a preservar la salud pública, o bien mediante la llamada actividad administrativa de limitación, ordenando y controlando que los ciudadanos no lesionen o pongan en riesgo este bien jurídico-público constitucional llamado «salud pública».

El propio artículo 43.2 CE «especifica o complementa» lo anteriormente dispuesto, al establecer que «la ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto». Dispone así una reserva de ley y un mandato al legislador para que, por un lado, establezca los derechos públicos subjetivos necesarios que hagan efectivo el mandato constitucional imponiendo esos deberes a los poderes públicos (legislativos y administrativos) y prescribiendo los consiguientes derechos reconocidos –aunque no concretados en su mismo contenido esencial y su misma configuración como derechos subjetivos– a los ciudadanos²; la norma constitucional

¹ En este sentido tempranamente se ha pronunciado M. REBOLLO PUIG, por cuanto, pese a reafirmar que el art. 43.2 CE se refiere únicamente a la denominada sanidad preventiva, excluyendo la sanidad asistencial o prestacional, su concepto de la sanidad preventiva propia de la tutela administrativa de la salud pública establecida en el referido art. 43.2 incluye, no sólo medidas administrativas puramente preventivas, sino también medidas administrativas sanitarias de tipo asistencial o prestacional («... a estas alturas, parece suficientemente claro que tales medidas son igualmente propias de la sanidad preventiva: asistencia y hospitalización de enfermos contagiosos, servicios de inspección, de vacunaciones, de sanidad animal, de sanidad exterior, análisis, etc...»). *Vid. Sanidad preventiva y salud pública en el marco de la actual Administración sanitaria española*, «REALA» núm. 239, 1988, págs. 43 y 60-62, especialmente).

² «Derecho» constitucional como «principio constitucional rector», y no como derecho subjetivo. *Vid.*, por todos, J. CANTERO MARTÍNEZ, *La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud*, «RVAP» núm. 80, 2008, págs. 19-25 y 29-32. En palabras de A. MENÉNDEZ REXACH, «aunque el art. 43 no configure un derecho subjetivo constitucional, de él resulta «el derecho a que se establezcan derechos», que sí serán verdaderos derechos subjetivos de acuerdo con la legislación que los regule»; y más adelante, lo reitera afirmando que serán «derechos subjetivos de configuración legal» (*vid. El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas*, Revista «Derecho y Salud», Volumen 11, Mayo 2003, págs. 17 y 31).

prescribe derechos legales, principalmente de carácter prestacional y asistencial necesarios para la adecuada tutela administrativa de la salud pública³ y, también, deberes legales que sean precisos para la prevención y la protección administrativa de la salud pública⁴.

Finalmente, el artículo 43 también prevé en otros apartados mandatos a los poderes públicos que, aun cuando no se limiten al bien jurídico de la salud pública, sí lo incluyen implícitamente. El apartado 1 consagra el llamado «derecho a la protección de la salud» –salud integral⁵, pues, que incluye la salud privada y la pública, la salud individual y la colectiva– y que, por tanto, ha de comprender el contenido de los mandatos establecidos en el apartado 2 y 3, en especial, el deber de la Administración de adoptar todas las «medidas preventivas» y «prestaciones y servicios necesarios» para preservar y proteger la salud pública (actividad prestacional, actividad limitadora y, más implícitamente, actividad de fomento).

³ En este sentido, aunque diferenciando ciertos derechos constitucionales de no fácil delimitación, parece haberse manifestado tempranamente J. PEMÁN GAVÍN, al apreciar en el derecho del art. 43: «...b) Derecho a la salud como posición subjetiva en relación con la actividad desarrollada por los poderes públicos para proteger la salubridad pública (actividad relativa a aspectos como la sanidad ambiental, alimenticia, veterinaria, farmacéutica, etc.). c) Derecho a la salud como derecho de cada persona a que se propia salud no se vea amenazada ni dañada por acciones externas realizadas por cualquier sujeto público o privado...». *Vid. Derecho a la salud y Administración Sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág 80).

⁴ Más clara y contundentemente lo ha explicado REBOLLO PUIG: «...En primer lugar, la referencia a la consagración legal de derechos adquiere pleno sentido en relación con las garantías del ciudadano frente a la acción administrativa de tutela de la salud pública consistente, con normalidad, en imposición de limitaciones intensas a los particulares, incluso afectando a los más elementales derechos. De esta forma, más que una reserva de ley, hay un mandato al legislador para que establezca estos derechos que limiten la acción administrativa de tutela de la salud pública...Además, y en cualquier caso, también es posible hablar de derechos a la acción propia de la sanidad preventiva. Así, por ejemplo, a la asistencia sanitaria propia de ésta, es decir, a la asistencia profiláctica. Tradicionalmente no se han configurado en este terreno verdaderos derechos del enfermo a tal asistencia, que, más bien, se establecía como un deber de aquél para evitar poner en riesgo la salud de la población. Pero nada se opone a la posibilidad de reconocimiento de un tal derecho a favor de los aquejados de estas enfermedades socialmente relevantes, sin que ello alterase su naturaleza de medida sanitaria preventiva...también en este campo haya querido la Constitución reforzar la situación de los ciudadanos mediante la determinación legal de los derechos a la acción preventiva de la Administración, disminuyendo la inicial libertad de ésta...». *Vid. Sanidad...*, *op. cit.*, «REALA» núm. 239, 1988, págs. 1462-65, especialmente).

⁵ Este supraconcepto constitucional –o concepción integral– del «derecho a la protección a la salud» ha estado presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pese a no ofrecer una configuración conceptual acabada, como ya recordara MENÉNDEZ REXACH (*vid. El derecho...*, *op. cit.*, Revista «Derecho y Salud», Volumen 11, Mayo 2003, pág. 27) y también hace ya veinticinco años lo subrayara reiteradamente la doctrina más autorizada (*vid.*, por todos, PEMÁN GAVÍN, *Derecho...* *op. cit.*, págs. 79-80, especialmente). Y más específicamente, delimitándolo y conectándolo estrechamente, con el derecho constitucional a la asistencia sanitaria también previsto en el art. 43.1 CE, son clarificadoras las palabras de MENÉNDEZ REXACH («La tesis que se va a mantener es que, como la protección de la salud es un concepto más amplio que la asistencia sanitaria, el derecho a aquélla previsto en el art. 43 de la Constitución ha de tener forzosamente un contenido también más amplio que el derecho a la citada asistencia, que no está explícito en la Ley Fundamental,...»), que, además, recuerda su antecedente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966). *Vid. El derecho...*, *op. cit.* Revista «Derecho y Salud», Volumen 11, Mayo 2003, págs. 16-17.

Y el apartado 3 prescribe que «los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria, la educación física y el deporte» y «facilitarán la adecuada utilización del ocio»; es decir, se impone el deber constitucional de realizar, por un lado, una actividad administrativa de fomento o promoción de todas esas actividades privadas de los ciudadanos para preservar la salud pública, y, por otro lado, una específica actividad de servicio público educativo y formativo vinculada a ese fin público.

B) La salud pública como bien esencial del ordenamiento administrativo sanitario y como bien incidental de los ordenamientos administrativos sectoriales.

El mismo artículo 43 CE, en coherencia con el significado terminológico y el concepto científico de la comunidad sanitaria, confirma que la salud pública no es un concepto monopolizado por el Derecho sanitario y, por tanto, no es un bien jurídico-público exclusivo del ordenamiento administrativo de la sanidad⁶.

Ahora bien, aun cuando el bien jurídico de la salud pública no es exclusivo del ordenamiento jurídico sanitario y, por tanto, tampoco lo preserva únicamente la Administración pública sanitaria, su tutela a través de medidas preventivas y prestaciones y servicios ha de establecerse prioritariamente por la legislación de sanidad y la Administración sanitaria, porque así lo demanda la propia naturaleza del bien jurídico protegido (*salud pública*) y su misma conexión constitucional con el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43.1, que primera y esencialmente es un derecho «sanitario»⁷. Y lo es porque el ordenamiento administrativo sanitario es el ordenamiento jurídico-público que más adecuadamente cumple esa suprafunción constitucional establecida en el artículo 43.2⁸, subyaciendo en este precepto una cierta *vis expansiva* en favor del ordenamiento administrativo sanitario para la tutela administrativa de la salud pública, al imponerse la actividad administrativa prestacional y, por consiguiente, el derecho constitucional a la asistencia sanitaria; y también se confirma la naturaleza «sanitaria» del derecho del artículo 43.1 CE porque la misma finalidad del mandato constitucional de tutela pública de la salud pública

⁶ Basta recordar el uso indistinto de las expresiones «salud pública» y «salubridad» en el Derecho público español, el decimonónico y también el vigente, como resaltara REBOLLO PUIG. (*Vid. Sanidad... op. cit.*, «REALA» núm. 239, 1988, pág. 1417, especialmente).

⁷ Resulta evidente que la salud –individual o colectiva– es un bien jurídico propio del Derecho sanitario y, por tanto, el derecho constitucional a la protección de la salud debe ser –y es– un derecho característico y vertebrador del ordenamiento jurídico-administrativo sanitario. La misma Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS) así lo confirma desde sus inicios, no sólo al titular su Título Preliminar como «Del derecho a la protección de la salud», sino con la misma declaración contenida en su primer artículo: «1. La presente Ley tiene por objeto la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el *derecho a la protección de la salud* reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución».

⁸ La LGS, en su citado art. 1, ya declara ese carácter expansivo y atractivo de la legislación sanitaria: «1. La presente Ley tiene por objeto la regulación general de *todas* las acciones que permitan hacer efectivo el *derecho a la protección de la salud* reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución».

reclama la regulación y la intervención administrativa más eficaz y apropiada, que es la protagonizada por la legislación de salud y la organización administrativa sanitaria, por los servicios, prestaciones y medios sanitarios propios de la Administración pública⁹.

La legislación administrativa sanitaria constituye así el ordenamiento jurídico-público general de la salud pública¹⁰, ejerciendo así la función de norma de cabecera del Derecho tutelador de la salud pública y, por tanto, ejerciendo una *vis atractiva* sobre el resto de ordenamientos administrativos específicos que contienen singularidades o modulaciones acordes a los respectivos intereses y fines públicos prevalentes y característicos de las materias o los sectores no sanitarios en los que, sin embargo, también está afectado el bien jurídico de la salud pública¹¹. Y esta incidencia y prevalencia de la salud pública en

⁹ No ha de extrañar, pues, que la legislación sanitaria incluya la acción administrativa de tutela de salud pública entre los servicios y las intervenciones encomendadas a la Administración sanitaria. Es más, no es una función pública más de la Administración sanitaria y del sistema sanitario público, sino una función esencial. La misma LGS en su art. 8 lo declara expresamente al enunciar, sobre todo, diversos servicios administrativos de salud pública: «1. Se considera como actividad fundamental del sistema sanitario la realización de los estudios epidemiológicos necesarios para orientar con mayor eficacia la prevención de los riesgos para la salud, así como la planificación y evaluación sanitaria, debiendo tener como base un sistema organizado de información sanitaria, vigilancia y acción epidemiológica. 2. Asimismo, se considera actividad básica del sistema sanitario la que pueda incidir sobre el ámbito propio de la Veterinaria de Salud Pública en relación con el control de higiene, la tecnología y la investigación alimentarias, así como la prevención y lucha contra la zoonosis y las técnicas necesarias para la evitación de riesgos en el hombre debidos a la vida animal o a sus enfermedades». También el art. 18 de la LGS, cuando enuncia las actuaciones y servicios que ha de realizar o prestar la Administración sanitaria, incluye –ya sea explícita o de forma más implícita– algunas/os propios de salud pública: «Las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los Órganos competentes en cada caso, desarrollarán las siguientes actuaciones: 1. Adopción sistemática de acciones para la educación sanitaria como elemento primordial para la mejora de la salud individual y comunitaria, comprendiendo la educación diferenciada sobre los riesgos, características y necesidades de mujeres y hombres,...2. La atención primaria integral de la salud, incluyendo, además de las acciones curativas y rehabilitadoras, las que tiendan a la promoción de la salud y a la prevención de la enfermedad del individuo y de la comunidad...5. Los programas de atención a grupos de población de mayor riesgo y programas específicos de protección frente a factores de riesgo,...6. La promoción y la mejora de los sistemas de saneamiento, abastecimiento de aguas, eliminación y tratamiento de residuos líquidos y sólidos; la promoción y mejora de los sistemas de saneamiento y control del aire, con especial atención a la contaminación atmosférica; la vigilancia sanitaria y adecuación a la salud del medio ambiente en todos los ámbitos de la vida, incluyendo la vivienda...10. El control sanitario y la prevención de los riesgos para la salud derivados de los productos alimentarios, incluyendo la mejora de sus cualidades nutritivas. 11. El control sanitario de los productos farmacéuticos, otros productos y elementos de utilización terapéutica, diagnóstica y auxiliar y de aquellos otros que, afectando al organismo humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas. 12. Promoción y mejora de las actividades de Veterinaria de Salud Pública, sobre todo en las áreas de la higiene alimentaria, en mataderos e industrias de su competencia, y en la armonización funcional que exige la prevención y lucha contra la zoonosis. 13. La difusión de la información epidemiológica general y específica para fomentar el conocimiento detallado de los problemas de salud...»

¹⁰ También el propio art.1.1 de la LGS lo confirma al prescribir que «la presente Ley tiene por objeto la regulación *general* de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud...»

¹¹ Prueba de ello es el referido art. 18 de la LGS, que contiene preceptos específicos sobre las actuaciones de la Administración sanitaria en esos sectores con incidencia en la salud, individual o colectiva (apartados 6 y 9-12), y, más específicamente, el art. 19.2 de la LGS, por cuanto manifiesta la influencia y la transversalidad del bien jurídico constitucional de la salud pública en numerosas políticas públicas, en una heterogeneidad de materias o sectores

otras políticas públicas se manifiesta en el llamado principio de transversalidad, que, como veremos, tiene expresa consagración en la leyes específicas de la salud pública.

C) La salud pública en la legislación básica estatal en materia de sanidad.

Examinando ya el ordenamiento administrativo sanitario sobre la salud pública, es preciso referirse, primeramente, al concepto de salud pública previsto en las principales leyes estatales de sanidad, por cuanto, como es sabido, constituyen el ordenamiento sanitario de inexcusable cumplimiento y aplicación en todas las Comunidades Autónomas, al constituir la legislación dictada por el Estado en virtud de su título competencial establecido en el artículo 149.1.16.^a de la Constitución («competencia exclusiva en materia de bases y coordinación general de la sanidad»). Y así, en tanto esta normativa básica estatal delimite

de regulación e intervención pública, en una pluralidad de competencias legislativas y ejecutivas-administrativas, en definitiva: «Las autoridades sanitarias propondrán o participarán con otros Departamentos en la elaboración y ejecución de la legislación sobre: a) Calidad del aire. b) Aguas. c) Alimentos e industrias alimentarias. d) Residuos orgánicos sólidos y líquidos. e) El suelo y subsuelo. f) Las distintas formas de energía. g) Transporte colectivo. h) Sustancias tóxicas y peligrosas. i) La vivienda y el urbanismo. j) El medio escolar y deportivo. k) El medio laboral. l) Lugares, locales e instalaciones de esparcimiento público. m) Cualquier otro aspecto del medio ambiente relacionado con la salud». Y esta transversalidad de este bien jurídico se confirma posteriormente cuando la LGS enuncia las competencias de las distintas Administraciones públicas sanitarias en los arts. 40 («La Administración del Estado, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, desarrollará las siguientes actuaciones: 1. La determinación, con carácter general, de los métodos de análisis y medición y de los requisitos técnicos y condiciones mínimas, en materia de control sanitario del medio ambiente. 2. La determinación de los requisitos sanitarios de las reglamentaciones técnico-sanitarias de los alimentos, servicios o productos directa o indirectamente relacionados con el uso y consumo humanos. 3. El registro general sanitario de alimentos y de las industrias, establecimientos o instalaciones que los producen, elaboran o importan, que recogerá las autorizaciones y comunicaciones de las Comunidades Autónomas de acuerdo con sus competencias. 4. La autorización mediante reglamentaciones y listas positivas de aditivos, desnaturizadores, material macromolecular para la fabricación de envases y embalajes, componentes alimentarios para regímenes especiales, detergentes y desinfectantes empleados en la industria alimentaria. 5. La reglamentación, autorización y registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, pueden suponer un riesgo para la salud de las personas...6. La reglamentación y autorización de las actividades de las personas físicas o jurídicas dedicadas a la preparación, elaboración y fabricación de los productos mencionados en el número anterior, así como la determinación de los requisitos mínimos a observar por las personas y los almacenes dedicados a su distribución mayorista y la autorización de los que ejerzan sus actividades en más de una Comunidad Autónoma...12. Los servicios de vigilancia y análisis epidemiológicos y de las zoonosis, así como la coordinación de los servicios competentes de las distintas Administraciones Públicas Sanitarias, en los procesos o situaciones que supongan un riesgo para la salud de incidencia e interés nacional o internacional...15. La elaboración de informes generales sobre la salud pública y la asistencia sanitaria...») y 42.3 («No obstante, los Ayuntamientos, sin perjuicio de las competencias de las demás Administraciones Públicas, tendrán las siguientes responsabilidades mínimas en relación al obligado cumplimiento de las normas y planes sanitarios: a) Control sanitario del medio ambiente: Contaminación atmosférica, abastecimiento de aguas, saneamiento de aguas residuales, residuos urbanos e industriales. b) Control sanitario de industrias, actividades y servicios, transportes, ruidos y vibraciones. c) Control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, peluquerías, saunas y centros de higiene personal, hoteles y centros residenciales, escuelas, campamentos turísticos y áreas de actividad físico deportivas y de recreo. d) Control sanitario de la distribución y suministro de alimentos, bebidas y demás productos, directa o indirectamente relacionados con el uso o consumo humanos, así como los medios de su transporte. e) Control sanitario de los cementerios y policía sanitaria mortuoria»).

la «salud pública» y disponga el contenido esencial de los referidos mandatos constitucionales previstos en el artículo 43 CE (derechos y deberes, medidas administrativas preventivas y prestacionales,...), las leyes autonómicas sanitarias y de salud pública no deben incluir normas contradictorias con la citada regulación estatal.

Así, la primera y esencial ley sanitaria dictada por el Estado en virtud de esas competencias constitucionales ha sido la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), que, constituyendo casi toda ella normativa básica¹², contiene varios preceptos –sucintamente expuestos– relativos o aplicables a las funciones públicas y competencias administrativas sobre salud pública¹³ y también algunas escasas normas básicas que expresamente prevén ciertos medios característicos de las tradicionales actividades administrativas tuteladoras de la salud pública: la actividad de limitación (autorizaciones administrativas¹⁴ y medidas no sancionadoras¹⁵) y la actividad sancionadora¹⁶.

¹² Así lo declara su art. 2.1: «1. Esta Ley tendrá la condición de norma básica en el sentido previsto en el artículo 149.1.16 de la Constitución y será de aplicación a todo el territorio del Estado, excepto los artículos 31, apartado 1, letras b) y c), y 57 a 69, que constituirán derecho supletorio en aquellas Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia que en dichos preceptos se regula». Ahora bien, los arts. 57-69 establecen los órganos administrativos y sus funciones y reglas esenciales de funcionamiento de las estructuras organizativas sanitarias, de carácter básico, llamadas «Áreas de Salud» («1. Las Comunidades Autónomas delimitarán y constituirán en su territorio demarcaciones denominadas Áreas de Salud, debiendo tener en cuenta a tal efecto los principios básicos que en esta Ley se establecen, para organizar un sistema sanitario coordinado e integral. 2. Las Áreas de Salud son las estructuras fundamentales del sistema sanitario, responsabilizadas de la gestión unitaria de los centros y establecimientos del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma en su demarcación territorial y de las prestaciones sanitarias y programas sanitarios a desarrollar por ellos»), y por tanto, se justifica su condición de normativa no básica dada la potestad autorganizadora propia de la CC AA. En cambio, más dudosa parece la exclusión de esas subapartados del art. 31.1 –que tan sólo disponen sucintamente dos de las potestades administrativas inherentes a las funciones de los inspectores sanitarios («b) proceder a las pruebas, investigaciones o exámenes necesarios para comprobar el cumplimiento de esta Ley y de las normas que se dicten para su desarrollo, c) tomar o sacar muestras, en orden a la comprobación del cumplimiento de lo previsto en esta Ley y en las disposiciones para su desarrollo»– y, por el contrario, la inclusión como norma básica de la potestad prevista en el primer subapartado («a) entrar libremente y sin previa notificación, en cualquier momento, en todo Centro o establecimiento sujeto a esta Ley»).

¹³ Sin duda, destacan las medidas adoptables por la Administración estatal en virtud de su competencia exclusiva en sanidad exterior (art. 38.2: «Son actividades de sanidad exterior todas aquellas que se realicen en materia de vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de mercancías y del tráfico internacional de viajeros») y en el marco de las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales (art. 39: «Mediante las relaciones y acuerdos sanitarios internacionales, España colaborará con otros países y Organismos internacionales: En el control epidemiológico; en la lucha contra las enfermedades transmisibles;...»).

¹⁴ Art. 25: «...2. Las autorizaciones sanitarias y los registros obligatorios que se establezcan,..., deberán cumplir las condiciones siguientes:... b) Deberán estar justificados en la protección de la salud pública. c) Se cuidará que el régimen que se establezca sea el instrumento adecuado para garantizar la consecución del objetivo de protección de la salud pública, y no vaya más allá de lo necesario para conseguirlo, así como que no pueda sustituirse por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado. d) Los procedimientos y trámites para la obtención de las autorizaciones o registros a los que se refiere esta ley deberán ser claros e inequívocos, objetivos, transparentes, proporcionados al objetivo de protección de la salud pública y darse a conocer con antelación.... 4. Cuando la actividad desarrollada tenga una repercusión excepcional y negativa en la salud de los ciudadanos, las Administraciones Públicas, a través de sus órganos competentes podrán decretar la intervención administrativa pertinente, con el objeto de eliminar aquélla. La intervención sanitaria no tendrá más objetivo que la eliminación de los riesgos para la salud colectiva y cesará tan pronto como aquéllos queden

La segunda ley estatal relativa a la salud pública es, a diferencia de la referida ley generalista sanitaria (la LGS), una ley específica y exclusiva de salud pública: la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública (LOMESP). Pero es una ley –con tan sólo cuatro artículos– que únicamente dispone, como su propio nombre indica, *ciertas* medidas administrativas de tutela de este bien jurídico constitucional, que sólo procederán adoptar cuando concurra el extraordinario supuesto de hecho habilitante genéricamente establecido en su artículo primero¹⁷.

Sin embargo, pese a todas esas importantes previsiones normativas de la LGS y de la LOMESP, ninguna de las dos normas legales básicas define o delimitan mínimamente el bien constitucional de la salud pública.

Sólo veinticinco años después desde la aprobación de ambas leyes, el Estado dicta una ley específica de salud pública¹⁸ y establece en ella una cierta concepción de este esencial bien jurídico-público garantizado en el artículo 43.2 del texto constitucional. La Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública (LGSP) dispone también los principios o los criterios básicos de actuación de la Administración sanitaria, las medidas preventivas y las prestaciones, y los deberes y los derechos de los ciudadanos, en cumplimiento del mandato constitucional de tutela de la salud pública. Y esta ley estatal se aplica y prevalece sobre los ordenamientos autonómicos de salud pública, al constituir esencialmente legislación básica sanitaria¹⁹.

excluidos». Y también sobre los medicamentos: Art. 96 («1. La autorización de los medicamentos y demás productos sanitarios será temporal y, agotada su vigencia, deberá revalidarse....2. La autoridad sanitaria podrá suspenderla o revocada por causa grave de salud pública.») y 102 («2. La publicidad de productos sanitarios dirigida al público requerirá la autorización previa de los mensajes por la autoridad sanitaria. Se procederá a revisar el régimen de control de la publicidad de los productos sanitarios atendiendo a su posible simplificación sin menoscabo de las garantías de protección de la salud pública que ofrece el régimen actual»)

¹⁵ Art. 31.2: «Como consecuencia de las actuaciones de inspección y control, las autoridades sanitarias competentes podrán ordenar la suspensión provisional, prohibición de las actividades y clausura definitiva de los Centros y establecimientos, por requerirlo la *salud colectiva* o por incumplimiento de los requisitos exigidos para su instalación y funcionamiento».

¹⁶ Art. 35: «Se tipifican como infracciones sanitarias las siguientes: A) Infracciones leves. 1.ª Las simples irregularidades en la observación de la normativa sanitaria vigente, sin trascendencia directa para la salud pública....»

¹⁷ «Al objeto de proteger la salud pública y prevenir su pérdida o deterioro, las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones Públicas podrán, dentro del ámbito de sus competencias, adoptar las medidas previstas en la presente Ley cuando así lo exijan *razones sanitarias de urgencia o necesidad*.»

¹⁸ Especialmente crítico con esa inactividad legislativa ha sido C. CIERCO SEIRA, proponiendo entonces con acierto ciertos principios específicos de una entonces futura ley general de salud pública. *Vid. La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública*, Revista «Derecho y Salud», Volumen 17, Extraordinario XVII Congreso, 2008, págs. 25-27, y *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006, págs. 33-88, especialmente.

¹⁹ Así lo prescribe explícitamente su Disposición final cuarta: «1. Esta ley tiene el carácter de norma básica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.16.ª de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclu-

Y ¿cuál es el concepto jurídico de «salud pública» que dispone la LGSP y que, en su condición de norma básica, ha de respetarse y asumirse por la legislación autonómica de salud pública? Su artículo 1, en su segundo párrafo, define expresamente la salud pública como «el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales».

El precepto ofrece una concepción amplia del régimen jurídico-administrativo tutelador de la salud pública: pluralidad y heterogeneidad de actividades administrativas («sanitarias» *stricto sensu*, «sectoriales» –medioambientales, laborales, alimentarias,...–, y «transversales»), actividades administrativas asistenciales (preventivas y reparadoras o curativas), limitadoras y de fomento o promoción, y, en fin, actividades administrativas, pero con participación ciudadana. En otras palabras, la norma declara los principios de participación y de transversalidad de la política pública de salud pública, así como un cierto *numerus apertus* en las modalidades de actividad administrativa destinadas a tutelar ese bien jurídico-público; y todo ello con el fin de tutelar la salud de las personas, «tanto en el ámbito individual como en el colectivo»²⁰.

La LGSP confunde así, en su mismo primer artículo, el bien jurídico protegido constitucional y legalmente (la salud pública) con las actuaciones de la Administración pública (el sujeto) que tiene encomendada constitucionalmente su tutela. Eso sí, parece incluir en el concepto de la salud pública tanto la salud del individuo como la salud de la colectividad. Pero no delimita una y otra clase de salud pública.

2. El concepto en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su artículo 55.2, atribuye a la Comunidad Autónoma de Andalucía «la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular,... la ordenación y la

siva sobre las bases y coordinación general de la sanidad. El capítulo VIII del Título II se ampara en la competencia exclusiva del Estado en materia de sanidad exterior en virtud de lo previsto en esta misma cláusula...». Tan sólo dos preceptos no tienen esa naturaleza jurídica competencial y «se aplican exclusivamente a la Administración General del Estado»: los arts. 45 (Consejo Asesor de Salud Pública, órgano administrativo estatal de coordinación y cooperación interdepartamental, de naturaleza colegiada y de carácter consultivo, participativo y representativo) y 53 (Agentes de la Autoridad Sanitaria estatal, con específica atribución de la función inspectora).

²⁰ El primer párrafo es aún más expresivo y narrativo: «Esta ley tiene por objeto establecer las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios, y en general actuaciones de toda índole desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como en la colectiva».

ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la *salud pública* en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica»²¹.

La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (LSA), en cumplimiento de la garantía estatutaria del sistema sanitario público de carácter universal, no sólo crea y define, en su artículo 43, el Sistema Sanitario Público de Andalucía como «el conjunto de recursos, medios organizativos y actuaciones de las Administraciones sanitarias públicas de la Comunidad Autónoma o vinculados a las mismas, orientados a satisfacer el derecho a la protección de la salud a través de la promoción de la salud, prevención de las enfermedades y la atención sanitaria» (incluyendo, por tanto, la promoción, la prevención y la asistencia en salud pública), sino que en su extenso artículo 15, pese a no definir la salud pública, sí dispone los principios de la actuación administrativa en esta materia²².

Así, sólo treinta años después de la promulgación del originario Estatuto de Autonomía de 1981 se aprueba la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (LSPA), disponiendo una acepción de «la nueva salud pública»²³ y una expresa definición en

²¹ También corresponde a la CC AA «la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población» (art. 55.2), «la competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios» (art. 55.1), y la participación en «la planificación y la coordinación estatal en materia de sanidad y salud pública» (art. 55.4).

²² «La Administración Sanitaria Pública de Andalucía, a través de los recursos y medios de que dispone el Sistema Sanitario Público de Andalucía y de los organismos competentes en cada caso, promoverá el desarrollo de las siguientes actuaciones relacionadas con la salud pública: 1. Atención al medio en cuanto a su repercusión sobre la salud humana individual y colectiva, incluyendo medidas de control y promoción de mejoras sobre todas aquellas actividades con posibles repercusiones sobre la salud. 2. El control sanitario y prevención de los riesgos para la salud derivados de los productos alimenticios, en toda la cadena alimentaria hasta su destino final para el consumo. 3. El control sanitario y la prevención de las antropozoonosis. 4. Promoción y mejora de la salud mental. 5. Vigilancia e intervención epidemiológica frente a brotes epidémicos y situaciones de riesgo de enfermedades transmisibles y no transmisibles, así como la recopilación, elaboración, análisis y difusión de estadísticas vitales y registros de morbilidad que se establezcan. 6. Colaboración con la Administración del Estado en la farmacovigilancia y control de las reacciones adversas a los medicamentos, y en el control sanitario de otros productos de utilización diagnóstica, terapéutica o auxiliar que puedan suponer un riesgo para la salud de las personas. 7. Educación para la salud de la población, como elemento primordial para contribuir a la mejora de la salud individual y colectiva. 8. Promoción de estilos de vida saludables entre la población, así como promoción de la salud y prevención de las enfermedades en los grupos de mayor riesgo. 9. Fomento de la formación e investigación científica en materia de salud pública.»

²³ En su Exposición de Motivos se explica en estos términos: «...la salud como un factor de inversión en la vida comunitaria óptima. Bajo esta nueva visión, el cometido de la salud pública será la mejora de la salud y de la calidad de vida de la población; es decir, contribuir a generar en la sociedad las condiciones de vida más favorecedoras para la salud de la población, promover conductas y estilos de vida más saludables, proteger la salud ante las amenazas y los riesgos, y no solo luchar contra las enfermedades y minimizar la pérdida de la salud. Esta nueva visión transforma la actividad económica vinculada a la salud desde un posicionamiento reactivo, de respuesta al accidente patológico, hacia un posicionamiento proactivo, de anticipación, promoción y mejora del bienestar de las personas. En la actualidad la salud debe comprender el esfuerzo sistemático para identificar las necesidades de salud de la comunidad global y la organización de las respuestas de sus miembros

su articulado. En efecto, en el artículo 2 se define «23.º Salud pública: El esfuerzo organizado por la sociedad para proteger y promover la salud de las personas y para prevenir la enfermedad mediante acciones colectivas».

De esta forma, la concepción de la LSPA se aparta de la definición dispuesta en la legislación básica estatal (artículo 1 de la LGSP²⁴). En la LGSP se define la salud pública como una acción o actividad administrativa, aunque con la colaboración y la participación de la social. En cambio, la definición de la LSPA parece referirse esencialmente a la actividad de la sociedad o la ciudadanía, y sólo implícitamente –y, por tanto, secundariamente– a la actuación administrativa o de los poderes públicos.

II. PRINCIPIOS RECTORES DE LA LEY DE SALUD PÚBLICA EN ANDALUCÍA

1. Características generales.

A) *Los sujetos obligados y el ámbito subjetivo de aplicación de la LSPA.*

El artículo 4 de la LSPA enuncia los llamados «principios rectores» de las actuaciones de salud pública por parte de las Administraciones públicas de Andalucía. Lo primero que llama la atención en este enunciado genérico de principios jurídicos generales es su mismo ámbito de aplicación, porque, según el tenor literal del precepto («Las Administraciones públicas de Andalucía,...en los términos previstos en la ley, se regirán por los siguientes principios:...») rigen –y, por tanto, vinculan– sólo a las Administraciones públicas, y no a las personas jurídico-privadas que realicen actuaciones –sanitarias, principal pero no exclusivamente– con incidencia en la salud pública.

La LSPA se diferencia así de lo dispuesto en la homóloga Ley básica estatal, por cuanto el artículo 3 de la LGSP sí incluye expresamente a los sujetos privados entre los sujetos

para enfrentar dichas necesidades, incluyendo la formulación de políticas, la ordenación de los recursos y la implantación de estrategias innovadoras que afronten los nuevos retos de salud pública, ahora de orden global...»

²⁴ Similares a la definición estatal son las dispuestas en la generalidad de las demás leyes autonómicas de salud pública: la Ley 5/2014, de 26 de junio, de Salud Pública de Aragón (art. 1.2: «La salud pública es el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones Públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad, así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales»), la Ley 16/2010, de 28 de diciembre, de Salud Pública de las Islas Baleares (art. 2. «Definiciones A los efectos de esta ley se entiende por: a) Salud pública: El conjunto organizado de actuaciones de las administraciones públicas y de la sociedad...»), Ley 7/2011, de 23 de marzo, de Salud Pública de Extremadura (art. 3.a): «a) Salud pública: conjunto organizado de las actuaciones de los poderes públicos y de la sociedad en general...») y la Ley 18/2009, de 22 de octubre, de Salud Pública de Cataluña (art. 2 p): «Salud pública: el conjunto organizado de actuaciones de los poderes públicos y del conjunto de la sociedad mediante la movilización de recursos humanos y materiales para proteger y promover la salud de las personas, en el ámbito individual y colectivo, prevenir la enfermedad y cuidar de la vigilancia de la salud»).

obligados a observar los principios generales o rectores en materia de salud pública («Las Administraciones públicas y los sujetos privados, en sus actuaciones de salud pública y acciones sobre la salud colectiva, estarán sujetos a los siguientes principios...»), coherentemente con la explícita inclusión de las personas de Derecho privado en el ámbito subjetivo de aplicación de la LGSP y su misma inclusión entre los sujetos actuantes en esta materia²⁵, aunque, cierto es, disponga expresamente sólo una aplicación parcial de la ley y no de todos sus preceptos (artículo 2: «Lo establecido en esta ley será de aplicación a las Administraciones públicas con carácter general y a los sujetos privados cuando específicamente así se disponga»), en congruencia con la misma diversidad de contenidos normativos y, en particular, con la regulación legal de las plurales modalidades, medios y medidas administrativas propios, característicos y exclusivos de los poderes públicos administrativos, esto es, en último término, todo ello conforme al singular *status* jurídico general que tiene reconocido y garantizado toda Administración pública en el Derecho administrativo español.

No obstante, esa ausencia de expresa previsión de los sujetos privados en el ámbito subjetivo de aplicación de la LSPA no implica su real y efectiva exclusión de la aplicación de los principios esenciales de la legislación de salud pública en Andalucía. En primer lugar, porque, al menos, las normas de la LGSP que se dispongan aplicables a los sujetos de derecho privado son directamente de aplicación plena en la CC AA andaluza, en su condición de normas básicas. Y en segundo lugar, porque también la legislación andaluza de salud pública incluye a las personas jurídico-privadas en su ámbito subjetivo de aplicación, en cuanto, al menos, los preceptos de la LSPA que constituyan «complemento o desarrollo» de la normativa básica de la LGSP aplicables a los sujetos privados también resultan de aplicación en la CC AA²⁶.

²⁵ Su art. 1 así lo dispone: «Esta ley tiene por objeto establecer las bases para que la población alcance y mantenga el mayor nivel de salud posible a través de las políticas, programas, servicios, y en general *actuaciones de toda índole desarrolladas por los poderes públicos, empresas y organizaciones ciudadanas* con la finalidad de actuar sobre los procesos y factores que más influyen en la salud, y así prevenir la enfermedad y proteger y promover la salud de las personas, tanto en la esfera individual como en la colectiva».

²⁶ Por otro lado, la LSPA, cuando dispone en su art. 1.2 el ámbito de aplicación, no menciona únicamente a las Administraciones públicas y, por tanto, implícitamente parecer admitir también los sujetos privados: «La presente ley será de aplicación a toda la población en Andalucía y asimismo, con el alcance establecido en la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el Mundo, será de aplicación a los andaluces en el exterior». Pero esta norma parece estar refiriéndose a los administrados o sujetos destinatarios de las actuaciones administrativas de salud pública, no a los sujetos actuantes (entidades públicas o entidades jurídico-privadas) a los que el ordenamiento jurídico les encomienda la «tutela» de la salud pública. Así, la LSPA no delimita en sentido propio su mismo ámbito subjetivo de aplicación, esto es, los sujetos de Derecho que han de regirse y aplicar esta ley autonómica. Tan sólo parece prever indirectamente a su ámbito subjetivo de aplicación cuando describe el objeto en su art. 1.1., refiriéndose, por cierto, exclusivamente a las Administraciones Públicas: «La presente ley tiene por objeto:...b) Establecer las funciones y competencias en materia de salud pública, sus prestaciones y servicios y las líneas para organizar su gobernanza, asegurando el carácter transversal, participativo e intersectorial de las actuaciones de la Administración pública y la organización de sus recursos multidisciplinares para obtener eficacia». Los demás apartados de este art. 1.1 no tratan del ámbito subjetivo, sino de los objetivos o fines («objeto» en palabras del legislador andaluz) que, inexcusablemente, han de referirse o comprender los sujetos destinatarios de la Administración pública tuteladora de la salud pública («La presente ley tiene por objeto: a) Establecer los derechos, obligaciones y responsabilidades de la población en Andalucía respecto a la salud pública, las garantías para su cumplimiento y los fines y principios que deben

B) La dudosa naturaleza jurídica de los principios y su desordenada sistematización y tipificación en la LSPA.

Aún ofrece más relevancia conocer la misma naturaleza jurídica de estos «principios rectores» de la LSPA que, por cierto, con una u otra denominación y/o sucinta previsión normativa, coinciden con los llamados «principios generales de acción en salud pública» establecidos en el artículo 3 de la LGSP²⁷. Es decir: a) si todos ellos son auténticos Principios Generales del Derecho, con independencia de que sean o no innovadores en el ordenamiento administrativo de salud pública (el autonómico andaluz o el básico estatal, en su caso); b) si todos ellos son verdaderos «principios rectores» –a semejanza de los homólogos principios constitucionales (artículo 43 CE) y estatutarios, en su caso– en tanto que conforman mandatos normativos a los poderes públicos, y sólo eso; y c) si todos ellos, con independencia de que sean o no «principios generales del Derecho» y/o «principios rectores», se traducen en derechos públicos subjetivos a favor de «toda la población en Andalucía» y de «los andaluces en el exterior» conforme dispone su artículo 1.2.

Las respuestas no son tan evidentes, no sólo tras examinar el mismo texto legal (el tenor literal de los preceptos, su ubicación y ordenación sistemática...²⁸), sino tampoco lo son después de realizar una mínima interpretación jurídica del contenido mismo –el específicamente sanitarios y, en su caso, el generalista o transversal– de cada uno de esos «principios» del artículo 4 de la LSPA; una interpretación que, sin duda, debe de incluir otros artículos de la ley, especialmente los contenidos en el Título I («La ciudadanía y la salud pública»: artículos 5-34) y, dentro de él, los referentes a los derechos.

Lo cierto es que, en una primera aproximación, el legislador autonómico ha ofrecido algún indicio o pauta interpretativa en la misma Exposición de Motivos de la LSPA, al proclamar en su apartado III lo siguiente: «...Es, en este sentido, una ley de carácter programático que incide

regir la nueva organización de la salud pública...c) Situar a todas las personas en Andalucía y a los andaluces en el mundo como eje central de las actuaciones de salud pública, así como articular los objetivos, garantías y procedimientos para alcanzar la equidad en salud de todas las personas y poblaciones de Andalucía»).

²⁷ Tan sólo se aprecian dos principios generales del art. 3 de la LGSP que no están tipificados, directa o indirectamente, en el art. 4 de la LSPA: los previstos en los apartados e) y h), que consagran, respectivamente, el principio de evaluación («Las actuaciones de salud pública deben evaluarse en su funcionamiento y resultados, con una periodicidad acorde al carácter de la acción implantada») y el principio de seguridad («Las actuaciones en materia de salud pública se llevarán a cabo previa constatación de su seguridad en términos de salud»). Ahora bien, dada la naturaleza básica de la norma estatal, también estos principios generales rigen en la CC AA de Andalucía; además, aunque no estén establecidos como principios rectores, sí están reconocidos implícitamente en otros preceptos de la LSPA, ya se disponga como derecho público subjetivo (art. 16.1.g): «Derecho a que las Administraciones competentes desarrollen una adecuada evaluación y, en su caso, auditoría de las actuaciones en salud pública», ya sea indirectamente y en más de un precepto establece, en cuanto demandado por otros principios rectores o por las reglas específicas referentes a la actividad administrativa de limitación en salud pública.

²⁸ Ya lo advertía el Consejo Consultivo de Andalucía, en el dictamen 483/2011, de 19 de julio, sobre el Anteproyecto de Ley de Salud Pública de Andalucía en sus III Fundamentos Jurídicos.

sobre la ciudadanía y la sociedad poniendo la salud al servicio de la ciudadanía, situando a la *ciudadanía* en el eje central de las actuaciones de salud pública y reconociendo su *protagonismo* en esta materia....El carácter progresista de la ley se materializa en la conceptualización que desarrolla en relación con los derechos de los ciudadanos, fundamentalmente mediante dos procedimientos: la *creación de nuevos derechos* y la *renovación de derechos históricos*, explicitando algunos que estaban aceptados tácitamente y elevando a la categoría de derecho hechos que venían siendo históricamente considerados exclusivamente como actividades clásicas de la Administración sanitaria. Además, los nuevos derechos reconocidos se protegen con garantías que aseguren la efectividad y el libre acceso de la ciudadanía a su contenido...». Nada más, pero nada menos. Y ¿cómo lo traduce el legislador andaluz en mandatos normativos, en preceptos de la LSPA? ¿cómo se tipifican en esta ley los principios rectores especiales y propios, o generales pero especificados y circunscritos al bien jurídico de la «salud pública» y no a otros bienes propios de la sanidad pública? No demasiado acertadamente, no demasiado explícitamente, no demasiado ordenadamente; pero lo hace, más o menos: unas veces «repitiendo o reiterando» el mismo principio en distintos preceptos casi con contenidos similares, otra vez conjuntamente con otros principios hasta no diferenciarlos con precisión, y otras citándolos en un precepto y más adelante delimitándolos y conformándolos indirecta o implícitamente en otras partes de la LSPA,...

A título meramente introductorio y ejemplificativo, destaca el primer apartado del artículo 4, por cuanto, expresa o implícitamente, proclama ciertos principios, pero no mencionan otros principios rectores también relevantes. Un artículo enunciando todos los principios rectores hubiera sido no poco clarificador. Pero este precepto legal, aparte de omitir no pocos principios jurídicos generales, se refiere también a ciertos fines y objetivos generales –no a todos, por supuesto– de la actuación de las Administraciones Públicas. Así, con el significativo nombre de «La protección de la salud de la ciudadanía», el artículo 4.a) dispone: «Las Administraciones públicas de Andalucía garantizarán la protección de la salud de la población y promoverán su mejora mediante el ejercicio efectivo de la rectoría y el liderazgo institucional²⁹, con enfoque de promoción en la salud y participación social, bajo los principios de transparencia, equidad, solidaridad y universalidad»³⁰.

²⁹ Este precepto, además de mencionar algunos de los principios generales o rectores de la actuación administrativa en salud pública, reconoce –más o menos expresa o implícitamente– las clásicas modalidades de actividades administrativas adecuadas para hacer efectivos los fines y los objetivos esenciales –la mayoría posteriormente tipificados como los principios rectores de la actuación administrativa que estamos examinando– proclamados en la misma LSPA (art. 3.1); en especial, la norma declara el deber de la Administración de garantizar «la protección de la salud de la población» y de promover «su mejora», esto es, el deber legal de realizar toda actividad administrativa tuteladora o protectora del bien jurídico de la salud pública (incluye, por tanto, la actividad de ordenación y limitación) y, así mismo, toda actividad administrativa de promoción (incluye así la actividad de fomento y la de servicio público), todas ellas, por cierto, constituyen actividades de la Administración y, consecuentemente, dirigidas, coordinadas, organizadas y decididas por ella misma («...mediante el ejercicio efectivo de la rectoría y el liderazgo institucional...»), pesa la preceptiva presencia de los principios de participación de y de empoderamiento de la ciudadanía a los que luego nos referiremos.

³⁰ Llama la atención que un principio esencial derivado de los derechos del art. 43 CE (la universalidad) y previsto en la legislación estatal y en las leyes autonómicas en materia de sanidad o salud (arts. 3.2 y 46.a) de

2. Los principios rectores de la LSPA.

A) *La transversalidad de la salud pública y los principios conexos de cooperación y coordinación.*

a) La deficiente tipificación de la transversalidad como principio rector.

Es éste un principio capital, que, sin embargo, no está explícitamente referido en el artículo 4 con ese *nomen iuris*³¹. En cambio, sí se menciona expresamente en otros preceptos de la LSPA (el artículo 2.1, por ejemplo) y, en otra parte de la ley (Título II: «La gobernanza en salud pública»), dispone de un precepto específico –con su mismo *nomen iuris*– que ofrece su contenido esencial (el artículo 50) y también tiene un relevante desarrollo complementario (artículos 55-59).

Ciertamente, a pesar de que el artículo 2.1.b) de la LSPA –sobre el «objeto de la ley»– impone el «carácter transversal...de las actuaciones de la Administración pública», sorprendentemente no se cita explícitamente en el artículo 4, si bien sí se encuentra previsto con otras denominaciones en este mismo precepto, en «otros» dos de sus «principios rectores», como veremos seguidamente. Y, sobre todo, llama la atención la ausencia de su mismo nombre en el artículo 4, por cuanto, como ya se ha avanzado, sí se regula en el Título II de la LSPA; en particular, la transversalidad se incluye entre los denominados «Principios de la organización básica de salud pública» (que se analizan en otra parte de esta obra colectiva), enunciados en el artículo 43 de la LSPA («La organización y la prestación de los servicios de la salud pública se basarán en los siguientes principios:...f) La... transversalidad de la salud pública...») y se regula en exclusiva en el citado artículo 50 («La transversalidad de la salud»).

Pero retomemos las previsiones específicas de los principios rectores establecidas en el artículo 4 de la LSPA. En primer lugar, el apartado d) –con el título de «El valor público de la salud en Andalucía»– al menos contempla indirectamente la transversalidad como un principio instrumental al servicio de cierto objetivo esencial de las políticas públicas de

la LGS, art. 2.b) de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud,...) no dispongan de un mínimo contenido en la LSPA referido específicamente a los derechos relativos a la salud pública previstos en el referido precepto constitucional, dificultando así su delimitación y apreciación misma en esta materia, al no ser íntegramente trasladable o aplicable el contenido esencial de este principio insito en el derecho constitucional a la asistencia sanitaria que sí ha estudiado la doctrina exhaustivamente. *Vid.*, por todos, MENÉNDEZ REXACH, *El derecho...*, *op. cit.*, Revista «Derecho y Salud», Volumen 11, Mayo 2003, págs. 19-22).

³¹ Tampoco está previsto, ni directa ni indirectamente, en la LSA, que, no obstante, sí tipifica expresamente 12 principios generales en su art. 2, que, en su mayoría, se traducen y especifican también como principios rectores en el art. 4 de la LSPA como iremos comprobando.

salud pública³², congruentemente, pues, con los fines esenciales de la LSPA enunciados en su artículo 3.1³³; en efecto, el artículo 4.d) así lo dispone: «...las Administraciones públicas de Andalucía promoverán que la salud de la ciudadanía sea un *valor de referencia* en todas sus actuaciones...»

Y más contundente y específicamente, la transversalidad se prevé en el siguiente apartado del artículo 4, con un expresivo y significativo título («e) Principio de salud en todas las políticas»): «Las actuaciones en salud pública se regirán por el principio de salud en todas las políticas, como estrategia de cooperación horizontal cuya finalidad es contribuir a la mejora de la salud de la población mediante la actuación en los determinantes de la salud a través de las políticas y acciones de todos los sectores de gobierno, con especial atención a los sectores distintos del de salud con capacidad de afectar a las condiciones sociales y económicas que se encuentran en la base del estado de salud de la población³⁴.»

b) El contenido mínimo del principio.

Así, pues, se confirma que la salud pública es un bien jurídico expansivo, dotado de una *vis atractiva* en la adopción de las políticas públicas; así se constata claramente en el artículo 50, que proclama expresamente el carácter transversal de la salud pública, «que comprende la *integración* de la perspectiva de la salud pública en el ejercicio de las competencias de las distintas políticas y acciones públicas» (apartado 1) y «de las políticas en todos los ámbitos de actuación» (apartado 2), y, además, reiterando la prevalencia de la especificidad de este esencial bien jurídico-público sobre otros bienes jurídico-públicos al prescribir que la transversalidad ha de realizarse «considerando sistemáticamente las *prioridades y necesidades propias* de la salud colectiva» (apartado 2).

³² «El desarrollo de la salud pública y del bienestar en su ámbito territorial persigue promover una Andalucía saludable en la que la ciudadanía pueda vivir una vida autónoma desarrollando su personalidad y sus plenas capacidades...». Posteriormente, el mismo precepto legal, no sólo concreta cómo conseguir ese objetivo de una población andaluza «saludable», sino es que con ello amplía notablemente este fin u objetivo de la LSPA, pareciendo superar cualquier concepción extensiva o amplia del bien jurídico constitucional de la salud pública e incurriendo así el legislador andaluz en una cierta equiparación –o, en su caso, confusión inconsciente– con el suprabien jurídico constitucional del «orden público, del que, como es bien sabido, la salud pública constituye uno de sus esenciales y específicos bienes jurídicos integrantes, pero no el único: «La Administración de la Junta de Andalucía incentivará el reconocimiento de Andalucía como territorio saludable, promoviendo programas y acciones dirigidos a dar a conocer las ventajas socioeconómicas, de infraestructuras, ocio y cultura, posición geoestratégica, innovación y alta calidad de vida que ofrece la Comunidad Autónoma, con el fin de posicionar a Andalucía como un entorno saludable excelente para la convivencia humana.»

³³ Especialmente, los siguientes: «a) Promover la salud y el bienestar personal de la población para contribuir al pleno ejercicio de sus capacidades» y «b) Fomentar entornos y modos de vida saludables para prolongar y mejorar la calidad de la vida humana.»

³⁴ Más sucintamente se prevé también en el art. 3. b) de la LGSP, al disponer que «las políticas públicas que incidan sobre la salud valorarán esta circunstancia conciliando sus objetivos con la protección y mejora de la salud».

La LSPA impone, pues, que este bien jurídico de relevancia constitucional esté presente y garantizado en toda acción de los órganos de gobierno y administrativos de Andalucía, en todas las acciones de las Administraciones públicas y del sector público andaluz, sean autonómicas o locales, territoriales o instrumentales, institucionales o corporativas, y presen servicios o funciones sanitarias o cualquier otra actividad con incidencia o afectación para la salud pública³⁵, «con especial atención a los sectores distintos del de salud con capacidad de afectar a las *condiciones sociales y económicas* que se encuentran en la base del estado de salud de la población», según prescribe el propio artículo 4.e).

La prevalencia de la legislación andaluza de salud pública está así explícitamente declarada en el Derecho propio de la CC AA³⁶. Las políticas públicas medioambientales, industriales o agrícolas, de vivienda y urbanísticas, de ordenación del territorio y de infraestructuras y transportes, de consumo y de comercio, de empleo y de servicios sociales, de emprendimiento o innovación tecnológica y de investigación científica, de turismo y de deporte, de educación y de formación, etc.³⁷, están condicionadas a valorar previamente la salud pública y a observar la normativa autonómica (y estatal básica) dictada al efecto.

No es poca la relevancia y la eficacia normativa de este principio jurídico y de los consiguientes mandatos a los poderes públicos destinatarios. Porque esta transversalidad de las política pública de salud pública afecta a todos los poderes públicos y las funciones públicas, y no sólo a las actividades administrativas *stricto sensu* y las actividades jurídico-privadas que desempeñan las Administraciones y demás entidades del sector público andaluz; afecta también al ejercicio de la potestad reglamentaria –local y autonómica– y de la misma potestad legislativa de la Junta de Andalucía, en los términos previstos en el artículo 50.2 («Los poderes públicos potenciarán que la perspectiva de la salud pública esté presente en la elaboración, ejecución y seguimiento de las *disposiciones normativas...*»).

³⁵ Incluso la LSPA impone la transversalidad en salud pública como objetivo mismo de la investigación científica que ha de fomentar y promover la Administración de la Junta de Andalucía (art. 94.4: «promoverá una cultura participativa en las redes de investigación que permita fomentar la cooperación común, *identificar materias de investigación transversales* y crear redes de conocimiento innovadoras en materia de salud pública»).

³⁶ Lo cierto es que la LGSP consagra, además, otro principio de transversalidad en materia de salud pública, ausente en este art. 4 de la LSPA. El art. 3.b) de la LGSP, pese a tener el mismo título que el art. 4.e) de la LSPA, tiene un importante contenido adicional: «Las actuaciones de salud pública tendrán en cuenta las políticas de carácter no sanitario que influyen en la salud de la población, promoviendo las que favorezcan los entornos saludables y disuadiendo, en su caso, de aquellas que supongan riesgos para la salud». Esto es, la ley estatal obliga a las políticas sanitarias y de salud pública a valorar otras políticas estrictamente no sanitarias pero que puedan incidir en ese bien jurídico-público: la legislación de salud pública ha de apreciar también la tutela de la salud pública presente en la legislación de seguridad alimentaria, de consumidores, de vivienda, de urbanismo, de medioambiente,.... El principio de transversalidad de la salud pública es un principio de doble dirección y afectación, no limitado sólo a la prevalencia de la legislación sanitaria y específica de salud pública sobre las demás normativas y políticas con incidencia en la salud pública.

³⁷ Así lo dispone más explícitamente el art. 50.4, estableciendo una cierta prevalencia del principio en determinadas políticas públicas sectoriales: «Se dará prioridad a la intersectorialidad en las áreas de educación, bienestar social, políticas de igualdad, medio ambiente, agricultura, consumo, empleo y vivienda».

Pero ¿cómo se hace? ¿cómo se hace efectivo el principio de transversalidad? ¿cómo se implanta en todas esas políticas públicas?. El artículo 4.e) sólo contiene dos prescripciones meramente enunciativas de cierto instrumento formal de realización de la transversalidad (la llamada «estrategia de cooperación horizontal») y de cierto instrumento evaluable para poder efectuar la transversalidad (los llamados «determinantes de la salud»).

c) Los valores de preceptiva evaluación en la transversalidad.

El artículo 4.e) prescribe la transversalidad mediante la actuación pública en los «determinantes de la salud». Es éste, pues, un elemento necesario, un criterio objetivo que ha de observarse por los poderes públicos para hacer efectivo el principio rector de transversalidad de la salud pública. Pero ¿qué son estos «determinantes»? ¿y cuáles son?. La LSPA los define genéricamente en su artículo 2.8º como el «conjunto de factores personales, sociales, económicos y ambientales que determinan el estado de salud individual y colectiva»; pero nada más. La LSPA no los enuncia, no establece listado alguno –ni siquiera con carácter ejemplificativo o de *numerus apertus*– de «determinantes de la salud».

Y tampoco lo hace el precepto específico que completa el contenido esencial de este importante principio rector: el artículo 50 de la LSPA. Eso sí, esta norma, en su apartado 1, añade otro criterio o elemento de preceptiva valoración junto («de consideración sistemática», prescribe literalmente) a los determinantes de la salud: «la igualdad de oportunidades y la equidad en salud», que, por cierto, constituye en sí mismo un autónomo y supraprincipio rector³⁸, tipificado expresamente en el artículo 4.g) y desarrollado específicamente en el artículo 5, por lo que será analizado más adelante. Y en su apartado 2, el artículo 50 especifica y concreta ese «nuevo» valor de la transversalidad de la salud pública, al disponer que los poderes públicos deberán tener en cuenta la «incidencia» de las normas y las políticas públicas «en la *situación específica de las personas y grupos* de población, al objeto de adaptarlas para mitigar los efectos discriminatorios y fomentar la equidad en salud».

d) Los instrumentos de la transversalidad.

– La «cooperación horizontal» y los principios de colaboración y coordinación.

Como se ha indicado, el artículo 4.e) sólo menciona la «estrategia de cooperación horizontal». Parece, pues, que este instrumento legalmente previsto para ejercer el principio rector de transversalidad de la salud pública remite a ciertos principios generales de

³⁸ Interesa ya anticipar que el mismo Preámbulo de la LSPA equipara ambos principios rectores hasta identificarlos o unificarlos en un «super» principio: «...La equidad junto con la reducción de desigualdades en salud es uno de los ejes que recorre transversalmente todos los títulos de la ley. La ley propone garantizar la equidad en salud, entendida como el derecho de las personas a disfrutar, en igualdad de oportunidades, de una vida saludable...»

funcionamiento interno de cada Administración pública territorial (relaciones interorgánicas intradministrativas), así como a ciertos principios que presiden las relaciones entre distintas Administraciones públicas territoriales (relaciones interadministrativas) y que, además, tienen una explícita y propia tipificación como principios rectores en el apartado c) del artículo 4 como más adelante se explicará.

Ciertamente, la cooperación horizontal remite, en primer término, a la colaboración intraadministrativa intersectorial *stricto sensu* en el seno de cada Administración pública territorial de la CC AA (Administración autonómica o Administración local), a la cooperación entre los órganos administrativos competentes en salud pública dentro de una determinada Administración andaluza y los distintos órganos de esa Administración con competencias materiales o sectoriales incidentes en la salud pública. Los instrumentos de esta cooperación intersectorial podrían ser, bien los generales previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), y/o en las respectivas leyes generales de las Administraciones autonómicas y locales en Andalucía³⁹, o bien los específicamente establecidos en la legislación sanitaria de la CC AA (LSA y LSPA, especialmente).

Pero la transversalidad en salud pública no sólo ha de ejercerse mediante las técnicas e instrumentos de cooperación horizontal o colaboración intraadministrativa, sino que también ha de ejercerse mediante las potestades de coordinación intersectorial. Lo confirma el artículo 50.3 de la LSPA, al disponer que «la transversalidad se ejercitará a través de la *coordinación* y cooperación intersectorial y multidisciplinaria». Y la propia LSPA (artículo 44.1), «sin perjuicio de las atribuciones del Consejo de Gobierno», atribuye a la Consejería competente en materia de salud, no sólo la competencia cooperativa intersectorial en salud pública («c) La cooperación intersectorial y multidisciplinaria en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía...»), sino también «la superior dirección y coordinación de las políticas de salud pública» («b) La planificación y coordinación del marco de políticas y líneas estratégicas de salud pública de la Administración de la Junta de Andalucía»), esto es, una competencia de coordinación intersectorial e interorgánica que, como es sabido, implica una posición de superioridad sobre los órganos administrativos «coordinados».

Además, la cooperación horizontal como instrumento de la transversalidad también incluye la cooperación intersectorial entre distintas personas jurídico-públicas. El mismo artículo 50.3 explícitamente lo prevé al referirse a la coordinación y cooperación intersectorial y

³⁹ Así, por ejemplo, dentro de cada Administración pública andaluza un instrumento ordinario –y no exclusivo– para cualquier cooperación entre órganos y entidades administrativas es la «comunicación» prevista en el art. 19 de la LRJPAC; y, en particular en el ámbito interno de la Administración de la Junta de Andalucía también podría canalizarse esta relación cooperativa mediante la participación de las Consejerías con competencias con incidencia en salud pública –y, por supuesto, la propia Consejería competente en salud o sanidad– en las llamadas Comisiones interdepartamentales, esto es, órganos administrativos colegiados de colaboración y cooperación que podría crear el Consejo de Gobierno conforme dispone el art. 31 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (LAJA) .

multidisciplinaria «como elemento de cohesión de las políticas públicas de las entidades e instituciones con responsabilidades sobre la salud pública», es decir, a la cooperación entre distintas personas jurídicas. Así, en primer lugar, se admite la colaboración entre las entidades instrumentales de la misma Administración pública que ejerzan competencias en salud pública o con incidencia en ella, ya sean (ex artículo 52 de la LAJA) entes de Derecho público (las llamadas Agencias) o de Derecho privado pertenecientes al sector público andaluz (las sociedades mercantiles y las fundaciones): las numerosas Agencias y Fundaciones adscritas a la Consejería de Salud, los entes instrumentales de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales (Instituto de la Mujer, Instituto de la Juventud, Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, Agencia de Cooperación Internacional para el Desarrollo...), así como numerosas entidades instrumentales de otras Consejerías (la Agencia de Medioambiente y Agua de Andalucía, Agencia de Vivienda y Rehabilitación de Andalucía, Instituto de Prevención de Riesgos Laborales, Agencia de Gestión Agraria y Pesquera de Andalucía, Consorcios de Transportes, etc.). Y, en segundo lugar, esa transversalidad colaborativa intersectorial también podrá ser interadministrativa en sentido propio, cooperando la Administración de la Junta de Andalucía (sus órganos y sus entes instrumentales con funciones en salud pública o con competencias incidentes en ella) con las Administraciones locales de la CC AA (sus órganos o entidades instrumentales afectadas) o las propias Administraciones locales entre sí⁴⁰.

Finalmente, como ya se ha apuntado, conviene añadir que la cooperación y la coordinación administrativa intersectorial –en el seno interno de cada Administración pública andaluza o entre distintas Administraciones de la CC AA⁴¹– no sólo constituye un importante

⁴⁰ Específicamente se prevé la cooperación intersubjetiva en los arts. 52 y 53 –que son analizados en otro estudio de esta obra colectiva al que, por tanto, nos remitimos– se refieren a la «necesaria cooperación interadministrativa», prescribiendo, no solamente la cooperación de la Administración de la Junta de Andalucía con las Administraciones locales «para el desarrollo de las competencias de salud pública y de los respectivos planes de salud» (art. 52.2), sino también las llamadas «alianzas estratégicas» con otras Administraciones territoriales y entes no territoriales («universidades, centros de investigación y otras entidades autonómicas, nacionales e internacionales que aporten elementos de interés para la salud pública en Andalucía»: art. 53). Y específicamente refiriéndose a la cooperación con las Administraciones locales, la LSPA, que atribuye a la Consejería la competencia cooperativa en su apartado c) del art. 44 (y la LSA en su art. 37), en su art. 42 no sólo prescribe que «la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía establecerá un programa de cooperación y armonización en materia de salud pública con los municipios andaluces» (apartado 1), sino que, además, prevé la creación de un órgano *ad hoc* de cooperación interadministrativa en salud pública: la llamada «Comisión Andaluza de Cooperación en Salud Pública» (apartado 2). Y por otra parte, entre los instrumentos cooperativos adoptables destacan, en todo caso, los generales y habituales como son los convenios interadministrativos (art. 9 de la LAJA y art. 83 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía: LAULA) y los consorcios (art. 12 de la LAJA y arts. 78 y ss. de la LAULA).

⁴¹ La función o potestad de coordinar las actuaciones de las distintas Administraciones públicas sanitarias de la CC AA (coordinación interadministrativa en sentido propio) también está atribuida por el legislador a la Consejería de Salud. Primeramente, con un cierto objetivo, lo hace la LSA en su art. 38 –en relación a los municipios de Andalucía– y genéricamente en su art. 46 («La dirección y coordinación de las actividades, servicios y recursos del Sistema Sanitario Público de Andalucía corresponden a la Consejería de Salud, quien garantizará la integración y la coordinación del mismo en orden a posibilitar la igualdad efectiva en el acceso

instrumento del principio rector de transversalidad de la salud pública, sino que constituyen otros principios generales propios e independientes con un ámbito y unos objetivos de salud pública que exceden del contenido exclusivo y propio de la transversalidad, como se deduce de su misma tipificación como principios rectores contenida en el apartado c) del artículo 4 de la LSPA⁴².

– La «evaluación del impacto en la salud».

Los preceptos de la propia LSPA que complementan este principio de transversalidad –consagrado en el artículo 4.e) y establecido esencialmente en el examinado artículo 50– se refieren al medio administrativo más específico y apropiado al efecto que, además de establecerse en la LGSP con carácter básico en su artículo 35, se regula en la misma LSPA: la llamada «evaluación del impacto en la salud», definida primeramente su el artículo 2.12º («combinación de métodos, procedimientos y herramientas con los que puede ser evaluada una política, un programa, proyecto o actividad, en relación a sus *potenciales efectos en la salud de la población* y acerca de la distribución de esos efectos dentro de

a las prestaciones bajo los principios de aseguramiento único y financiación pública»), esto es, reconociendo así una Administración coordinadora de otras Administraciones al estar integrado el Sistema Sanitario Público de Andalucía (art. 45.1 LSA), no sólo por el Servicio Andaluz de Salud y las demás entidades instrumentales «adscritas a la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía», sino también por «los centros, servicios y establecimientos sanitarios de las Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias», aparte de poder formar parte del Sistema «centros, servicios y establecimientos sanitarios de otras Administraciones Públicas adscritos al mismo, en los términos que prevean los respectivos acuerdos o convenios suscritos al efecto» (art. 45.2). Y, en segundo lugar, la LSPA también atribuye a la Consejería esta competencia coordinadora interadministrativa cuando dispone que «asume la superior dirección y coordinación de las políticas de salud pública y, en concreto,...: a) El establecimiento de las bases y estructuras fundamentales de salud pública en el contexto del Sistema Sanitario Público de Andalucía» (art. 44.1). Pero no es la Consejería el único órgano administrativo coordinador, ni es siempre la Administración autonómica andaluza la Administración coordinadora. La propia LSPA en su artículo 40.3 atribuye a cada Administración municipal una cierta y relevante coordinación en su ámbito territorial («Los municipios asumen la coordinación de las intervenciones contempladas en el Plan Local de Salud en materia de promoción de salud comunitaria en su territorio, incorporando y articulando la acción y participación de la población y de los diferentes sectores públicos y privados implicados»), constituyendo este instrumento de planificación administrativa local «el instrumento básico que recoge la planificación, ordenación y *coordinación* de las actuaciones que se realicen en materia de salud pública en el ámbito de un municipio o de una mancomunidad de municipios...» (art. 41.1).

⁴² «Las actuaciones, las prestaciones y los servicios en materia de salud pública son un derecho individual y social que los poderes públicos han de garantizar y mantener, de acuerdo con la coordinación y cooperación interdepartamental con las Administraciones públicas competentes, y de acuerdo con la cooperación y la coordinación intersectorial, como elemento de cohesión de las políticas de todos los sectores con responsabilidad en la salud pública, con la finalidad de conseguir resultados de salud más eficaces, eficientes o sostenibles». Obsérvese que el art. 4.c), en esta tipificación autónoma como principios rectores, no sólo parece establecerlos como principios instrumentales de la transversalidad –aunque no usen este término, sino una expresión jurídica más imprecisa y de mayor alcance («como elemento de *cohesión* de las políticas de todos los sectores con responsabilidad en la salud pública»), sino que parece también disponerlos como principios instrumentales del ejercicio efectivo de los derechos públicos subjetivos –prestacionales o no– que la propia LSPA reconoce y que se tratarán en su momento.

la población») y regulada ampliamente en los artículos 55-59 que serán tratados en otra parte de esta obra colectiva a la que, por tanto, debemos remitirnos.

No obstante, en tanto completa –e integra así en sentido amplio– el contenido esencial del principio de transversalidad de la salud pública, merece aquí una mínima atención. El artículo 55 de la LSPA desarrolla el concepto primario dispuesto en el artículo 2.12º, completando dos de los referidos elementos definitorios y, lo que es aún más relevante, introduciendo un nuevo objetivo de capital importancia. Así, por una parte, el precepto especifica que la valoración de ese impacto se circunscribe a ciertos «planes, programas, obras o actividades» (los recogidos en el artículo 56, que, aunque no contiene un listado cerrado, sí constituye –en principio– una cierta limitación o reducción del ámbito objetivo de la evaluación del impacto⁴³) y que el objeto mismo de esa valoración comprende todos los posible efectos sobre la salud de los ciudadanos (los «directos» y los «indirectos»⁴⁴). Por otra parte, el artículo 55 impone que la evaluación señale, no sólo esos potenciales y previsibles efectos, sino, además, «las *medidas necesarias* para eliminar o reducir hasta límites razonables los efectos negativos y reforzar los efectos positivos».

Finalmente, esta evaluación de impacto en salud se realizará, al menos, a través de dos instrumentos administrativos formalizados que también están definidos en el artículo 2 y regulados básicamente en los artículos 57-59 de la LSPA: la «valoración del impacto en la salud» y el «informe de evaluación de impacto en la salud». El primero es la memoria descriptiva y justificativa de ese previsible impacto que debe elaborar el sujeto –público o privado– que formule o promueva el plan o actividad sujeto a la evaluación administrativa del impacto en la

⁴³ El apartado 1 es el más relevante, aunque no es el único a tener en cuenta: «Se someterán a informe de evaluación del impacto en la salud: a) Los planes y programas que se elaboren o aprueben por la Administración de la Junta de Andalucía con clara incidencia en la salud, siempre que su elaboración y aprobación vengan exigidas por una disposición legal o reglamentaria, o por Acuerdo del Consejo de Gobierno, y así se determine en el acuerdo de formulación del referido plan o programa. b) Los instrumentos de planeamiento urbanístico siguientes: 1.º Instrumentos de planeamiento general así como sus innovaciones. 2.º Aquellos instrumentos de planeamiento de desarrollo que afecten a áreas urbanas socialmente desfavorecidas o que tengan especial incidencia en la salud humana. Los criterios para su identificación serán establecidos reglamentariamente. c) Las actividades y obras, públicas y privadas, y sus proyectos, que deban someterse a los instrumentos de prevención y control ambiental establecidos en los párrafos a), b) y d) del artículo 16.1 de la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental, que reglamentariamente se determinen...d) Aquellas otras actividades y obras, no contempladas en el párrafo anterior, que se determinen mediante decreto, sobre la base de la evidencia de su previsible impacto en la salud de las personas.»

⁴⁴ Sin embargo, sorprende que la LSPA no mencione otros específicos efectos que han de incluirse en la evaluación del impacto, en cumplimiento de la norma básica del art 35.3 de la LGSP que sí las refiere expresamente como desigualdades sociales en salud» («La evaluación de impacto en salud deberá prever los efectos directos e indirectos de las políticas sanitarias y no sanitarias sobre la salud de la población y las desigualdades sociales en salud con el objetivo de la mejora de las actuaciones»), máxime cuando la propia LSPA dedica una extensa regulación al principio rector de equidad social como se explicará más adelante. En todo caso, aparte del condicionamiento de la norma básica referida, esos *sui generis* efectos que son las «desigualdades sociales en salud» han de incluirse entre los efectos negativos indirectos que refiere el art. 55 de la LSPA.

salud⁴⁵, debiendo aportarlo a la Consejería de salud antes del «inicio de la actividad» (artículo 57). El segundo es el específico informe administrativo *ad hoc* que ha de emitir la Consejería de Salud sobre «la valoración del impacto en la salud realizada a un plan, programa, instrumento de planeamiento urbanístico, obra o actividad» (artículo 2.15º) y que ha de evacuarse en los términos establecidos primeramente en los artículos 58 y 59 de la LSPA.

B) La equidad y la solidaridad

El artículo 4 de la LSPA proclama en sus apartados b) y g), respectivamente, los principios rectores de solidaridad y de equidad, desarrollándolos conjuntamente en el artículo 5, que tiene por título «el fomento de la solidaridad y la equidad». Se aprecia así en la LSPA una cierta conexión conceptual o, incluso, identificación de ambos Principios generales del Derecho que, en alguna medida, modula sus propios contenidos esenciales y definitorios, especialmente el genérico y característico del principio de equidad⁴⁶. En efecto, la LSPA parece estar reduciendo la equidad en el ámbito de la salud pública a la «equidad social», la «igualdad social», la «justicia social» (*justicia redistributiva*, se prescribe en el mismo apartado g) del artículo 4), en concordancia, cierto es, con la concepción del principio de equidad establecida en la normativa básica⁴⁷, pero apartándose del concepto de equidad que parece establecer la LSA⁴⁸.

⁴⁵ El art. 2.26.º así lo describe: «Documento que debe presentar el órgano que formula un plan, programa o instrumento de planeamiento urbanístico, o el titular o promotor de una obra o actividad, sometidos a evaluación del impacto en la salud. En él deberán identificarse, describirse y valorarse los efectos previsibles, positivos y negativos, que el plan, programa, instrumento de planeamiento urbanístico, obra o actividad pueda producir sobre la salud de las personas».

⁴⁶ También en las leyes autonómicas generales de sanidad o salud la concepción del principio de equidad no es la misma; unas veces se equipara a la igualdad de acceso al sistema de la sanidad pública y otras a la disminución de las desigualdades sociales y territoriales en salud. En cualquier caso, no es el concepto tradicional de este principio general del Derecho, como acertadamente ha subrayado MENÉNDEZ REXACH: «...el término «equidad» se ha convertido en un tópico en este ámbito, pero se emplea en la legislación sanitaria sin precisión alguna, con un carácter puramente retórico y, desde luego, sin ninguna conexión con el significado del término en el lenguaje jurídico ordinario: la equidad como justicia del caso concreto y, por lo tanto, con un cierto matiz de desigualdad o alejamiento de la norma abstracta y general para dar un tratamiento más apegado a las circunstancias del caso...». *Vid. El derecho...*, op. cit. Revista «Derecho y Salud», Volumen 11, Mayo 2003, pág. 25.

⁴⁷ El art. 3.a) de la LGSP así lo describe: «Principio de equidad. Las políticas, planes y programas que tengan impacto en la salud de la población promoverán la disminución de las desigualdades sociales en salud e incorporarán acciones sobre sus condicionantes sociales, incluyendo objetivos específicos al respecto». Y le reconoce una transversalidad propia relevante: «Se considerará la equidad en todos los informes públicos que tengan un impacto significativo en la salud de la población».

⁴⁸ Su art. 2 lo diferencia del principio de igualdad social y equilibrio territorial, en cuanto lo vincula esencialmente a la igualdad de acceso al sistema sanitario público: «Las actuaciones sobre protección de la salud, en los términos previstos en la presente Ley, se inspirarán en los siguientes principios: 1. Universalización y equidad en los niveles de salud e igualdad efectiva en las condiciones de acceso al Sistema Sanitario Público de Andalucía. 2. Consecución de la igualdad social y el equilibrio territorial en la prestación de los servicios sanitarios».

Es cierto que el apartado g) del artículo 4 de la LSPA no dispone una mínima definición o contenido delimitador de la equidad –tan sólo lo íntima con la llamada *justicia redistributiva* («Las Administraciones públicas de Andalucía ejercerán la tutela de la salud pública y su uso efectivo en condiciones de equidad y justicia redistributiva»)– y, en cambio, sí define una subcategoría o clase de equidad en salud: la llamada «equidad generacional»⁴⁹. Pero su previsión en el artículo 5, junto a la solidaridad, confirma que el legislador andaluz ha renunciado a un concepto propio y autónomo de la equidad como principio rector.

Por el contrario, el apartado b) del artículo 4 sí contiene una delimitación del contenido esencial del principio de solidaridad: «Se reconoce el principio de solidaridad en salud pública en Andalucía, según el cual los poderes públicos asumen la responsabilidad de dirigir sus políticas a la *reducción de las desigualdades en salud* de la ciudadanía,...». La solidaridad en salud pública se identifica así con la igualdad social en salud, o, más exactamente, con la ausencia de las llamadas «desigualdades en salud» definidas en el artículo 2.7º de la misma LSPA⁵⁰. Y, por ello, no ha de extrañar el explícito mandato imperativo que el propio artículo 4.b) impone a los poderes públicos sanitarios en la CC AA: remover «los obstáculos educativos, culturales, geográficos y económicos que puedan impedir la libre promoción de la salud y el bienestar personal de la ciudadanía y el ejercicio pleno de sus capacidades». Política solidaria de la Administración sanitaria, pues, que tiene como fin esencial reducir las desigualdades en salud (sociales, territoriales, generacionales, de género, etc.), y que se traduce en acciones concretas previstas en el artículo 5.2 de la LSPA, principalmente, demandadas por el mismo artículo 5.1 que confirma y explicita la indicada equiparación conceptual de la equidad y la solidaridad en la LSPA en los siguientes términos: «El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, siguiendo los principios de solidaridad y de equidad en salud pública, posibilitará la aplicación de *políticas públicas redistributivas* dirigidas a superar las diferencias de carácter social, y actuará como elemento compensador de las desigualdades en salud».

Y si la Administración sanitaria de Andalucía debe desarrollar las «políticas de solidaridad y equidad en salud» (artículo 5.2), reduciendo, compensando, superando y removiendo las desigualdades de la sociedad en salud, resulta inexcusable la adopción de medidas normativas y administrativa específicas y singulares de «discriminación positiva» sobre los grupos sociales más desiguales o discriminados en salud. Por ello, el mismo artículo 5.2 de la LSPA –en cumplimiento del mandato estatutario⁵¹– ya impone ciertas «acciones» destinadas esencialmente

⁴⁹ «Se reconoce el principio de equidad generacional, por el cual la presente generación deberá asegurar que *la salud colectiva y el entorno que la posibilita* se mantengan y mejoren en beneficio de las futuras generaciones.». Principio *sui generis* y novedoso que, pese al *nomen iuris*, parece superar el concepto mismo del principio rector de la equidad en salud y aproximarse a una cierta transversalidad con el ámbito subjetivo, objetivo y finalista previsto en la norma.

⁵⁰ «Aquellas diferencias que perjudican, de manera sistemática e injusta, a una persona o grupo en términos de oportunidades y que originan una merma en su situación de salud».

⁵¹ El art. 22.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía dispone: «Las personas con enfermedad mental, las que padezcan enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo, tendrán derecho a actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes».

a esos colectivos de «especial vulnerabilidad» en salud (discapacitados, menores, mayores, personas en situación o riesgo de exclusión social), además de establecer ciertos mandatos normativos de carácter más general y transversal en desigualdades en salud pública.

a) Las «acciones» generales.

En primer lugar, el artículo 5.2 prescribe una «adecuación» o modificación del *status quo* de la salud pública –normativo y administrativo (esto es, su regulación u ordenamiento jurídico y su ejecución o aplicación a través de las diversas y numerosas modalidades de actividades e intervenciones administrativas en la materia)– con el fin de implantar la equidad social en salud. Lo dispone expresamente su apartado d): «Adecuar las políticas, estrategias y acciones con el objetivo de alcanzar la equidad e igualdad en las condiciones de calidad de vida y salud de *todos* los hombres y mujeres de Andalucía»⁵².

En segundo lugar, su apartado b), pese a referirse a una determinada actuación administrativa a la que seguidamente nos referiremos, en su inciso final sí contiene una prescripción general imponiendo dos principios clásicos de la legislación administrativa de asistencia y servicios sociales: «La atención integral a la población con necesidad específica de apoyo de salud pública se regirá por los principios de *normalización e inclusión*».

En cambio, el apartado g), aun cuando tiene un ámbito de aplicación genérico y transversal en cuanto a las modalidades de las actividades administrativas afectadas y obligadas, sólo se refiere a dos colectivos a los que implícitamente se les reconoce una «cualificada» especial vulnerabilidad en la LSPA, al ordenar «aplicar el enfoque de los derechos de la infancia y de las personas con discapacidad».

b) Las modalidades o acciones específicas.

– Los «procedimientos administrativos» y otros medios identificadores de las desigualdades.

La consecución de los objetivos y fines públicos indicados requiere la identificación previa de las desigualdades sociales en salud que se pretenden reducir o eliminar por las Administraciones públicas sanitarias andaluzas. Por ello, es preciso establecer los protocolos y los medios administrativos de detección y análisis de los concretos grupos sociales y territoriales en situación de desigualdad en salud pública. El apartado b) lo prescribe ordenando «establecer los procedimientos para *identificar precozmente* las necesidades de salud de la ciudadanía que requieran una atención de salud *extraordinaria*».

Y el apartado e) incluso ya impone una concreta y determinada acción administrativa: «Elaborar *estudios periódicos* de desigualdades en salud en Andalucía que proporcionen

⁵² Ciertamente, no obstante, que la norma impone ciertos especiales condicionamientos normativos «a tal efecto», en concordancia con lo dispuesto en las legislaciones transversales de género y de infancia o menores: «empleará las perspectivas de género y edad en todas sus actuaciones».

información sobre la situación de la distribución del valor salud en el territorio, en las personas y en los diferentes contextos sociales y sobre las acciones que sería necesario incluir en las políticas sanitarias».

- La preceptiva específica actividad administrativa planificadora.

El apartado f) es aún más relevante, por cuanto obliga a la Administración sanitaria a formular, tramitar y aprobar planes especiales de equidad social en salud en atención al territorio («planes específicos de actuación para las personas que viven en *zonas con necesidades de transformación social*»), especialmente «para la población inmigrante con necesidades especiales, para las personas que realizan prácticas de riesgo y para todas aquellas personas en situación o riesgo de exclusión social o especial vulnerabilidad». Y ya sean planes exclusivos de una Administración pública sanitaria (la autonómica, en el marco del Plan Andaluz de Salud de conformidad con lo dispuesto en los artículos 30-33 de la LSA, o la local mediante el llamado Plan Local de Salud⁵³), o sean planes conjuntos de cooperación entre la Administración autonómica y la estatal al amparo del artículo 38 de la LSPA.

- La reorganización del servicio público sanitario.

Los apartados a) y c) prescriben el deber de la Administración sanitaria de adaptar «territorialmente» su organización prestadora de los servicios de salud pública al principio de equidad social, considerando, por una parte, la propia red territorial de la sanidad pública en la CC AA y, por otra parte, las desigualdades en salud territorialmente identificadas. Primero, desarrollando la red de recursos y servicios de la salud pública, «que tendrá en cuenta la necesidad de *compensar los desequilibrios territoriales*», y en especial, «garantizando su acceso a la totalidad de la población». Y segundo, más concretamente, asegurando la *redistribución de los recursos* disponibles, «en función de las necesidades de la población, *en los territorios que requieran una atención de salud diferente de la ordinaria* por presentar necesidades personales o sociales especiales, para que puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos en salud establecidos con carácter general para toda la población».

- La tutela administrativa efectiva de los derechos inherentes a la equidad social en salud.

El apartado h) impone a la Administración, no solo implícitamente el pleno sometimiento pleno al principio de legalidad en tanto que respetando el ejercicio de los «derechos de las personas o colectivos más desfavorecidos, a efectos de perseguir la igualdad de todas

⁵³ El art. 41.2.c) de la LSPA incluye expresamente entre el preceptivo contenido mínimo la «Reducción de las desigualdades en salud: socioeconómica, cultural, de género, que afecten a grupos específicos o a personas en situación o en riesgo de exclusión».

las personas en sus condiciones de vida y en la calidad de su salud». sino también, en cierta medida, garantizarlos en tanto que debe «hacerlos efectivos».

C) El «empoderamiento de la ciudadanía» y los principios instrumentales de participación y transparencia administrativa.

La Exposición de Motivos de la LSPA se refiere explícitamente a este principio esencial de la ley, proclamándolo como uno de sus *elementos vertebradores* y definiéndolo como «el *traslado de poder* en la toma de decisiones sobre su salud individual y colectiva a la ciudadanía». Se comprende así que la LSPA, no sólo dedique un precepto específico al «empoderamiento de la ciudadanía en salud» (el artículo 28), sino que, además, establezca en otro precepto un cierto principio general del que se deriva precisamente el citado empoderamiento ciudadano: la «centralidad de la ciudadanía».

En efecto, la LSPA, aunque no lo incluye en los principios rectores del artículo 4 (tampoco incluye el principio general del empoderamiento), sí prevé en su artículo 19.1 la llamada «centralidad de la ciudadanía» como un supraprincipio en los siguientes términos suficientemente expresivos y de amplísimos e indeterminados ámbitos de aplicación: «Se reconoce a la ciudadanía como la *razón de ser* de la actuación de las Administraciones públicas de Andalucía en materia de salud pública. El enfoque centrado en la ciudadanía deberá regir la programación y la actuación de las mismas,...»⁵⁴. Centralidad de la ciudadanía y empoderamiento de la ciudadanía no son, pues, lo mismo; aunque íntimamente vinculados, el empoderamiento sólo podrá ser apreciado como un principio específico de la centralidad ciudadana, porque no agota el amplísimo y «transversal» ámbito de aplicación de la centralidad que ya se ha indicado, al entender el legislador andaluz el empoderamiento como un «*traslado de poder* en la toma de decisiones».

Pero es que, además, la referida descripción contenida en el Preámbulo de la LSPA no se confirma con lo dispuesto en el articulado de la misma ley. En primer lugar, el artículo 2.10.º define el «empoderamiento para la salud» como el «proceso mediante el cual las personas y los grupos sociales adquieren un mayor control sobre las decisiones y acciones que afectan a su salud». Y en el mismo sentido, esta delimitación conceptual del principio se desarrolló en el precepto específico regulador del «empoderamiento de la ciudadanía en salud» (el artículo 28), al disponer lo siguiente: «Las Administraciones públicas de Andalucía incentivarán y promoverán el empoderamiento para la salud de la ciudadanía y la sociedad, generando un proceso de mejora continua mediante el cual las personas

⁵⁴ Sin embargo, esa «razón de ser», este principio de ser la ciudadanía el «centro rector» de las políticas de salud pública de las Administraciones andaluzas parece limitarse y reducirse notablemente por el mismo precepto cuando, seguidamente, dispone que «se traducirá en la *garantía del acceso* de los ciudadanos a las prestaciones de salud pública y en la *efectividad de los derechos* reconocidos». Al menos, lo reconduce indirectamente a la regulación que la propia LSPA establezca de los derechos en salud pública.

disfruten de libertad de elección y adquieran un mayor *control sobre las decisiones y acciones* que afectan a su salud. Este empoderamiento ciudadano no implica, por tanto, una auténtica libertad personal de elección del ciudadano en la actuación administrativa de salud pública que le afecte⁵⁵ y, menos aún, un verdadero «traslado de poder en la toma de decisiones» relativas a la salud pública, que, por cierto, sería incompatible con el propio mandato del artículo 43.2 CE dada la naturaleza y el alcance del bien constitucional que es la salud pública; el empoderamiento de la ciudadanía en salud pública sólo exige –y no es poco, si se hace efectivo y se garantiza debidamente por la Administración pública– un «mayor control» de cada ciudadano/a sobre las decisiones y acciones administrativas de salud pública que afecten a «su» salud.

Y ¿cómo se hace efectivo este empoderamiento ciudadano? ¿cómo se garantiza ese «mayor control» individual sobre las decisiones y acciones administrativas de salud pública? ¿cómo «incentivarán y promoverán el empoderamiento para la salud de la ciudadanía y la sociedad» las Administraciones públicas de la CC AA? El propio artículo 28 impone a las Administraciones unos determinados deberes de «hacer o dar» que no son sino mandatos legales demandados por la efectividad de otros principios rectores establecidos en el artículo 4 de la LSPA (y también coherentes con ciertos derechos reconocidos en la LSPA en los términos que veremos más adelante) y que, en este sentido, actúan como principios instrumentales del referido surpraprincipio rector del empoderamiento ciudadano: la participación (por cierto, ya explícitamente vinculada en la Exposición de Motivos), la información y la transparencia⁵⁶, principios que, por cierto, también parecen ser instrumentos de otro surpraprincipio, íntimamente vinculado al empoderamiento ciudadano y que, no obstante su ausencia como principio rector, sí está previsto en la LSPA: la llamada «Gobernanza»⁵⁷.

⁵⁵ En todo caso, el ejercicio de esa libertad y autonomía individual, aparte de tener unas condiciones y limitaciones establecidas en la propia LSPA (especialmente contempladas en la regulación de la actividad administrativa limitadora, que se examinará en su momento), exige previamente un cierto grado de responsabilidad personal de cada ciudadano/a; esto es, la libertad de elección presupone una mínima y previa capacidad y responsabilidad individual para poder, primero, comprender y valorar y, en segundo lugar, tomar la decisión individual (elegir) más adecuada atendiendo al bien jurídico esencial amparado por la norma (la salud). Se explica así que el art. 27.1 de la LSPA –con el título «el aprendizaje y la capacitación en salud»– reconozca, cierto es, el «derecho» del ciudadano/a a formarse para poder ejercer esa libertad de elección que proclama el art. 28, pero también establezca «la *responsabilidad de la ciudadanía* de dotarse de habilidades y competencias para preservar, mejorar y restaurar la salud individual y colectiva y para proveerse de capacidades para adoptar un comportamiento adaptativo y positivo que permita a las personas abordar con eficacia las exigencias y desafíos de la vida cotidiana en relación con su salud y con el desarrollo de su propio proceso vital humano....».

⁵⁶ «...A estos efectos: a) Facilitarán el desarrollo de procesos de participación de la ciudadanía en las decisiones de salud pública. b) Fomentarán el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, y las innovaciones orientadas hacia el empoderamiento de la ciudadanía a través de la información y la transparencia. c) Establecerán mecanismos sociales de control en la definición de políticas, su regulación y evaluación, para velar por la eficacia y la eficiencia en salud pública.»

⁵⁷ Definida en el art. 2.14.º como la «manera de gobernar, bajo los principios de transparencia y participación, que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero que genere salud».

En efecto, por un lado, el artículo 4.f) de la LSPA, a semejanza de lo previsto en la legislación básica estatal⁵⁸, se refiere específicamente a la transparencia como principio rector: «La acción en salud, en el marco del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se ejercerá guiada por un principio de transparencia, de tal modo que *promueva y permita* el conocimiento de los procedimientos, actuaciones y decisiones, con criterios de objetividad, veracidad, claridad y accesibilidad...»⁵⁹.

No ha de extrañar, por tanto, que la LSPA, no sólo establezca y reconozca el inherente derecho subjetivo a la información «sanitaria», sino que regule su contenido esencial en varios de sus preceptos que se examinarán al tratar los derechos en la LSPA.

Y, por otra parte, la LSPA también tipifica la participación ciudadana como principio rector en el apartado h) de su artículo 4: «Las Administraciones públicas de Andalucía actuarán *siempre* bajo el principio de la efectiva participación de la ciudadanía en la toma de decisiones y en el desarrollo de las políticas relacionadas con la salud pública, con especial atención a la población menor de edad y a las personas que por cuestiones sociales o de otro tipo tengan especiales dificultades para hacer valer su acción u opinión».

Este principio general –así mismo tipificado en la LSA (artículo 2.7) y, en cambio, sólo previsto como «derecho» en la LGSP (artículo 5)– también se desarrolla y concreta en la LSPA como importantes derechos públicos subjetivos en sus artículos 15 y 21, especialmente, como comprobaremos.

D) *Los principios de «carácter técnico»: pertinencia, integralidad, gestión de riesgo y precaución.*

La LSPA, además de tipificar como principios rectores en salud pública ciertos principios generales del Derecho de carácter político-constitucional (equidad y solidaridad, empoderamiento ciudadano, transversalidad...), también establece otros principios rectores de un carácter/origen más bien científico-técnico, en cuanto –en mayor o menor medida, directa o indirectamente– se justifican y demandan por la efectiva tutela de la salud pública según la comunidad científica sanitaria. En efecto, no es tanto un supraprincipio de eficacia/eficiencia administrativa en cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 43.2 lo que inspira y ampara estos otros principios jurídicos rectores de salud pública, sino ante todo un supraprincipio de eficacia/eficiencia sanitaria, por cuanto es la

⁵⁸ El art. 3.f) de la LGSP también tipifica explícitamente este relevante principio general del Derecho público: «Las actuaciones de salud pública deberán ser transparentes. La información sobre las mismas deberá ser clara, sencilla y comprensible para el conjunto de los ciudadanos».

⁵⁹ Y añade el deber legal –pero sin el mínimo contenido determinado en el precepto– de cumplir el principio, tanto «las personas responsables» como «todos los profesionales de salud pública», en el desempeño de las funciones que desarrollan.

protección efectiva y real de la salud pública lo que explica su misma jurificación explícita en la LSPA. Por ello, no ha de extrañar que, aunque no tan nitidamente en todos los supuestos legalmente previstos, estos singulares principios jurídicos rectores de la salud pública prevean actuaciones administrativas reconducibles a la llamada genéricamente «discrecionalidad técnica», que en este sector o materia se le podría calificar de «discrecionalidad científica-sanitaria»⁶⁰.

En efecto, por un lado, el artículo 4 en los apartados i) y j) proclama, respectivamente, los principios rectores de «pertinencia» y de «integralidad». El primer principio, tipificado en términos idénticos en el artículo 3.c) de la LGSP, así lo dispone, a pesar de la remisión que realiza a otros principios («criterios») que, aunque con el carácter científico indicado, pueden tener otro carácter y fundamento⁶¹: «Las actuaciones de salud pública atenderán a la *magnitud* de los problemas de salud que pretenden corregir, justificando su necesidad de acuerdo con los criterios de proporcionalidad, eficacia y sostenibilidad». El segundo, así mismo establecido en el artículo 3.g) de la LGSP (y en los artículos 2.3 y 18.1 de la LSA), parece ser aún más *principio técnico*: «Las actuaciones de salud pública deberán organizarse y desarrollarse dentro de la concepción integral de la salud y sus determinantes»⁶².

Por otro lado, aun cuando no se incluyen en el artículo 4 como principios rectores, lo cierto es que la LSPA sí establece los principios de «análisis de riesgos» y de «precaución» como principios generales de salud pública, disponiendo, además, una cierta regulación de su contenido esencial que, sin duda, confirma su fundamentación y carácter científico-técnico con mayor evidencia que la manifestada en los referidos apartados i) y j) del artículo 4.

⁶⁰ Buena parte de los conceptos esenciales que se describen en el art. 2 de la LSPA nos remiten inexcusablemente, esencialmente o/y en primer término al menos, a esta naturaleza y fundamentación científica-sanitaria. Así, entre otros, la «Alerta sanitaria» (2º), «Epidemiología» (11º), «Factor de riesgo» (13º), «Prevención de la enfermedad» (17º), «Salud ambiental» (22º), «Seguridad alimentaria» (24º) y, relevantemente por la extensión de su mismo ámbito, la definición «5.º Cartera de servicios», por cuanto se la describe como «conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos, entendiendo por tales cada uno de los métodos, actividades y recursos basados en el conocimiento y experimentación científica, mediante los que se hacen efectivas las prestaciones sanitarias,...»; y también, el concepto básico «19.º Protección de la salud», al definirse como el «componente de la política de salud en el que se encuadran las actividades orientadas al análisis de riesgos asociados a los alimentos y de riesgos ambientales,...». Por el contrario, destaca un supraconcepto que no está exclusivamente amparado en fundamentos científicos, sino que, además de éstos –por ejemplo, los presentes en la referida concepción legal de la «protección de la salud»– incluye otros fundamentos que, en mayor o menor medida, se reconducen a la llamada discrecionalidad administrativa o, en su caso, la discrecionalidad legislativa: la «16.º Política en salud» es la «Declaración o directriz oficial, dentro de las instituciones públicas, que define las prioridades y los parámetros de actuación como respuesta a las necesidades de salud, a los recursos disponibles y a otras presiones políticas».

⁶¹ Además, el propio *nomen iuris* de «pertinencia» nos aproxima a otro Principio general del Derecho que tampoco tiene siempre un componente y un origen científico-técnico, sino más bien de discrecionalidad administrativa: el principio de congruencia.

⁶² No debe olvidarse la definición del art. 2.3º: «Atención integral: Aquella que incorpora en la respuesta a un problema de salud el nivel asistencial, la prevención de la enfermedad, la promoción de la salud y la rehabilitación integral, referida a la recuperación del proyecto vital.»

En primer término, el artículo 23.1 confirma que la LSPA consagra como principio rector al llamado «análisis de riesgos», al disponer que «las actuaciones de salud pública deberán basarse en el siguiente proceso de análisis del riesgo...»⁶³; y la norma prevé su aplicación mediante un «proceso» con tres fases o actuaciones diferenciadas: evaluación, gestión y comunicación del riesgo.

La primera fase –prevista en su apartado a)– es, sin duda, la más «científica o técnica», al prescribirse que «la evaluación del riesgo debe basarse en las *pruebas científicas* disponibles...». La segunda también ofrece esencialmente ese contenido y carácter estrictamente sanitario en el sentido indicado («b) La gestión del riesgo debe tener en cuenta los resultados de la evaluación del mismo...»), parece, no obstante, admitir también que la anterior y preceptiva fase evaluadora –y, por tanto, la propia fase de gestión– no sea exclusivamente de carácter científico-sanitario, al incluir entre los resultados de la evaluación, no sólo las «resoluciones técnicas» de las Administraciones sanitarias autonómica, estatal y comunitaria («y las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud»), sino también «dictámenes de las autoridades competentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía, las autoridades sanitarias de la Administración del Estado y de la Unión Europea». Pero este aparente componente no científico de una y otra fase es sólo una apariencia, puesto que los referidos dictámenes administrativos, por exigencia del apartado a) y el fin mismo del proceso de análisis de riesgos, deben también basarse en razones científicas; así, tan «técnicas» son las resoluciones administrativas dictadas por los órganos administrativos competentes como los «dictámenes» (o informes) administrativos dictados por los correspondientes órganos administrativos competentes para evacuarlos.

Sólo, pues, en la tercera fase del proceso la LSPA –la comunicación del riesgo apreciado– admite criterios jurídicos-administrativos de origen o carácter no científico, en cuanto a la forma de realizar más adecuadamente esa comunicación o transmisión de información científico-sanitaria (conforme a los principios rectores de «transparencia», y de «participación»), y no en cuanto al contenido de la comunicación que, naturalmente, no puede apartarse de la evaluación misma y de sus resultados gestionados, como lo confirma la necesaria participación en la fase comunicativa de la comunidad científica-técnica implicada. El apartado c) del precepto así lo dispone: «El proceso de comunicación del riesgo se establece entre las personas responsables de la evaluación y de la gestión del riesgo, los consumidores, las empresas, la comunidad académica y científica y demás partes interesadas. Este intercambio incluye la *explicación de los resultados de la evaluación* del riesgo y se basa en la transparencia».

En segundo lugar, el artículo 24, con el título de «Precaución interventora», prevé el principio general de precaución, que sí está explícitamente establecido como principio general

⁶³ Y aunque compete a la Consejería de salud, el art. 23.2 impone que lo realice «en colaboración con las Consejerías competentes en las materias correspondientes, así como con las entidades y organismos cuya intervención se considere pertinente».

de la acción en salud pública en el artículo 3.d) de la LGS. La descripción de sus elementos constitutivos se dispone en el apartado 1 del artículo 24 de la LSPA en los siguientes términos: «Cuando, previa evaluación de la información disponible, se prevea la posibilidad de que se produzcan efectos nocivos para la salud derivados de un proceso o de un producto que no permita determinar el riesgo con *suficiente certeza*, se podrán adoptar medidas provisionales de gestión del riesgo para asegurar la protección de la salud. En cualquier caso, se estará a la espera de *información científica adicional* que permita una evaluación del riesgo más exhaustiva.»

El presupuesto de hecho habilitante de la acción administrativa protectora de la salud pública demandada y amparada por este principio rector es, pues, la «posibilidad» apreciada o evaluada científicamente, pero no probada concluyentemente, de que una determinada actividad cause «efectos nocivos para la salud»⁶⁴, esto es, exista científicamente un riesgo de producirse daños a la salud pública⁶⁵.

Lo relevante ahora es constatar que la LSPA prevé un principio rector de carácter técnico en el sentido ya indicado⁶⁶. El riesgo para la salud pública ha debido ser evaluado y apreciado científicamente, puesto que la norma expresamente prescribe una nueva evaluación del riesgo más exhaustiva cuando obtenga una información científica «adicional»⁶⁷, exigiendo así la existencia de una anterior información científica sobre el riesgo entonces evaluado⁶⁸.

⁶⁴ Así lo recuerdan y subrayan M. REBOLLO PUIG y M. IZQUIERDO CARRASCO, al afirmar que «el presupuesto de hecho del principio de precaución –esto es, aquél en que, de regir este principio, procede su invocación y aplicación– es la existencia de una incertidumbre científica sobre la relación de causalidad, en sentido amplio, entre un fenómeno y un daño...». Y añaden: «...si bien no se cuenta con conocimientos concluyentes que irrefutablemente demuestren un daño, sí se parte de estudios científicos de los que se deducen sospechas razonables de su existencia. Ante esos supuestos de hecho, el principio de precaución no predetermina absolutamente la decisión o el comportamiento que deba observarse, pero orienta más o menos intensamente en el sentido cauteloso, en el de tomar en consideración los indicios de riesgo no probados absolutamente y en el de tender a evitar el hipotético origen de ese daño o, al menos, a reducirlo...». *Vid. El principio de precaución y la defensa de los consumidores*, «Documentación Administrativa» núm. 265-266, 2003, págs. 186-189.

⁶⁵ El art. 3.d) de la LGSP describe este principio en términos más próximos a la concepción tradicional del principio: «La existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinará la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurren». Obsérvese, en todo caso, que la LGSP requiere que los efectos dañinos sean relevantes («afectación grave»).

⁶⁶ Una especial y singular previsión de este principio se contiene en el apartado 3 del art. 76 de la LSPA, que refiere los principios específicos de la actividad administrativa limitadora como veremos: «Siempre que sea posible, la autoridad sanitaria llevará a cabo el ejercicio de la autoridad o sus facultades a través de procedimientos, prácticas o programas basados en principios y evidencias científicas *sólidas*.»

⁶⁷ Lo confirma el apartado 2, al disponer que «las medidas adoptadas de acuerdo con el principio de precaución...se revisarán en un plazo razonable en función de la naturaleza del riesgo observado y del tipo de información científica que sea necesaria.»

⁶⁸ Con otras palabras también se aprecia en el citado precepto de la LGSP al referirse a la «incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo».

III. LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS.

El Capítulo III del Título I de la LSPA se refiere a los «Derechos y obligaciones en relación con la salud pública»⁶⁹. Lo primero que llama la atención del operador jurídico es la disparidad de extensión que esta ley dedica explícitamente a unas y otras situaciones jurídico-administrativas del ciudadano. En efecto, los derechos se tipifican en los artículos 9-17⁷⁰, disponiendo, además, la mayoría de cada uno de estos artículos varios derechos; en cambio, los deberes sólo se prevén en un único precepto (el artículo 18), enunciando sólo seis obligaciones. Cierto es, no obstante, que esta desproporcionada y diferenciada tipificación general del estatuto jurídico del ciudadano destinatario de la aplicación de la LSPA se modula posteriormente en otros Títulos de la misma ley, especialmente cuando regula las distintos medios y medidas administrativas propias de la actividad administrativa de limitación –o de policía, en su caso– en el ámbito de la salud pública, por cuanto en estas partes de la LSPA también se establecen otros deberes, y, por ello, el artículo 18 será analizado en el seno de la actividad administrativa limitadora.

1. Un apunte sobre su titularidad.

Antes de analizar los concretos derechos establecidos en la LSPA, interesa subrayar –suscintamente, al menos– la dudosa delimitación de su titularidad, esto es, si los titulares de los derechos y los deberes de la LSPA son las personas o los ciudadanos, los usuarios del sistema sanitario público o los pacientes,... Los artículos 10 a 17 de la LSPA –así como el precepto regulador de los deberes (el artículo 19)– atribuyen los derechos a «la población en Andalucía»; en cambio, el derecho a la información previsto en el artículo 9 se reconoce a los «ciudadanos». El artículo 1 del mismo texto legal también se refiere a los derechos y los deberes de «la población en Andalucía» (apartado 1) y a la aplicación de la ley «a toda la

⁶⁹ Recuérdese que el art. 22.2 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía ya establece unos mínimos derechos: «2. Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a: a) Acceder a todas las prestaciones del sistema. b) La libre elección de médico y de centro sanitario. c) La información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten. d) Ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico. e) El respeto a su personalidad, dignidad humana e intimidad. f) El consejo genético y la medicina predictiva. g) La garantía de un tiempo máximo para el acceso a los servicios y tratamientos. h) Disponer de una segunda opinión facultativa sobre sus procesos. i) El acceso a cuidados paliativos. j) La confidencialidad de los datos relativos a su salud y sus características genéticas, así como el acceso a su historial clínico. k) Recibir asistencia geriátrica especializada.»

⁷⁰ Dudosamente pueden apreciarse elementos mínimos definitorios de derechos públicos subjetivos en los arts. 6-8 (y el complementario art. 27) de la LSPA. El contenido mismo de estos preceptos, y no sólo su no ubicación en el referido Capítulo sobre los Derechos y Deberes, confirma que son más bien mandatos legislativos a la Administración pública, que, aun cuando contienen incluso deberes para ella, difícilmente se convierten seguidamente en incipientes derechos subjetivos. Así, pues, los deberes de educación, formación y divulgación en salud pública que se prevén en dichos artículos precizarán de «conversiones», mediante norma reglamentaria preferentemente, para traducirse en ciertos derechos subjetivos.

población en Andalucía», sin perjuicio de su aplicación a los andaluces en el exterior «con el alcance establecido en la Ley 8/2006, de 24 de octubre, del Estatuto de los Andaluces en el Mundo» (apartado 2). Así, pues, los titulares son ¿los vecinos de la CC AA? ¿los residentes o empadronados en Andalucía? Parece que sí, puede que sí⁷¹.

En todo caso, la determinación de los sujetos titulares ha de realizarse de conformidad con lo dispuesto al efecto en la normativa básica en salud pública, y también de conformidad con la ley sanitaria general de la CC AA. En primer lugar, el artículo 6.1 de la LSA se refiere a los derechos de los «ciudadanos» («Los ciudadanos, al amparo de esta Ley, son titulares y disfrutan, con respecto a los servicios sanitarios públicos en Andalucía, de los siguientes derechos:...»), así como el artículo 8 que dispone los deberes. Además, la propia LSA modula antes su posterior declaración de titularidad de derechos y deberes sanitarios, al disponer, de conformidad con la LGS⁷², que «son titulares de los derechos, que esta Ley

⁷¹ Por otra parte, interesa recordar que la ley puede diferenciar entre titularidad del derecho y legitimación para ejercerlo. En este sentido resulta llamativo lo dispuesto en el art. 16.1 de la LSPA: «En el contexto del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se reconocen los siguientes derechos de la población en Andalucía frente a la actuación de las Administraciones públicas: a) Derecho a conocer y tener acceso a los informes, estudios oficiales y resultados de investigación, llevados a cabo por la autoridad sanitaria en materia de salud pública, en aquellos asuntos sobre los que se justifique un interés legítimo....»

⁷² Tampoco esta ley resulta ser lo suficientemente precisa y acertada en su descripción de los titulares del derecho a la asistencia sanitaria. Vid., por todos, MENÉNDEZ REXACH (*El derecho...*, op. cit. Revista «Derecho y Salud», Volumen 11, Mayo 2003, págs. 20-22 y 31-32) y M. BEATO ESPEJO (vid. *Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad*, «RAP» núm. 141, septiembre-diciembre 1996, págs. 31-33). En cambio, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, diferencia, al menos, entre *paciente* («la persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud») y *usuario* («la persona que utiliza los servicios sanitarios de educación y promoción de la salud, de prevención de enfermedades y de información sanitaria») como ha subrayado L. TOLIVAR ALAS, que, por otra parte, refiriéndose precisamente a la LGSP, afirma que «los derechos reconocidos en la norma son exigibles por pacientes y usuarios del Sistema Nacional de Salud» (vid. *Derechos de pacientes y usuarios y gestión privada de servicios sanitarios: la garantía del tratamiento común*, en la obra colectiva «Gestión privada de la salud pública», Leopoldo Tolivar Alas (Director), Editorial Académica Española, Leipzig, 2012, págs. 111 y 115). En todo caso, conviene subrayar las recientes reformas del ordenamiento estatal que afectan a la delimitación de los sujetos titulares de los derechos sanitarios, los usuarios, los asegurados, cuestionándose el principio de universalidad. Así, F. VILLALBA PÉREZ ha señalado que «la tendencia hacia la universalización y gratuidad de la asistencia sanitaria española culminó con la disposición adicional sexta de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que extendió el derecho de acceso a la asistencia sanitaria pública a todos los españoles residentes en territorio nacional, a los que no pudiera serles reconocido en aplicación de otras normas del ordenamiento jurídico»; pero «a los pocos meses de la entrada en vigor de la disposición adicional sexta de la Ley General de Salud Pública, el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, produce un giro radical retornando al concepto de asegurado como eje central sobre el que pivota el servicio público de asistencia sanitaria, al señalar que «la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, se garantizará a aquellas personas que ostenten la condición de asegurado...». Vid. *El modelo español de asistencia sanitaria transfronteriza*. Real Decreto 8/2014, de 7 de febrero, «Revista Andaluza de Administración Pública» (RAAP), núm. 89, mayo-agosto (2014), pág. 87. Y particularmente críticos con las reformas realizadas con la Ley de Presupuestos, se han pronunciado V. AGUADO I CUDOLÀ y R. PRADO PÉREZ: «...Las reformas relativas al ámbito subjetivo del sistema sanitario de salud pública no se ha realizado

y la restante normativa reguladora del Sistema Sanitario Público de Andalucía, efectivamente defina y reconozca como tales, los siguientes: 1. Los españoles y los extranjeros residentes en cualesquiera de los municipios de Andalucía. 2. Los españoles y extranjeros no residentes en Andalucía, que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, con el alcance determinado por la legislación estatal...»⁷³.

Y la LGSP en los artículos 4 y 5 se refiere a los «ciudadanos» como titulares de los derecho a la información y de participación; en cambio, reconoce otros derechos –especificación de ciertos derechos fundamentales, cierto es– a «todas las personas» (artículos. 6 y 7). Y el artículo 8 («Deber de colaboración») se refiere a los «ciudadanos», a diferencia del artículo 9.1 («Deber de comunicación») que menciona a las «personas».

2. La dificultosa ordenación y clasificación de los derechos.

Examinando la regulación dispuesta en los artículo 9-17 de la LSPA se pueden apreciar, primeramente y especialmente con carácter instrumental a los efectos de una mayor sistematización y examen de su contenido, dos categorías de derechos. Por un lado, en esta parte del texto legal el legislador andaluz ha tipificado –en mayor o menor medida y acierto– derechos públicos subjetivos que, su casi totalidad –aparte de ampararse normalmente en alguno de los principios rectores o generales ya examinados– no son sino desarrollo o aplicaciones específicas de los derechos generales sanitarios establecidos en las leyes generales de sanidad (artículo 10 de la LGS y artículo 6 de la LSA, sobre todo) y de los derechos básicos dispuestos en la LGSP (artículos 4-7): derecho a la información, a la participación, a la intimidad y la confidencialidad, a la reclamación, etc..

Por otro lado, en estos mismos preceptos de la LSPA se disponen otros derechos de configuración legal más difusa e imprecisa que, ademar de dificultar así la propia determinación

solamente a través de normativa de urgencia, sino también a través de leyes de presupuestos. Es el caso significativo de los emigrantes que están más de 90 días en el extranjero y que no tienen derecho a prestación de desempleo. La exclusión de un grupo de personas del sistema público de salud a través de una ley de presupuestos puede plantear dudas sobre su constitucionalidad puesto que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el contenido de estas leyes ha de referirse a aspectos presupuestarios (previsión de ingresos y habilitación de gastos) o a aquellos otros que inciden en la política de ingresos y gastos del sector público o la condicionan...». *Vid. Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del Estado del bienestar*, «Revista Vasca de Administración Pública» (RVAP) núm. especial 99-100, Mayo-Diciembre 2014, Demetrio Loperena Rota In memoriam, págs. 92 y 93.

⁷³ «3. Los nacionales de Estados miembros de la Unión Europea tienen los derechos que resulten de la aplicación del derecho comunitario europeo y de los tratados y convenios que se suscriban por el Estado español y les sean de aplicación. 4. Los nacionales de Estados no pertenecientes a la Unión Europea tienen los derechos que les reconozcan las leyes, los tratados y convenios suscritos por el Estado español. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo, se garantizará a todas las personas en Andalucía las prestaciones vitales de emergencia.»

de su contenido esencial definitorio como derechos subjetivos⁷⁴ y, por tanto, su efectivo ejercicio ante las Administraciones públicas sanitarias, se prevén más bien como «derechos» a la ejecución de ciertas actuaciones administrativas integrantes de alguna de las clásicas modalidades de la actividad administrativa (limitación, prestacional, fomento). Es decir, con el título de derechos a la promoción administrativa de la salud, derechos a las acciones administrativas preventivas de la salud pública o derechos a programas específicos de salud pública, la LSPA está incluyendo –y reconociendo, pues– derechos subjetivos, no sólo de carácter prestacional en sentido propio –que son la mayoría aunque se enuncien como derechos a la promoción o derechos a las acciones preventivas– sino, además, algunos derechos subjetivos de carácter no prestacional. Así, la LSPA reconoce derechos a ciertas prestaciones asistenciales de salud pública (servicio público en sentido estricto), pero también derechos a ciertas ayudas públicas por/para la salud pública (actividad administrativa de fomento) y derechos a ciertas acciones administrativas interventoras restrictivamente de derechos de otros ciudadanos para proteger la salud pública (actividad de limitación o policía), al amparo, por cierto, del mandato constitucional del artículo 43.2 que dispone varias modalidades de actuación o intervención administrativa tuteadora de la salud pública, como ya indicamos.

Y todo ello, pese a que sorprendentemente la LSPA contiene un específico precepto que parece disponer una cierta recopilación de todos los derechos establecidos en los artículos que le preceden y le suceden en el texto legal: el artículo 16.1, titulado «Derechos en relación con las actuaciones sanitarias»⁷⁵. Sin embargo, una simple lectura del precepto confirma las dudas que lo justifiquen en los términos establecidos e, incluso, su propia utilidad y ubicación intermedia en la regulación de los derechos contenida en los artículos 9-17 de la LSPA. Porque

⁷⁴ No es la única ley sanitaria que incurre en este «defecto». La misma LGS también presenta una deficiencia similar «de necesaria subsanación», como subraya MENÉNDEZ REXACH, puesto que «para configurar un derecho subjetivo que merezca esa denominación es necesario que su contenido esté delimitado con la mayor precisión posible, y eso, desde luego no lo hace la LGS...». Vid. *El derecho...*, op. cit. Revista «Derecho y Salud», Volumen 11, Mayo 2003, pág. 19.

⁷⁵ «1. En el contexto del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se reconocen los siguientes derechos de la población en Andalucía frente a la actuación de las Administraciones públicas: a) Derecho a conocer y tener acceso a los informes, estudios oficiales y resultados de investigación, llevados a cabo por la autoridad sanitaria en materia de salud pública, en aquellos asuntos sobre los que se justifique un interés legítimo. b) Derecho a conocer la cartera de servicios en salud pública como marco de compromiso entre la Administración sanitaria pública de Andalucía y la ciudadanía. c) Derecho a que las prestaciones que se incorporen en la cartera de servicios de salud pública sean aquellas que hayan demostrado sus beneficios, sean fiables, seguras y hayan sido constatadas. d) Derecho a no sufrir discriminación en el reconocimiento y en el acceso a los servicios de salud pública. e) Derecho a la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación para potenciar la interacción electrónica en los asuntos de salud pública. f) Derecho a conocer y tener acceso a los informes y estudios oficiales sobre desigualdades en salud y su repercusión social y territorial. g) Derecho a que las Administraciones competentes desarrollen una adecuada evaluación y, en su caso, auditoría de las actuaciones en salud pública. h) Derecho a ser informados de las medidas preventivas que deben realizarse a fin de evitar riesgos para terceras personas.»

el artículo 16.1 no recoge todos los derechos reconocidos en la LSPA⁷⁶, y, en cambio, sí incluye otros derechos que, no estando tipificados específicamente como derechos en la LSPA, están previstos implícitamente, bien sea como principios rectores o bien como especificaciones de otros derechos expresamente establecidos en la LSPA⁷⁷.

A) Los derechos «cuasisubjetivos».

a) El «supraderecho» al adecuado nivel de salud pública.

Resulta ilustrativo el artículo 10 de la LSPA que, con el omnicomprensivo y significativo título del «derecho a disfrutar de un *adecuado nivel* de salud pública», parece más bien disponer un principio rector de la actuación administrativa en salud pública que derechos subjetivos. En todo caso, la norma admite derechos de naturaleza prestacional o de servicio público, de fomento o promoción administrativa en sentido estricto y de prevención administrativa (incluyendo así acciones limitadoras): «La población en Andalucía tiene derecho a que las Administraciones públicas de Andalucía desarrollen políticas con objeto de conseguir un adecuado nivel de salud pública, de forma que se incluyan la promoción de estilos de vida saludables, la prevención de las enfermedades, la actuación sobre los principales factores determinantes de la salud, el acceso a un entorno saludable y a condiciones sanitarias y de vida adecuadas, así como el acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva, en el marco de actuación de la presente ley».

b) Los derechos «a la promoción de la salud».

El artículo 12 de la LSPA, con el título «El derecho a la promoción de la salud», contempla varios derechos «en el ámbito de la promoción de la salud». Unos son específicos derechos informativos –los previstos en los apartados a), c) e), f), g) i) y n)– que, por tanto, se analizarán al tratar el genérico derecho subjetivo a la información en salud pública; y otros, en cambio, pertenecen a esta segunda categoría convencional que estamos abordando aquí. Así, en particular, se reconocen los siguientes derechos, aunque su verdadera efectividad e incluso determinación de su contenido esencial lo establecerá la legislación especial aplicable reguladora del sector o materia administrativa que en cada caso contemplan:

⁷⁶ No recoge la generalidad de los numerosos derechos informativos establecidos en los arts. 9-12; tampoco contempla los derechos no informativos tipificados en el art. 12 o la mayoría de los enunciados en el art. 13; y más claramente olvida tanto los derechos a la educación y la formación previstos indirectamente en los arts. 6-8 o el relevante derecho a la participación dispuesto en los arts. 15 y 21, especialmente. Por tanto, el art. 16.1, más que disponer una recopilación o resumen de los derechos dispuestos en la LSPA, lo que prevé es, principalmente, una selección de esos derechos legales.

⁷⁷ En particular, el derecho del apartado c) se reconducen al principio rector de pertinencia del art. 4.1) de la LSPA y el del apartado g) no es sino una «traducción» del principio general de evaluación previsto en el art. 3.e) de la LGSP.

- Apartado d): Derecho a una alimentación *saludable* en los centros escolares, sanitarios y asistenciales⁷⁸. Derecho, pues, que obliga a la Administración tanto a realizar esas prestaciones (servicio público) como a incentivar a los sujetos privados afectados a realizarlas⁷⁹.
- Apartado h): Derecho a la asistencia sanitaria y a la actividad preventiva ante las drogas⁸⁰. Derechos prestacionales y derecho a las acciones administrativas de fomento y limitadoras que sean precisas.
- Apartado j): Derecho a «...espacios públicos que permitan realizar actividades físicas, deportivas o lúdicas...».
- Apartado k): Derecho a zonas verdes «en los lugares de convivencia de las personas».
- Apartado l): Derecho a «estrategias de movilidad sostenible» (transporte público, control de las emisiones contaminantes, disponibilidad de espacios...).

Todos ellos, en suma, se podrán traducir, bien en sectoriales acciones administrativas de servicio público, o de ayuda al sector privado, bien en actividad administrativa ordenadora o limitadora de terceros.

c) Los derechos «a las acciones preventivas de salud pública».

Aparte de disponer también un especial derecho subjetivo de información sanitaria que se expondrá en el lugar indicado, el artículo 13, utilizando un concepto amplio y expansivo de la sanidad preventiva (que incluye también el derecho básico a los «cribados» establecido en el artículo 20 de la LGSP), ampara tanto derechos que requieren la intervención administrativa restrictiva y de policía (apartado a): derecho «a la prevención...de problemas de salud pública, comprendiendo las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas»), como derechos propiamente prestacionales al disponer el derecho: «a) A la...atención de problemas de salud pública, comprendiendo las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales... y de otra índole, y la lucha contra ellas....c) A ser inmunizadas contra las enfermedades infectocontagiosas de acuerdo con los criterios establecidos por la autoridad sanitaria competente. d) A recibir las prestaciones preventivas, no incluidas en los párrafos a), b) y c), dentro de la cartera de servicios del Sistema Sanitario Público de Andalucía.»

⁷⁸ Explícitamente, la norma dispone que la oferta alimentaria «sea equilibrada nutricionalmente» y, además, se atienda «a la demanda de dietas específicas adecuadamente indicadas por motivos de salud».

⁷⁹ «Asimismo, las Administraciones públicas de Andalucía *promoverán* la existencia de menús saludables en los establecimientos *privados* que sirvan comidas».

⁸⁰ Derecho «a que las Administraciones públicas desarrollen estrategias que promuevan estilos de vida sanos que coadyuven a la reducción del riesgo de drogadicción y de los daños asociados al uso de las drogas, y a que presten apoyo sanitario para abandonar estas dependencias».

d) Los «especiales y exclusivos» derechos de los colectivos especialmente vulnerables.

La LSPA específica, en el ámbito de la salud pública, el derecho a «actuaciones y programas sanitarios especiales y preferentes» reconocido en el artículo 6.2 de la LSA en favor de «los niños⁸¹, los ancianos, los enfermos mentales, las personas que padecen enfermedades crónicas e invalidantes y las que pertenezcan a grupos específicos reconocidos sanitariamente como de riesgo»⁸². En concreto, el artículo 14 de la LSPA prescribe el derecho de estas personas a «programas de salud pública específicos o adaptados a sus necesidades especiales». La finalidad de este precepto, así como su debida adecuación a la norma general que le sirve de cabecera (la LSA), requiere que se interprete en un sentido amplio los «programas» aludidos, comprendiendo en estos instrumentos administrativos cualquier clase de «actuación» administrativa sanitaria («actuaciones y programas», dispone el artículo 6.2 de la LSA); es decir, estos «programas» específicos de salud pública no sólo podrán ser planes o programas administrativos que se aprueben por la Administración sanitaria (actividad administrativa planificadora en sentido propio), sino también ciertas especiales medidas administrativas asistenciales o prestacionales, de auxilio o fomento e, incluso, de limitación que sean necesarias o convenientes, a cuyos efectos, por cierto, podrán realizarse previamente los debidos «estudios periódicos» dispuestos en el artículo 19.2 de la misma LSPA⁸³.

⁸¹ Ha de resaltarse que este colectivo es uno de los esencialmente protegidos sanitariamente por el legislador andaluz, como declara explícitamente el art. 6.3 de la LSA («Sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación básica del Estado, los niños, en relación con los servicios de salud de Andalucía, disfrutarán de todos los derechos generales contemplados en la presente Ley y de los derechos específicos contemplados en el artículo 9 de la Ley 1/1998, de 20 de abril, de los Derechos y la Atención al Menor») y se aprecia con el reconocimiento de los derechos dispuesto en el art. 10 de la citada Ley 1/1998. Más específicamente, el derecho a los programas administrativos específicos sanitarios se aprecia en el Decreto 246/2005, de 8 de noviembre, por el que se regula el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en condiciones adaptadas a las necesidades propias de su edad y desarrollo; su art. 1 así lo dispone con claridad: «El presente Decreto tiene por objeto regular el ejercicio del derecho de las personas menores de edad a recibir atención sanitaria en la Comunidad Autónoma de Andalucía, estableciendo las condiciones en que debe producirse la misma, con el objetivo de ofrecer una atención sanitaria integral, personalizada, y adaptada a sus necesidades específicas».

⁸² El art. 14 de la LSPA menciona numerosos grupos o colectivos, concretando y desarrollando algunos de los grupos referidos en el art. 6.2 de la LSA, pero también añadiendo nuevos grupos específicos de riesgo: «Las personas menores, las mayores, las que se encuentren en situación de dependencia, las personas con discapacidad física, intelectual o sensorial, las que soporten situación o riesgo de exclusión social, las que sufran enfermedad mental, las que estén en situación terminal, las que padezcan enfermedades crónicas y discapacitantes, las diagnosticadas de enfermedades raras o de baja incidencia en la población, las personas con prácticas de riesgo, las mujeres y menores víctimas de violencia tendrán derecho a...». De esta forma, el art. 14 de la LSPA parece imponer así un *númerus clausus* o listado cerrado de los colectivos sociales titulares de este derecho especial.

⁸³ «Las Administraciones públicas de Andalucía realizarán estudios periódicos a fin de identificar las percepciones, necesidades y expectativas de la ciudadanía en salud pública y obtener la información necesaria para responder a las mismas, teniendo en cuenta, entre otras, las perspectivas de edad, género y desigualdad social en salud.»

B) Los derechos subjetivos.

a) El derecho a la información.

La LSPA regula este tradicional derecho público subjetivo⁸⁴ –garantizado estatutariamente en nuestra CC AA⁸⁵– con una especial extensión en comparación a otros derechos de los ciudadanos en salud pública. Por un lado, desarrolla así los numerosos derechos a la información sanitaria establecidos en el artículo 6 de la LSA; por otro, complementa los derechos informativos de carácter básico reconocidos en el artículo 4.1 de la LGSP, que también son reproducidos en el artículo 9 de la LSPA. En efecto, la LSPA no sólo regula este relevante derecho jurídico-público en su artículo 9 («Derecho a la información»), sino es que, además, establece numerosos derechos a obtener ciertas informaciones específicas de salud pública en otros preceptos que regulan también derechos no informativos (artículos 10, 11, 12, 13, 16, principalmente). Cierto es, no obstante, que la configuración legal de todos los derechos informativos no es idéntica, esto es, el contenido esencial en numerosos derechos lo determinará realmente una norma posterior, legal y de ámbito material más específico y sectorial o de rango reglamentario; así lo prevé la propia LSPA, disponiendo expresamente algunas remisiones o habilitaciones reglamentarias al efecto⁸⁶.

El artículo 9 de la LSPA inicia el reconocimiento legal del derecho a la información de salud pública en los siguientes términos: «Los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones en que se agrupen o que los representen, tienen derecho a ser informados, con las garantías y, en su caso, con las limitaciones previstas en la normativa vigente⁸⁷,

⁸⁴ Vid., por todos, BEATO ESPEJO, *Derechos...*, op. cit., «RAP» núm. 141, septiembre-diciembre 1996, págs. 33 y ss..

⁸⁵ La Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía, en su art. 22 («Salud») explícitamente lo reconoce así: «2. Los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud tendrán derecho a:...c) La información sobre los servicios y prestaciones del sistema, así como de los derechos que les asisten. d) Ser adecuadamente informados sobre sus procesos de enfermedad y antes de emitir el consentimiento para ser sometidos a tratamiento médico...»

⁸⁶ Así, por ejemplo, los derechos informativos referidos en el art. 16 (apartado 2: «Reglamentariamente se desarrollarán los contenidos y procedimientos para hacer efectivo el ejercicio de los derechos comprendidos en el apartado anterior») o los previstos en el art. 11 («En los términos que reglamentariamente se determinen, la población en Andalucía tiene derecho...»).

⁸⁷ En particular, conviene recordar las limitaciones establecidas en la legislación general reguladora del derecho de acceso a la información pública y, en virtud de las remisiones o disposiciones normativas que contienen, las dispuestas en la legislación administrativa protectora de datos personales. Más exactamente, la referida cláusula limitadora del art. 9 de la LSPA remite, inequívocamente y en primer término, a la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, que, a su vez remite expresamente en su art. 26 a la legislación básica de acceso a la información pública (la Ley estatal 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, cuyo art. 15.1 –aplicable al efecto– remite a la LOPDP) y a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPDP), que explícitamente en su art. 7.3 incluye la información sobre la salud de las personas entre los «Datos especialmente protegidos», disponiendo que «sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así

en materia de salud pública por las Administraciones públicas de Andalucía. Este derecho comprende, en todo caso, los siguientes⁸⁸: a) A recibir información sobre los derechos que les otorga esta ley, así como sobre las vías para ejercitar tales derechos...». La norma, en primer lugar, reconoce un derecho informativo de carácter instrumental-procedimental y reaccional, en cuanto este derecho informativo tiene como fin esencial garantizar el respeto y la efectividad misma de los derechos informativos de carácter sustantivo o derechos a obtener ciertas informaciones sanitarias, que veremos a continuación.

- Las informaciones de salud pública accesibles.

La generalidad de los derechos informativos tipificados en la LSPA afecta a informaciones relativas, bien a las prestaciones públicas sanitarias disponibles (de sanidad preventiva o de sanidad curativa), bien a concretos factores o determinantes de riesgo para la salud pública, bien a las consiguientes acciones y medidas preventivas o reparadoras/curativas que deben adoptar los ciudadanos. Así, recordando lo que es la salud pública en cuanto bien jurídico protegido por la LSPA, no debe extrañar que la mayoría de la información específicamente prevista para el conocimiento por la ciudadanía sea de carácter preventivo, y no tanto sobre la asistencia sanitaria reparadora de la lesión producida a la salud pública; así mismo, se justifica la explícita previsión de informaciones –exclusivas y específicas– relativas y destinadas principalmente a los grupos sanitarios de riesgo.

1. Informaciones de los servicios y las prestaciones sanitarias públicas.

El artículo 16.1 de la LSPA, en su apartado b), establece el genérico derecho «a conocer la *cartera de servicios* en salud pública como marco de compromiso entre la Administración sanitaria pública de Andalucía y la ciudadanía». En el mismo sentido general, el artículo 9.b) reconoce el derecho «a recibir información sobre las actuaciones y prestaciones de salud pública, su contenido y la forma de acceder a las mismas». Y poco más preciso es

lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente», sin perjuicio del tratamiento de datos personales sanitarios que la misma LOPDP admite genéricamente en su art. 8 o, más relevante y específicamente, en sus arts. 11.2 (el previo consentimiento del interesado «no será preciso: e) Cuando la cesión se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines... científicos. f) Cuando la cesión de datos de carácter personal relativos a la salud sea necesaria para solucionar una urgencia que requiera acceder a un fichero o para realizar los estudios epidemiológicos en los términos establecidos en la legislación sobre sanidad estatal o autonómica) y 7.6 («...podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento»).

⁸⁸ De esta forma, la LSPA ya reconoce un *numerus apertus* de derechos informativos sanitarios de configuración legal.

el artículo 13.b), al disponer el derecho «a conocer los planes, las acciones y las prestaciones en materia de prevención, promoción y protección de la salud, así como aquellos instrumentos para hacerlos efectivos».

En cambio, el mismo artículo 9, en su apartado d), ya configura suficientemente un derecho subjetivo, disponiendo el derecho «a recibir información sobre programas y calendario vacunal».

2. Informaciones de prevención.

La LSPA reconoce el derecho a conocer informaciones de finalidad preventiva o cautelar. Con carácter general, el artículo 13 –con el título «El derecho a las acciones preventivas de salud pública»– prescribe en su apartado b) el derecho «a conocer los planes, las acciones...en materia de prevención,...de la salud, así como aquellos instrumentos para hacerlos efectivos». Y también reconoce en distintos preceptos el derecho a recibir ciertas informaciones *especiales* o específicas con la finalidad preventiva indicada. Así:

- El artículo 16.h) se centra en la información precisa para prevenir riesgos a terceros.
- El artículo 9.c) se refiere a la «información sobre los condicionantes de salud como factores que influyen en el nivel de salud de la población y, en particular, sobre los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos, o de otro carácter, relevantes para la salud de la población, y sobre su impacto».
- El artículo 11 («Derecho a conocer en relación con la salud pública») tipifica varios derechos a conocer informaciones sanitarias específicas: «a) A un conocimiento adecuado sobre el estado epidemiológico de su entorno⁸⁹. Esta información, basada en la evidencia científica,...tiene que comprender los factores, las situaciones y causas de riesgo para la salud individual y colectiva. b) A un conocimiento adecuado sobre la salud ambiental,...c) A un conocimiento adecuado sobre las características y condicionantes relevantes para la salud pública de los productos alimentarios, así como la naturaleza y los riesgos asociados a los mismos,...»⁹⁰

⁸⁹ Más genéricamente lo dispone la legislación sanitaria estatal, como recuerda C. CIERCO SIERA: «...cabe ya hoy hablar con propiedad de un auténtico derecho de los ciudadanos a ser informados de los riesgos sanitarios en grado de afectar a la salud pública. Un derecho que en nuestro país adquirió cuerpo en la Ley de Derechos del Paciente (2002), cuyo artículo 3, titulado precisamente Derecho a la información epidemiológica, señala que «los ciudadanos tienen derecho a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o para su salud individual, y el derecho a que esta información se difunda en términos verdaderos, comprensibles y adecuados para la protección de la salud, de acuerdo con lo establecido por la Ley...» Vid. *Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres*, «Revista de Administración Pública» (RAP) núm. 175, enero-abril (2008), págs. 74-75.

⁹⁰ Esta información es adicional a la exigida en la normativa sectorial aplicable, esto es, la legislación específica de seguridad alimentaria o la normativa general de defensa de consumidores y usuarios. Así, no debe olvidarse que la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía (LGDCUA) reconoce el derecho esencial del consumidor/usuario a la protección de su salud (arts. 4 y 6.1), y que la estatal Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, ya fundamenta en el derecho constitucional a la protección de la salud el derecho a la seguridad alimentaria (art.1.1).

- El artículo 12 («derecho a la promoción de la salud»), en sus apartados a) e i), también prevé el derecho a obtener información sobre: «los riesgos, enfermedades y secuelas asociados a las diferentes etapas de la vida de las personas» y «la importancia de la actividad física y cómo llevarla a cabo sin riesgos y con el mejor aprovechamiento».
- Los apartados c) y e) del mismo artículo 9 y el artículo 22 reconocen el derecho a obtener urgentemente ciertas informaciones⁹¹.

3. Informaciones reservadas a los grupos de especial riesgo o vulnerabilidad.

El artículo 12 de la LSPA prevé varias informaciones sanitarias destinadas a preservar la salud de estos grupos sociales: adolescentes-jóvenes⁹² (apartado e): «información sobre salud, orientación sexual y reproductiva e identidad de género..», concordando con lo dispuesto en el artículo 10), enfermos mentales (apartado f): «información adecuada sobre los factores determinantes de la salud mental y sobre cómo pueden afrontarse») y discapacitados psíquicos (apartado g): «información clara, adecuada y precisa de todos aquellos aspectos relativos a la salud, dirigida a la población con discapacidad intelectual y a sus familias, incidiendo sobre las discapacidades y factores de riesgo»). Y el artículo 16.1.f) dispone el siguiente derecho informativo en cumplimiento del principio rector de equidad: «conocer y tener acceso a los informes y estudios oficiales sobre desigualdades en salud y su repercusión social y territorial».

- Requisitos formales de la información accesible.

El artículo 20 de la LSPA dispone que «las Administraciones públicas de Andalucía promoverán una información de salud pública de calidad, fiable y accesible a la población».

⁹¹ El art. 22, con el sugestivo título de «Transparencia» (el art. 10 de la LGSP, su precedente estatal, prevé otro título más adecuado), dispone: «Cuando haya motivos razonables para apreciar que existe un *riesgo para la salud* de las personas, las autoridades sanitarias deben adoptar las medidas adecuadas para *informar* a la ciudadanía sobre el mismo *de manera adecuada* según su naturaleza, gravedad y magnitud, así como sobre las intervenciones que se adopten para prevenir, reducir o eliminar este riesgo». Y el art. 9 se refiere únicamente a ciertos riesgos para la salud pública: el apartado c) *in fine* exige que la información sobre «los riesgos biológicos, químicos, físicos, medioambientales, climáticos, o de otro carácter, relevantes para la salud de la población» se facilite urgentemente «si el riesgo es inmediato»; y su apartado e) disponer el derecho «a recibir información *fluida* y *sistemática* en los supuestos de epidemias y pandemias».

⁹² Ha de subrayarse que el citado Decreto 246/2005 desarrolla el derecho de información sanitaria de los menores específicamente en su art. 5: «1. Las personas menores de edad tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, en términos adecuados a su edad, desarrollo mental, madurez, estado afectivo y psicológico, a excepción de los supuestos que prevea la normativa vigente. Serán tenidos en cuenta la opinión y deseos del padre y de la madre o de los tutores y las tutoras respecto a la cantidad y forma de la información que recibirá la persona menor edad...3. El derecho a la información del paciente menor de edad podrá restringirse excepcionalmente por criterio facultativo, de acuerdo con el criterio del padre y de la madre, ante la posibilidad de que esta información pueda, por razones objetivas, perjudicar gravemente a su estado de salud, prevaleciendo en caso de conflicto la opinión de los padres de la persona menor de edad. Llegado este caso, el personal facultativo dejará constancia razonada de las circunstancias en la historia clínica y comunicará su decisión al padre y la madre o representantes legales.»

Calidad, fiabilidad y accesibilidad, pues, son las condiciones mínimas generales que exige la LSPA a toda información sanitaria a la que el ciudadano tenga derecho de acceso. Fiable ha de ser la información, esto es, veraz y objetiva, además de ser suficiente y completa; de calidad, es decir, una información eficaz y adecuada para la plena efectividad del derecho informativo establecido en la ley; y accesible, esto es, accesible en cuanto a la forma y el procedimiento de conocerla el ciudadano atendiendo a sus especiales características de grupo social sanitario que incidan en el acceso a la información⁹³, como acertadamente se especifica en su apartado d)⁹⁴.

Además, la LSPA, cuando reconoce el derecho de conocer algunas de las informaciones específicas ya examinadas, especifica y concreta los requisitos formales generales previstos en el artículo 20. Así, el artículo 11.a), en relación al conocimiento del estado epidemiológico del entorno, prescribe que la información «ha de ser suficiente, comprensible, adecuada». Y el artículo 12, en sus apartados f), g) y n), se refiere respectivamente a la «información *adecuada* sobre los factores determinantes de la salud mental», la «información *clara, adecuada y precisa* de todos aquellos aspectos relativos a la salud, dirigida a la población con discapacidad intelectual y a sus familias» y la «información *veraz, objetiva, completa y suficiente* sobre la incidencia de los hábitos de consumo en la salud y sobre el uso de bienes de consumo.»

· Ejercicio del derecho de acceso a la información.

El artículo 20 no establece una regulación suficiente del régimen jurídico de la puesta a disposición de la información de salud pública accesible. Tan sólo dispone algunas reglas mínimas en su apartado 1, remitiendo expresamente al reglamento en su apartado 2 y, en concreto, conteniendo una amplia habilitación legal, no a favor del Consejo de Gobierno para que establezca el régimen mediante Decreto, sino a favor del titular de la Consejería de salud para disponerlo por Orden⁹⁵.

⁹³ Este relevante requisito formal se tipifica más completamente en la normativa básica estatal. El art. 4.d) de la LGSP dispone que «toda la información se facilitará desagregada, para su comprensión en función del colectivo afectado, y estará disponible en las condiciones y formato que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad de cualquier tipo.

⁹⁴ «Facilitando la adecuación de la información y sus soportes a los diferentes niveles educativos, a las diferentes edades y a las discapacidades, de manera que se asegure su comprensión.»

⁹⁵ «Mediante orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de salud, se establecerán las medidas necesarias para facilitar y hacer efectivo el ejercicio del derecho de accesibilidad a la información sobre salud pública, determinando los responsables de la información los lugares en donde se encuentra, la forma de acceder y la metodología para la creación y mantenimiento de medios de consulta de la información que se solicite». Y más sorprendente aún resulta ser el apartado 3 («Las decisiones, acciones y omisiones que impidan o limiten la accesibilidad a la información de salud pública se podrán impugnar en los términos que reglamentariamente se determinen»), por cuanto esta habilitación a favor del reglamento para establecer un régimen de impugnación de las resoluciones administrativas no podrá traducirse en un régimen reglamentario contrario al régimen estatal básico y el autonómico general establecido tanto en la legislación general de acceso a la información pública (Ley andaluza

Así, el artículo 20.1 de la LSPA prescribe exclusivamente tres normas⁹⁶. La primera es el reconocimiento de una cierta publicidad activa de la información de salud pública accesible, al disponer su apartado c) que la Administración debe garantizar el «acceso de la población a los servicios electrónicos de salud por medio de un sistema multicanal». La segunda se contempla en el apartado b): reconocimiento de la publicidad pasiva o ejercicio del derecho de acceso mediante solicitud, y, por tanto, un mínimo procedimiento administrativo resolutorio y decisor de la petición de información⁹⁷. Y la tercera –prevista en sus apartados c) y e)– contiene un específico mandato a las Administraciones, que deben así, no sólo establecer «una interoperatividad de los mecanismos de comunicación entre las Administraciones públicas de Andalucía que permita compartir e intercambiar información, de manera que ofrezca una visión unificada», sino también colaborar «con los agentes sociales para contribuir a la difusión de la información de salud pública».

b) El derecho de participación.

El artículo 15 de la LSPA reconoce el derecho «a la participación en asuntos de la salud pública»⁹⁸, disponiendo dos mandatos a la Administración que no conforman aún auténticos derechos subjetivos sustantivos. En efecto, es el artículo 21 el precepto de la LSPA que prescribe un cierto contenido esencial de este relevante derecho ciudadano en el ámbito de la salud pública⁹⁹; cierto es, no obstante, que no todos los apartados del mismo artículo

1/2014 y Ley estatal 19/2013) como en la normativa general de procedimiento administrativo y régimen jurídico de la Administración (LAJA y LRJPAC).

⁹⁶ De esta forma, hasta la aprobación de la adecuada regulación reglamentaria sería de aplicación el régimen general previsto en la Ley 1/2014, de 24 de junio, de Transparencia Pública de Andalucía, como implícitamente contempla el propio art. 20.1 («Sin perjuicio de las disposiciones vigentes sobre el acceso a los documentos oficiales, las Administraciones públicas de Andalucía promoverán una información de salud pública...mediante las siguientes actuaciones: a) Facilitando el acceso a la información sobre la salud pública...»).

⁹⁷ «Poniendo a disposición de las personas la información sobre salud pública que soliciten, en los términos establecidos en la legislación vigente, de acuerdo con los principios de agilidad en la tramitación y resolución de las solicitudes».

⁹⁸ La LSPA también dispone en otra parte normas complementarias de esta regulación mínima del derecho de participación, en tanto que regula en el Capítulo VI la llamada «colaboración social en torno a la salud pública», reconociendo las «redes ciudadanas de salud pública y alianzas sociales» (art. 30), el «voluntariado en salud» (art. 31), la «ayuda mutua» (art. 32), la «responsabilidad social por la salud» de las empresas (art. 33) y los «acuerdos voluntarios para la mejora de la salud pública» (art. 34), que necesariamente nos remiten a ciertas definiciones introductorias establecidas en el art. 2 de la LSPA (1.º Acción intersectorial para la salud, 4.º Ayuda mutua, 20.º Responsabilidad social para la salud, 21.º Redes ciudadanas de salud).

⁹⁹ El art. 21 no agota el contenido de este derecho subjetivo, como se comprobará al examinar sus apartados. Además, el propio art. 15.3 lo confirma, en cierta medida, cuando realiza la siguiente remisión normativa al reglamento: «Por orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de salud, se establecerán los mecanismos concretos que permitan hacer efectivo el ejercicio de este derecho». Y lamentablemente también el apartado 3 del art. 21 incurrir en el error del visto art. 20.3, reproduciendo su texto, por lo que nos remitimos a la crítica antes realizada; y un segundo error, ya exclusivo del art. 21.3, es preciso subrayar: parece excluir a la participación ejercida en el desarrollo, la gestión y la evaluación de las políticas de salud pública, por cuanto

21 pueden estimarse como tipificadores o conformadores de específicos y concretos derechos subjetivos en que se desmenuza el supraderecho subjetivo de participación reconocido en el artículo 15, pero no pocos apartados sí lo hacen, como veremos.

1. Los mandatos generales y los derechos subjetivos universales de participación.

El mandato general a las Administraciones públicas –que ampara al resto de mandatos contenidos en los artículos 15 y 21– se establece en el artículo 15.1: «La población en Andalucía tendrá derecho a la participación *efectiva* en la formulación, desarrollo, gestión y evaluación de las políticas en materia de salud pública de manera individual o colectiva». Participación ciudadana, pues, no sólo en los procesos de conformación o toma de decisiones de las Administraciones competentes en salud pública («formulación»), sino también en los procedimientos de ejecución y cumplimiento de esas decisiones públicas («desarrollo, gestión»), así como en su seguimiento y control («evaluación»). No es poco lo que ordena el precepto. El artículo 21.1 lo desarrolla mínimamente en algunos de sus apartados¹⁰⁰.

Más relevante aún es el establecimiento de ciertos derechos específicos de participación, por cuanto se configuran como derechos subjetivos –aunque sea mínimamente– y se reconoce su titularidad universal ciudadana. Así, el artículo 21.1 dispone el derecho a: «c) *Informar* a la ciudadanía, a través de los medios apropiados, sobre *cualquier iniciativa de elaboración de propuestas de planes y programas de salud...*d) Establecer que la población pueda *formular observaciones y alegaciones* antes de que se adopte la decisión sobre planes o programas de trascendencia para la salud...f) Establecer mecanismos de información, publicidad y divulgación continuados, con la finalidad de informar a la ciudadanía de las cuestiones más relevantes en materia de salud pública. A estos efectos, se adoptarán *canales de comunicación permanentes* y, de manera especial, se considerará para ello a las asociaciones de consumidores y usuarios.»

2. Los mandatos especiales en pro de los grupos de riesgo.

El primer mandato específico del legislador para la participación de estos grupos sociales de salud pública se contiene en el artículo 15.2: «Las Administraciones públicas de Andalucía dis-

sólo se refiere a los *procedimientos de toma de decisiones* («Las decisiones, acciones y omisiones que impidan o limiten la participación en los procedimientos de toma de decisiones de salud pública se podrán impugnar en los términos que reglamentariamente se determinen»).

¹⁰⁰ b) Promover una participación real y efectiva de la ciudadanía en la elaboración, modificación y revisión de las acciones en salud pública, creando instrumentos de participación flexibles y adaptados a la misma...e) Articular una política transversal de participación que afecte a todos los centros e instituciones de carácter público o privado relacionados con la salud». Y también destaca el art. 21.2, referido específicamente a la última fase de participación: «Las medidas previstas en el apartado anterior serán evaluadas bianualmente por la Consejería competente en materia de salud. Para ello elaborará un informe de situación, de carácter público, que recoja los avances y las dificultades en el proceso de asegurar el derecho de participación de la ciudadanía, de modo que se mida el impacto de los mecanismos adoptados».

pondrán de los cauces apropiados para facilitar la participación de las *personas con dificultad de expresión*, especialmente menores, mayores, personas con discapacidad y personas en riesgo de exclusión. Y el artículo 21.1 dispone dos mandatos más concretos y especiales, centrados esencialmente en los menores¹⁰¹.

c) Los derechos fundamentales de especial afectación en salud pública.

La LSPA también tipifica expresamente ciertos derechos fundamentales y principios constitucionales esenciales en cuyo ejercicio pueden tener una incidencia cualificada las actuaciones de la Administración pública sanitaria: los derechos constitucionales de igualdad y de no discriminación, de intimidad y de respeto a la dignidad humana.

El primero sólo se reconoce parcial y sucintamente en el artículo 16 como el derecho «a no sufrir discriminación en el reconocimiento y en el acceso a los servicios de salud pública», a diferencia de la LGS que lo prevé más extensivamente y explicitando parte de su contenido esencial¹⁰².

Y en la misma línea, los demás derechos fundamentales mencionados incluso se tipifican conjuntamente en el artículo 17 («La población en Andalucía tendrá derecho al respeto de su dignidad e intimidad personal y familiar en relación con su participación en actuaciones de salud pública»). Es preciso, por tanto, considerar las previsiones de la legislación estatal aplicable¹⁰³, así como la normativa reglamentaria de la CC AA que contiene regulación específica de estos derechos en relación a ciertos grupos sanitarios de especial riesgo (los menores)¹⁰⁴.

¹⁰¹ «a) Fomentar la cultura de participación en salud por parte de la población, desde la primera infancia, estimulando las alianzas con las asociaciones, en complemento y continuidad de la acción de los servicios...g) Establecer mecanismos de participación efectiva de las personas menores de edad, en los términos reglamentariamente establecidos, en la formulación, desarrollo, gestión y evaluación de las políticas en materia de salud pública.»

¹⁰² El art. 6 lo contempla, con el título de «Derecho a la igualdad», refiriendo expresamente un exhaustivo listado de causas constitucionales discriminatorias («nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»), sino desarrollando específicamente en el ámbito de la salud pública la causa de la «enfermedad» y el propio contenido general del derecho a la igualdad constitucional, en sus apartados 3 y 4, respectivamente, : «3. La enfermedad no podrá amparar diferencias de trato distintas de las que deriven del propio proceso de tratamiento de la misma, de las limitaciones objetivas que imponga para el ejercicio de determinadas actividades o de las exigidas por razones de salud pública. 4. Este derecho se concretará en una cartera de servicios básica y común en el ámbito de la salud pública, con un conjunto de actuaciones y programas. Dicha cartera de servicios incluirá un calendario único de vacunación y una oferta única de cribados poblacionales.

¹⁰³ El art. 7 de la LGS, en su apartado 2, remite expresamente a la regulación prevista en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

¹⁰⁴ El referido Decreto 246/2005 desarrolla estos (y otros conexos o vinculados) derechos fundamentales en su art. 4: «1. En relación con los derechos de las personas menores de edad en Andalucía, los profesionales

IV. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA DE LIMITACIÓN POR LA SALUD PÚBLICA

Entre las modalidades de la actividad administrativa incidente en la salud pública destaca, sin duda, la histórica actividad administrativa de limitación u ordenación, esto es, la actuación mediante la que la Administración impone deberes –prohibiciones y limitaciones o restricciones, especialmente– ordenando obligatoriamente la actividad y la libertad de los administrados, con el fin de garantizar el interés público, el bien jurídico-público protegido en la ley (en nuestro caso, la salud pública). La Administración pública se manifiesta en esta actividad tuteladora de la salud pública como un sujeto de Derecho que ejerce unas intensas y cualificadas potestades administrativas exorbitantes y de evidente supremacía sobre los ciudadanos, prerrogativas de *imperium* que no ejerce cuando presta asistencia sanitaria o cuando promueve y fomenta la prevención¹⁰⁵.

sanitarios y no sanitarios están obligados a: a) Respetar su personalidad, dignidad humana e intimidad en el tratamiento y la estancia. b) Respetar y proteger la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso asistencial y, en especial, con sus datos de carácter personal y relativos a su salud. c) Respetar su libertad y la de su familia, de profesar cualquier religión o creencia, así como sus valores éticos y culturales, siempre que no pongan en peligro la vida de la persona menor de edad o la salud pública, en cuyo caso se atenderán a lo dispuesto por la legislación vigente... 2. El respeto a la personalidad, dignidad humana e intimidad de la persona menor y el respeto a su libertad y la de su familia a profesar cualquier religión o creencia, así como sus valores éticos y culturales, se hará siempre y cuando no implique discriminación o subordinación por razón de sexo y atente contra la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres...4. La dirección de los centros sanitarios velará para que la captación de imágenes de las personas menores de edad, respete, en todo momento su dignidad y cuente con el consentimiento otorgado al efecto por ellos mismos o, subsidiariamente, con el consentimiento de su padre y madre, de sus tutores o de sus representantes legales, en los términos establecidos por la legislación vigente, debiendo además contar con las autorizaciones legales correspondientes. 5. En todos los supuestos, se evitará la identificación de la persona menor.»

¹⁰⁵ Es más, bien sea considerando el bien jurídico protegido (la salud pública) como uno de los bienes integrantes del superior bien jurídico-administrativo denominado «orden público» (constitucionalmente también previsto aunque de forma absolutamente insuficiente en relación al ejercicio de ciertos derechos fundamentales: arts. 16.1 y 21.2 CE), bien sea considerando la salud pública como un bien jurídico superior y diferenciado del bien del «orden público» (así parece reconocerse en el art. 11.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, y explícitamente diferenciado se aprecia en los arts. 5.11, 3.11 y 12.3 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio), bien sea calificando (o no) la actividad administrativa limitadora por riesgos y lesiones a la salud pública/orden público como una especialísima modalidad de la actividad administrativa limitadora conocida como actividad administrativa de policía (*vid.*, por todos, M. REBOLLO PUIG, *La actividad de limitación*, en la obra colectiva «Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo. Tomo III. La actividad de la Administración pública. Volumen II. El contenido», coordinada por T. Cano Campos, ed. Iustel, Madrid, 2009, págs. 20 y ss.), la regulación de esta modalidad de intervención administrativa en la legislación autonómica y la estatal sanitaria ofrece unas cualificadas intervenciones administrativas restrictivas de derechos ciudadanos normalmente ausentes cuando están presentes otros intereses generales y otros bienes jurídico-públicos. En este sentido, al menos resulta evidente que esta actividad administrativa limitadora (o de policía sanitaria) presenta una singularidad especial, como ya resaltara y concluyera acertadamente REBOLLO PUIG: «...Se asienta una ingente acción administrativa de tutela de la salud pública tradicionalmente asumida con mayor o menor amplitud, pero que ahora, conservando su singularidad, se adecúa, como nunca lo había estado en España, a los postulados y exigencias del Estado de Derecho. Singularidad, efectivamente, porque la protección frente a las perturbaciones individuales de la salud pública sigue justificando que la sanidad preventiva ostente las más intensas potestades de limitación sobre los ciudadanos, incluso sobre sus derechos fundamentales, como se

El Título IV de la LSPA, con el nombre «Las intervenciones en materia de salud pública que garantizan los derechos de la ciudadanía», conforma la parte de la ley reguladora de los principios de las intervenciones administrativas limitadoras, las clases de intervención ordenadora y los medios de limitación en el ámbito de la salud pública. Eso sí, conviene anticipar que la LSPA también contiene en otros Títulos algunos preceptos propios de esta modalidad de actividad administrativa que, por tanto, serán aquí objeto de atención. El Título IV se compone de dos Capítulos: en el primero —«Ejes básicos de actuación»— se disponen los principios esenciales informadores de esta especial modalidad de intervención administrativa, aunque precisando la integración de ciertos artículos ajenos al Título que, por cierto, no son precisamente irrelevantes o de menor trascendencia en este tema; en el Capítulo segundo —«De las intervenciones públicas»— la LSPA, además de referirse a la organización administrativa que ejerce esta actividad limitadora¹⁰⁶, se ocupa

encarga de demostrar sobradamente la Ley Orgánica 3/1986. Singularidad también porque la salud pública, en su sentido estricto y propio, justifica tan amplias habilitaciones legales a potestades limitativas de la libertad individual... , imposible de realizar aquí, si cabe afirmar, aun aceptando el clásico término de «policía sanitaria», que la actual legislación española configura una «policía sanitaria del Estado de Derecho.» *Vid. Sanidad... , op. cit.*, «REALA» núm. 239, 1988, pág. 1470, especialmente). Más recientemente, ha recordado la exorbitancia y la vis de este título jurídico habilitante para la intervención limitadora de derechos y libertades fundamentales, CIERCO SIERA. *Vid. La necesaria... , op. cit.*, Revista «Derecho y Salud», Volumen 17, Extraordinario XVII Congreso, 2008, pág. 37-38.

¹⁰⁶ Pocas novedades —en relación a las normativas existentes —básica o autonómica— presentan los preceptos de este Capítulo II referentes a las Administraciones públicas sanitarias y los agentes limitadores. El art. 77 encomienda las potestades administrativas interventoras limitadoras a los órganos (o «unidades») administrativos sanitarios a los que le atribuye la condición de «autoridad sanitaria», enunciando expresamente al Consejo de Gobierno, la persona titular de la Consejería competente en materia de salud, las personas titulares de los órganos y las responsables de las unidades que reglamentariamente se determinen, «así como los alcaldes y alcaldesas de los municipios de la Comunidad Autónoma de Andalucía»; en cambio, el art. 52.1 de la LGSP es más preciso en la determinación de los órganos con la condición de autoridad sanitaria, y no remite al reglamento: «Tendrá la consideración de autoridad sanitaria estatal el titular del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad y, en el marco de sus respectivas funciones, los titulares de los órganos superiores y órganos directivos con responsabilidades en salud pública de dicho departamento ministerial con rango igual o superior al de Director General». En segundo lugar, el art. 81.1 de la LSPA, por un lado, sólo reitera la condición de «agente de la autoridad» del personal —«funcionario o estatutario»— al servicio de la Administración sanitaria que actúe en el ejercicio de las funciones de inspección que ya le atribuye el art. 23.1 de la LSA que, por cierto, enuncia las principales potestades inspectoras y medidas administrativas limitadoras adoptables por los inspectores; y, por otro, «asume» lo dispuesto en el art. 52.4 de la LGSP, al prescribir la competencia de la autoridad sanitaria (y sus agentes) de «solicitar el apoyo, el auxilio y la colaboración de otros funcionarios públicos o inspectores sanitarios» (la LGSP también se refiere a «otros órganos administrativos, u otras instituciones») «y, si fuere necesario, de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad y de otros agentes de la autoridad que tengan encomendadas funciones de seguridad» (la LGSP limita más ese auxilio interadministrativo al referirse al «caso de estricta y urgente necesidad y para el mejor cumplimiento de la legislación vigente»). Por último, destaca el art. 84.1, que admite una limitada «externalización» en el seno de esta actividad administrativa limitadora: «Sin perjuicio de la ejecución de las tareas que representan ejercicio de la autoridad por los inspectores sanitarios o, en general, por los funcionarios de las Administraciones sanitarias competentes en materia de salud pública, las actividades de control analítico, verificación, certificación de calidad y procedimientos, evaluación y calibración en las materias objeto de esta ley pueden ser ejecutadas por entidades colaboradoras de la Administración debidamente acreditadas, de conformidad con lo establecido en la legislación reguladora del sistema de acreditación de este tipo de entidades y la normativa sectorial correspondiente.»

específicamente de los instrumentos jurídico-administrativos de limitación en el ámbito de la salud pública¹⁰⁷.

1. Los principios informadores de la actividad administrativa limitadora.

El artículo 76 de la LSPA los denomina «principios informadores de la intervención administrativa». Su apartado 1 explícitamente enuncia casi todos ellos («Todas las medidas a las que hace referencia este título se adoptarán con sujeción a los principios siguientes:...»), pero también sus apartados 2 y 3 contienen, aunque sea implícitamente por remisión a otra parte de la LSPA (el apartado 2), otros principios generales o, más bien, especialidades de algunos principios propios de la actividad administrativa limitadora en salud pública.

A) *La colaboración voluntaria con la Administración.*

El primero de los principios dispuestos en el artículo 76.1 de la LSPA es el principio enunciado en el apartado a): «Preferencia de la colaboración voluntaria con las autoridades sanitarias»¹⁰⁸. No es éste un principio clásico y característico de la actividad administrativa limitadora y/o de policía, a diferencia de los principios previstos en los otros apartados del precepto, que veremos.

¹⁰⁷ Tempranamente, destaca la monografía de E. COBREROS MENDAZONA (vid. *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, IVAP, Oñati, 1988, *passim*) y el estudio de J.L. BELTRÁN AGUIRRE (vid. *La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas*, «RVAP» núm. 6, 1983, págs. 155-186).

¹⁰⁸ Previsiones similares en la LGSP, aunque no referidas en exclusiva a la actividad de limitación, han sido calificadas de «autonomía de la voluntad» por algún autor y, así mismo, criticadas por no concordar con los fines esenciales de la legislación de salud pública. Aunque difícilmente podrá admitirse el principio de la autonomía de la voluntad en el ejercicio de potestades administrativas y, en particular, con la finalidad de proteger bienes jurídicos-públicos constitucionalmente garantizados como es, precisamente, la salud pública, lo cierto es que la crítica de F. DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN es, en general, acertada: «...Los términos en los que aparece proclamado dicho principio son prácticamente idénticos a los que presiden la Ley 41/2002, de autonomía del paciente y, a este respecto, consideramos que si bien el principio de autonomía ha de constituir un elemento estelar de esta última, siendo, como ya expresara hace décadas el conocido Informe Belmont, el principio que ha de inspirar la relación médico-paciente, no ha de ocurrir lo mismo con la Ley General de Salud Pública, so pena de abocar la misma a un estrepitoso fracaso. Ello no significa que la autonomía de voluntad carezca de virtualidad alguna en el ámbito de la salud pública,... Sin embargo, articular un modelo de salud pública asentado en la autonomía de voluntad de los ciudadanos supone una contradicción en sus propios términos..., la Ley General de Salud Pública se fundamenta en un modelo de salud pública excesivamente individualista que convive mal con las exigencias que desde un plano ético-legal se derivan de una efectiva política de salud pública. La salud pública constituye en el sistema jurídico un límite precisamente a la autonomía de voluntad, al tomar en cuenta el interés común en detrimento, que no necesariamente completo sacrificio, de la autonomía de voluntad del individuo. La salud pública constituye, pues, uno de los límites clásicos de la autonomía de voluntad y, concretamente, del derecho a rechazar el tratamiento médico....». Vid. *El paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado?: el caso concreto de la política de vacunación*, Revista «Derecho y Salud», Volumen 24. Extraordinario XXIII Congreso 2014, págs. 27-28 y 32-33.

Pero la sucinta y expresa tipificación legal en el artículo 76.1 resulta ser insuficiente para conocer el propio contenido esencial del principio o mandato normativo. Ciertamente, esta preferencia legal por la llamada colaboración voluntaria ¿se refiere a la fase ejecutiva de las medidas administrativas que se adopten? ¿a la preferencia por la ejecución o el cumplimiento voluntario por parte del obligado en detrimento de la ejecución forzosa? O ¿se refiere a la fase declarativa de la medida administrativa limitadora? ¿condiciona entonces la misma adopción de las medidas administrativas ordenadoras o restrictivas?

Al menos, cuando la acción administrativa interventora afecte a las personas que tienen deberes específicos en garantía de la salud pública, los artículos 73 y 74 de la LSPA parecen avalar esta última tesis, esto es, que cualquier medida propia de la actividad administrativa de limitación solo podrá realizarse en defecto de la preferida «colaboración voluntaria» en el cumplimiento de esos deberes legales establecidos. En efecto, los artículos 73 y 74 imponen esencialmente los principios de autorregulación y autocontrol en el cumplimiento de las obligaciones de salud pública que han de atender «las personas físicas o jurídicas, titulares de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias en que se lleven a cabo actividades que inciden o pueden incidir en la salud de las personas» (artículo 73.1).

Es más, el artículo 73 de la LSPA obliga a estos particulares a «establecer sistemas y procedimientos de autocontrol eficaces para garantizar la seguridad sanitaria». De este forma, se constata que para el legislador andaluz no es suficiente disponer que estos sujetos «son responsables de la higiene y la seguridad sanitaria de los locales, las instalaciones y sus anexos, de los procesos y de los productos que se derivan» (artículo 73.1)¹⁰⁹; y tampoco se limita a imponer a la Administración la realización de cierta modalidad de la actividad ordenadora (la vigilancia y la supervisión¹¹⁰), característica y propia de la conocida actividad administrativa de inspección. Así, pues, el legislador, no sólo establece el deber legal y prevé la actividad administrativa de control del cumplimiento de ese deber legal, sino que, además, establece un específico y adicional deber: la adopción de sistemas privados de autocontrol, procedimientos eficaces de prevención de los riesgos para la salud pública.

De esta forma, la regla general en pro de la colaboración voluntaria se traduce, en primer lugar, en un sistema de autovigilancia que se impone como deber específico en la LSPA; el sistema preventivo del autocontrol sanitario no se contempla en la LSPA como un sistema facultativo o de adopción voluntaria para los prestadores de servicios o productores de productos incidentes en la salud pública, y tampoco se prevé como un sistema incentivable

¹⁰⁹ Más genéricamente, el art. 73.3 parece prescribir una singular responsabilidad *erga omnes*: «Las personas físicas y jurídicas son responsables de sus actos y de las conductas que tienen influencia sobre la salud de los otros».

¹¹⁰ Art. 73.2. «Las Administraciones públicas de Andalucía competentes en cada caso velarán por el cumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo mediante el establecimiento de sistemas de vigilancia y de supervisión adecuados.»

por la propia Administración, sino como un auténtico sistema preceptivo y vinculante para los sujetos con el deber de garantizar la seguridad sanitaria en sus actividades. Eso sí, en los artículos siguientes la LSPA declara el carácter voluntario o facultativo de protocolos de autorregulación y de auditorías de salud pública que superen los niveles mínimos obligatorios de seguridad sanitaria establecidos en las normas aplicables y, en particular, en las reglamentaciones técnicas sanitarias de las respectivas actividades privadas¹¹¹, disponiéndose incluso la actividad administrativa de fomento o auxilio de estos procesos voluntarios de mejora de la seguridad privada de la salud pública¹¹².

B) *El supraprincipio de proporcionalidad.*

Este Principio general del Derecho adquiere una presencia y una relevancia sobresaliente en el ejercicio de la actividad administrativa limitadora por razón de salud pública, por cuanto, como veremos, la LSPA, bien no establece todas las concretas medidas o acciones administrativas limitadoras ante los riesgos o las lesiones que afecten a la salud pública (admite así un *númerus apertus* de medidas), o bien, aun cuando tipifica una específica medida limitadora, no la determina completamente, no dispone todo su contenido y alcance. Así, se aprecia la presencia de la llamada discrecionalidad administrativa en la atribución de potestades limitadoras a la Administración sanitarias, medidas administrativas restrictivas o prohibitivas de derechos que no son sino actos administrativos de carácter discrecional y no reglado.

Y es que la función constitucional de tutelar la salud pública demanda esta configuración normativa de las potestades de la Administración tuteadora. Por ello, dada la relevancia constitucional de este bien jurídico-público que es la salud pública, no debe extrañar que, además de esa configuración «abierta» y «discrecional» de las acciones administrativas limitadoras que se adopten, la LSPA las prevea en ocasiones mediante «cláusulas

¹¹¹ El art. 74 tipifica expresamente esta autorregulación sanitaria en los siguientes términos: «Las personas obligadas en el artículo anterior podrán desarrollar procesos voluntarios de autorregulación, respetando la legislación vigente en la materia y comprometiéndose a superar o cumplir mayores niveles, metas o beneficios en materia de protección y seguridad sanitarias». Y el art. 75 se refiere a las auditorías: «Las empresas, además de garantizar el cumplimiento de la normativa vigente, podrán, de manera voluntaria, a través de una auditoría de salud pública, realizar el examen metodológico de sus operaciones, respecto de la protección y seguridad de la salud pública y el riesgo que generan, así como el grado de cumplimiento de la normativa sanitaria y de los parámetros nacionales, internacionales y de buenas prácticas de operación aplicables, con el objeto de definir las medidas preventivas y correctivas necesarias para proteger la salud pública».

¹¹² El art. 74 enuncia varias acciones administrativas de fomento. Y el art. 75.2 es aún más preciso, en cuanto prescribe un programa de fomento de auditorías, destinado especialmente a las PYMES, y contando con un «comité que estará constituido al menos por representantes de instituciones de investigación, colegios y asociaciones profesionales, organizaciones del sector industrial y representantes de los consumidores y usuarios».

generales de apoderamiento» o «apoderamientos implícitos»¹¹³, esto es, las «tipifique», bien atribuyendo implícitamente ciertas potestades administrativas ordenadoras, en tanto resulten deducibles o inherentes a las expresamente atribuidas en el texto legal –permitiendo así a la Administración sanitaria adoptar las medidas administrativas limitadoras que sean necesarias para evitar la lesión a la salud pública, como veremos–, o bien, remitiendo al reglamento, no sólo la determinación de esas medidas limitadoras, sino, además, la determinación del supuesto de hechos habilitante de la adopción de esas medidas administrativas interventoras¹¹⁴.

Se comprende, pues, que todas las especialidades y manifestaciones del principio general de proporcionalidad (congruencia, proporcionalidad en sentido estricto y *pro libertate*) estén presidiendo la actividad administrativa limitadora en el ámbito de la salud pública. Y así se prevé en la misma LSPA, aunque en unos casos más explícitamente y con más precisión que en otros¹¹⁵, como se comprobará.

a) El principio de necesidad de la medida limitadora.

El artículo 25 –contenido en el Capítulo IV del Título I al que se remite expresamente el artículo 76.2 de la LSPA¹¹⁶– tiene el expresivo y significativo título de «Minimización de la intervención», disponiendo en su apartado 1 el primer y esencial presupuesto de toda acción administrativa limitadora por salud pública: «Ninguna persona podrá ser obligada a someterse a medidas preventivas, diagnósticas o terapéuticas si no es *estrictamente necesario* para preservar la salud colectiva». Así, la acción administrativa ordenadora o

¹¹³ Refiriéndose a todos los bienes jurídico-administrativos integrantes del bien supremo «orden público», lo ha subrayado REBOLLO PUIG. Vid. *La actividad...*, *op. cit.*, en la obra colectiva «Lecciones...», coordinada por T. Cano Campos, págs. 24-25

¹¹⁴ El art. 25.3 contiene una cláusula de una limitadísima adecuación al principio de legalidad que debe presidir la regulación y la adopción posterior de estas actividades administrativas de limitación; la habilitación directa al titular de la Consejería, sin imponer criterios o límites, no parece ser la previsión normativa más acertada: «Mediante orden de la persona titular de la Consejería competente en materia de salud se establecerá el supuesto o los supuestos concretos en los que, para preservar la salud colectiva, una persona o grupo de personas podrán ser obligadas a someterse a determinadas medidas preventivas, diagnósticas o terapéuticas».

¹¹⁵ En cambio, con carácter general y, por tanto, referido a todo *status* jurídico-administrativo del ciudadano de conformidad con el superior *status* constitucional de libertad genérica de la persona (art. 10.1 CE), sí se dispone explícita aunque sucintamente en el art. 39.1 de la LRJPAC: «Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan medidas que limiten el ejercicio de derechos individuales o colectivos..., deberán elegir la medida *menos restrictiva*, motivar *su necesidad* para la protección del interés público así como justificar *su adecuación* para lograr los fines que se persiguen,...»

¹¹⁶ «En todo caso, la intervención administrativa en salud pública se deberá acomodar a las garantías de la ciudadanía establecidas en el Capítulo IV del Título I.»

restrictiva de derechos subjetivos o intereses legítimos ha de estar plenamente justificada y motivada en su absoluta inexcusabilidad para la tutela del bien jurídico protegido¹¹⁷.

b) Los principios de congruencia y de proporcionalidad *stricto sensu*.

El apartado c) del artículo 76.1 prevé ambas exigencias del supraprincipio de proporcionalidad en la adopción de medidas limitadoras, aun cuando no las diferencia nítidamente al requerir sólo la «proporcionalidad de la medida con las finalidades perseguidas y con la situación que la motiva»

Así, en primer término, es precisa una adecuación entre la medida administrativa limitadora que pretende imponer la Administración pública y la lesión a la salud pública que pretende impedir con esa concreta medida. La acción administrativa ha de ser la más apropiada –necesaria y conveniente– para conseguir el específico objetivo o concreto fin público de protección de la salud pública que demanda el supuesto de hecho concurrente, el peligro o riesgo que se aprecia en esta situación o circunstancias determinadas. La causa habilitante y justificadora de la adopción de la medida limitadora ha de adecuarse al efecto previsible de la medida administrativa.

Y, en segundo término, la medida administrativa limitadora, aunque sea congruente con el fin público y los motivos o causas que la justifican, debe contener también una restricción o limitación debidamente proporcionada, esto es, ser proporcional al riesgo o lesión a la salud pública que pretende evitar o eliminar. Lo exige el artículo 26 («Proporcionalidad de las actuaciones»): «Las actuaciones y medidas que adopten las Administraciones públicas de Andalucía para la protección de la salud pública en el ámbito de esta ley serán proporcionales al resultado que se pretenda obtener,...».

c) El principio *pro libertate* o principio del *favor libertatis*: su cualificada y singular tipificación legal.

El apartado b) del artículo 76 de la LSPA prevé este principio clásico condicionador de la actividad administrativa limitadora, disponiendo la «minimización de la incidencia sobre la libre circulación de personas y bienes, la libertad de empresa y cualquier otro derecho de las personas». Esto es, la intervención administrativa por salud pública ha de ser, no sólo la más adecuada o congruente y proporcional en atención al concreto riesgo o lesión apreciado o producido, sino, además, la menos aflictiva con los derechos subjetivos e intereses legítimos de los administrados, con su libertad genérica, en última instancia;

¹¹⁷ Es más, incluso cuando se tratase de una medida administrativa preventiva, esto es, una medida limitadora adoptable ante riesgos para la salud pública y con el fin de evitar una probable o previsible lesión a la salud pública, la propia LSPA dispone, como principio o regla general, un cierto derecho a no cumplir esas medidas preventivas limitadoras. El art. 13 así lo prescribe: «En el ámbito de las acciones preventivas de salud pública, se reconocen los siguientes derechos a la población en Andalucía:... e) A rechazar las acciones preventivas que se propongan, siempre que no comporten riesgos a terceros, sin perjuicio de lo que establezca la normativa de intervención pública en materia de salud colectiva».

la incidencia de la medida administrativa adoptada ha de ser la mínima requerida por la específica tutela de la salud pública que la justifica y ampara.

Más explícito y clarificador es el artículo 25.2: «Las actuaciones de salud pública se aplicarán haciendo uso de las *alternativas menos restrictivas* en el ejercicio de la autoridad, especialmente respecto a los poderes coactivos. Las funciones y servicios esenciales de la salud pública se llevarán a cabo, en la medida de lo posible, con los procedimientos y prácticas *menos invasivos* para los derechos e intereses de las personas físicas y jurídicas». Y lo reitera la LSPA una vez más en el inciso final del referido artículo 26, al requerir que las medidas «tendrán en cuenta el objetivo de reducir al mínimo, en lo posible, los efectos negativos que puedan producir sobre la libertad y la seguridad de las personas y empresas».

2. Los medios y las medidas administrativas limitadoras.

El artículo 78 de la LSPA, titulado «Intervención administrativa en protección de la salud pública», aun cuando en su apartado 1 enuncia ciertos medios administrativos limitadores, no establece una lista cerrada de acciones interventoras restrictivas. Primero, porque el propio artículo 78.1 lo impide al remitirse a la regulación general contenida en la LSA, que sí enuncia un amplio listado de medios limitadores¹¹⁸ y que, además, dispone una cláusula final habilitante de *numerus apertus* («9. El ejercicio de cuantas competencias o funciones le vengan atribuidas por normas legales o reglamentarias»). Segundo, porque el artículo 78.1.c) ampara que «normativamente» –por vía reglamentaria, pues– la Administración sanitaria establezca nuevos deberes u obligaciones a «centros, actividades y bienes que puedan suponer un riesgo para la salud»¹¹⁹. Tercero, porque el artículo 78.1.a) habilita a

¹¹⁸ «Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 19, 28 y 29 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, las Administraciones públicas de Andalucía, en el marco de sus respectivas competencias y con la finalidad de proteger la salud de la población y prevenir la enfermedad, podrán:...». La remisión al art. 19 de la LSA es acertada, por cuanto este precepto prevé la generalidad de las actuaciones administrativas restrictivas o limitadoras (registros informativos y estadísticos, autorizaciones sanitarias, calificaciones, acreditaciones, homologaciones y registros administrativos, prohibiciones y requisitos mínimos, inspección,...). En cambio, la remisión a los arts. 28 y 29 no parece ser tan apropiada, por cuanto estos preceptos regulan las específicas medidas provisionales adoptables en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador incoado por presunta infracción sanitaria, medidas que, aunque no tengan naturaleza sancionadora como declara el art. 29 de la LSA, en los arts. 28 y 29 sí se tipifican exclusivamente como medidas provisionales del procedimiento sancionador, y no también como medidas limitadoras preventivas o cautelares acordadas sin incoación alguna de procedimiento sancionador.

¹¹⁹ Así, ejerciendo su potestad reglamentaria, la misma Administración sanitaria de la CC AA –la autonómica o la local– no sólo podrá concretar, completar o desarrollar los deberes y las acciones administrativas limitadoras dispuestas en la LSPA, como reconoce el art. 78.2 («Todas estas medidas se adoptarán respetando los derechos que los ciudadanos tienen reconocidos en la Constitución, de acuerdo con el desarrollo reglamentario que proceda»), sino es que, además, podrá crear normativamente nuevas medidas limitadoras y nuevos deberes u obligaciones, siempre y cuando están justificadas por el fin público de tutela de la salud pública acorde a los principios y mandatos contenidos en la LSPA.

la Administración a acordar las medidas administrativas limitadoras que sean precisas en relación a la veracidad de la publicidad que incida en la salud («las «acciones necesarias», bien para que la publicidad y la propaganda comerciales de productos y actividades que puedan tener incidencia sobre la salud «se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud», bien «para limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma»). Y cuarto, porque otros preceptos de la misma LSPA sí especifican explícitamente ciertas singulares modalidades de la actividad administrativa limitadora, que no están referidas en el artículo 78.1: las autorizaciones-registros administrativos sanitarios y las llamadas «medidas cautelares»¹²⁰.

A) *El presupuesto previo: los deberes legales generales.*

Presupuesto de toda acción administrativa limitadora de la Administración sanitaria es el previo establecimiento de las obligaciones o los deberes jurídicos cuyo cumplimiento debe la Administración controlar y garantizar mediante los medios y las medidas administrativas limitadoras más apropiadas. Interesa así, en primer lugar, conocer mínimamente estos mandatos legales ordenadores dispuestos en la LSPA.

El artículo 18 enuncia las «obligaciones de la ciudadanía en materia de salud pública» que, en general, amparan la posterior actividad administrativa limitadora que se está analizando¹²¹. Y los artículos 79 y 80 desarrollan –y especifican ya en el ámbito de la actividad administrativa de limitación– los dos últimos deberes tipificados en el artículo 18.

a) El deber general de no perturbar el orden público sanitario.

El apartado c) del artículo 18 establece un deber general de no lesionar ni poner en riesgo la salud pública, un deber genérico y esencial, pues, que habilita a la Administración sanitaria

¹²⁰ El art. 82.1, de conformidad con el art. 19.2 y 5 de la LSA y el art. 29.1 de la LGSP, prescribe el deber de solicitar y obtener la previa autorización administrativa sanitaria de funcionamiento para las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias en que se lleven a término «actividades que puedan incidir en la salud de las personas». Poco más dispone la LSPA, porque contiene una amplia habilitación y remisión reglamentaria para establecer este régimen jurídico autorizatorio: «...Se establecerá de forma reglamentaria, en los casos en que proceda, el *contenido* de la autorización sanitaria correspondiente y *los criterios y los requisitos* para otorgarla». Por el contrario, el art. 83 –y el propio art. 78.1– sí establece un mínimo régimen de las medidas cautelares que se expondrá.

¹²¹ Tan sólo el incumplimiento de dos deberes referidos en el precepto no reclama inexcusablemente los típicos medios y las habituales medidas administrativas limitadoras tipificadas en la LSPA en los términos que se explicitarán seguidamente. El primero de ellos, previsto en el apartado a) y desarrollado en el art. 29, es «utilizar adecuadamente la información recibida de las autoridades competentes relativa a la salud pública, respondiendo, en su caso, por los daños y perjuicios que se ocasionen por su indebida utilización»; el deber se enmarca más bien en la actividad administrativa de fomento de carácter preventivo. El segundo, dispuesto en el apartado d), es «hacer un uso responsable de las prestaciones y servicios públicos»; deber éste inherente a la misma prestación de la actividad del servicio público sanitario.

a adoptar las medidas limitadoras necesarias para terminar con la lesión o el peligro generado, como la misma LSPA concreta y declara en distintos preceptos en relación a ciertos supuestos de hecho o clases de medidas limitadoras (ex arts. 25.1, 69.1, 72.2c), 77.2, 78.1.a), 79...), que ya hemos visto o veremos próximamente. Así lo dispone: «No causar, voluntariamente o por negligencia grave, un peligro para la salud de otras personas».

b) El deber general de cumplir las medidas administrativas limitadoras sanitarias.

El apartad b) del artículo 18 también proclama un deber genérico –implícito, quizás, en el principio general de la autotutela administrativa y de la ejecutividad de los actos administrativos– que, sin duda, alcanza una especial relevancia en el ámbito de la actividad administrativa limitadora y, más aún, en la protectora de bienes jurídico-constitucionales como es la salud pública: «Respetar y cumplir las medidas establecidas por la autoridad sanitaria para la prevención de riesgos, la protección de la salud o la lucha contra las amenazas a la salud pública».

c) El deber general de colaborar con la Administración sanitaria tuteladora.

El apartado f) dispone el deber general de «cooperar con las autoridades sanitarias en la protección de la salud, la prevención de las enfermedades y las estrategias de promoción de la salud y la calidad de vida». El artículo 79 reitera ese deber de los ciudadanos («las instituciones y entidades privadas y los particulares»), especialmente en cuanto «sea necesario para la efectividad de las medidas adoptadas», y extiende a otros sujetos: los demás órganos, entidades y Administraciones públicas, «en el marco de sus competencias respectivas», de conformidad con los deberes y los principios generales de las relaciones interadministrativas dispuestos en el artículo 4 de la LRJPAC. Personas de Derecho privado y personas de Derecho público, pues, tienen el deber de colaborar con las autoridades sanitarias y *sus agentes*.

Un específico y relevante deber de colaboración es el deber de informar a la Administración sanitaria, tipificado en el artículo 80.1¹²²: «En el caso de que los titulares de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias detecten la existencia de *riesgos significativos* para la salud derivados de la actividad o de los productos respectivos, tienen la obligación de informar *inmediatamente* a la autoridad sanitaria correspondiente»¹²³. Además, el citado

¹²² El art. 9.2 de la LGSP recuerda que existen sujetos especialmente obligados por este deber de información sanitaria: «...Lo dispuesto en el apartado anterior se entiende sin perjuicio de las obligaciones de comunicación e información que las leyes imponen a los profesionales sanitarios.»

¹²³ Incluso, la norma impone el deber de «proceder a retirar, si procede, el producto del mercado o cesar la actividad de la manera que se determine por reglamento». Importante obligación legal, sin duda, cuyo contenido esencial, no obstante, lo determinará una norma de rango reglamentario, como reitera el apartado 2 para ambos deberes (informar y suspender actividad): «La Consejería con competencias en materia de salud establecerá los protocolos que regulen los procedimientos para informar a las autoridades competentes en la

artículo 18, en su apartado e), impone a los ciudadanos este deber referido al supuesto de un singular y cualificado riesgo sanitario (emergencia de salud pública), omitiendo sorprendentemente el requisito de inmediatez en la comunicación: «Poner en conocimiento de las autoridades sanitarias cualquier evento o situación que pueda constituir una emergencia de salud pública».

Y un segundo deber específico de cooperación lo dispone el artículo 79.2: la comparecencia en la sede de la Administración sanitaria: «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, será obligatoria la comparecencia de las personas en las dependencias públicas cuando ello sea *necesario* para la protección de la salud pública...»

B) La imposición de deberes por actos administrativos: las órdenes sanitarias.

Los artículos 78.1 y 83 de la LSPA prevén ciertas medidas administrativas limitadoras, acordadas por la Administración sanitaria imponiendo deberes u obligaciones específicas a los administrados destinatarios. El contenido de estos actos administrativos limitadores, así como el supuesto de hechos habilitante de estas órdenes administrativas, se dispone en ambas normas; pero poco más se establece en la LSPA sobre su respectivo régimen jurídico y menos aún sobre un régimen jurídico común¹²⁴.

En todo caso, se aprecia dos clases de órdenes administrativas sanitarias; órdenes generales o normales y órdenes especiales o extraordinarias. El artículo 78.1 contempla en su apartado b) determinadas medidas limitadoras de carácter excepcional y especial¹²⁵. El artículo 83 enuncia medidas limitadoras más generales.

a) Las medidas limitadoras generales: las llamadas medidas cautelares.

El artículo 83.1 de la LSPA prescribe que, «en el marco de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 2/1998, de 2 de junio, de Salud de Andalucía, las autoridades sanitarias competentes

materia, el contenido de la comunicación correspondiente y los criterios para la determinación de las medidas preventivas adecuadas.»

¹²⁴ Tan sólo el apartado 4 del art. 83 parece ser de aplicación a unas y otras medidas de policía sanitaria: «Estas medidas no tienen carácter de sanción y se mantendrán el plazo que exija la situación de riesgo que las justifique».

¹²⁵ Recuérdese, por otra parte, que su apartado a) se refiere, como vimos, a medidas limitadoras circunscritas a una actividad concreta (publicidad), pero no tienen la naturaleza extraordinaria o excepcional de las previstas en el apartado b). Y en cuanto a las medidas contempladas en su apartado c), unas –también ya examinadas– constituyen, más que medidas administrativas en sentido propio, medidas reglamentarias o normativas, y las otras previstas en el mismo apartado se refieren a otra modalidad singular de acción administrativa limitadora: la actividad de inspección sanitaria.

podrán adoptar, mediante resolución motivada, las medidas cautelares siguientes». Así, pues, el régimen general de estas medidas limitadoras sanitarias está previsto, primeramente, en el artículo 21 de la LSA, al que es preciso acudir en tanto prevea normas ausentes en el artículo 83 de la LSPA¹²⁶. El artículo 21.1 de la LSA dispone dos características de estas medidas limitadoras que merecen señalarse: una es su naturaleza jurídico-administrativa *stricto sensu*, esto es, medidas de la Administración sanitaria que adopta dictando actos administrativos y no mediante el ejercicio de su potestad reglamentaria; y dos es su carácter, finalidad y justificación «preventiva» o, dicho con los términos del artículo 83, «cautelar»¹²⁷.

Ciertamente, las medidas limitadoras preventivas enunciadas en el artículo 83.1 –y «cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente», según dispone su apartado f)– podrán acordarse por la Administración sanitaria «si existen indicios racionales de riesgo para

¹²⁶ En particular, destaca el supuesto de hecho habilitante de estas órdenes administrativas sanitarias, que es, sin duda, muy amplio («aquellas actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud»), por cuanto rige, en principio, para las medidas cautelares previstas en el art. 83.

¹²⁷ Precisamente por este carácter y fin preventivo, la delimitación conceptual de las medidas cautelares y las medidas provisionales continúa presentando demasiadas dudas, especialmente en la legislación de salud pública, como acertadamente subraya C. CIERCO SIERA: «Una figura que parte de un planteamiento claro y elemental (responder rápido y con pocas cortapisas), pero cuyos contornos son confusos, como ya anuncia, de entrada, la disparidad terminológica con la que se presentan: tan pronto llamadas cautelares como provisionales, especiales, preventivas o de salvaguarda...». Y añade: «...los límites entre las dos figuras se han vuelto cada vez más evanescentes e inapreciables. Tan es así que, de facto, parece ya haberse instalado en nuestra legislación una plena equiparación entre los términos de medida preventiva, provisional o cautelar, que se intercambian sin estridencias. Y no hay mejor prueba de ello que lo sucedido en el ámbito normativo que nos ocupa, toda vez que las medidas que la LGS califica de preventivas (ex art. 26) aparecen luego transformadas en el RSGP en medidas provisionales (ex art. 11). Esta asimilación, como decimos tan extendida, no resulta, a mi modo de ver, satisfactoria. Antes al contrario, acarrea disfunciones que trascienden la mera precisión terminológica. Es cierto que al ensanchar con tanta vastedad el campo de las medidas provisionales –en especial, por efecto de la reorientación teleológica aludida– se ha creado un recipiente en el que no parece difícil dar acomodo a las medidas preventivas, respetando su virtualidad operativa. Sin embargo, este recipiente no está en grado de cobijar toda su significación. Una parte importante tal vez sí, pero no toda; y ello, fundamentalmente, por una razón. Al trocar las medidas preventivas en provisionales se las está sujetando, sin darse cuenta, a una procedimentalización artificial que puede llegar a comprometer su proyección...». Y es este requisito general del previo procedimiento administrativo para la adopción de los actos administrativos (art. 105.c) CE y art. 53.1 de la LRJPAC), el fundamento del primer criterio delimitador que postula CIERCO: «...Por mucho que se tense la noción de medida provisional, esta categoría nunca podrá soltar amarras del procedimiento administrativo, que es, a fin de cuentas, el marco que le da su sentido último. Por este motivo, cuando se transforma en provisional una medida preventiva no queda más remedio que diseñar, al mismo tiempo, un procedimiento administrativo donde insertarla. Un procedimiento que, sin embargo, sólo va a servirle de carcasa y que ninguna ventaja aportará a la acción de la Administración. De entrada, obligará a seguir una secuencia de trámites que, así sea nimia, difícilmente se compadecerá con la urgencia que normalmente reclama la medida provisional. Pero además, la procedimentalización comporta inexorablemente la referencia a una resolución final que marca el norte de todas las actuaciones intercaladas, entre ellas, por supuesto, las medidas provisionales...»; y del segundo, amparado en el primero: «De ahí el significado de ciertas barreras inherentes a las medidas provisionales como causar perjuicios de difícil o imposible reparación (art. 72.3 de la LRJAP), que carecen por completo de sentido si se aplican a las medidas preventivas, únicamente supeditadas en cuanto a su contenido afectivo por el principio de proporcionalidad...». *Vid. Las medidas...*, op. cit., «Revista de Administración Pública» (RAP) núm. 175, enero-abril (2008), págs. 57 y 64-65.

la salud», ya sean riesgos directos o indirectos (ex artículo 21 LSA)¹²⁸. Y son acciones administrativas que afectan al libre ejercicio de la actividad causante del riesgo a la salud pública, ya derive el riesgo del mismo funcionamiento de la actividad o prestación del servicio, del estado de sus establecimientos e instalaciones o demás medios «materiales o personales», o de sus propios productos. En todo caso, la medida administrativa debe ser la apropiada para evitar el riesgo apreciado en cada circunstancia o supuesto, conforme a los principios y criterios generales de la actividad limitadora ya analizados.

Examinando básicamente el contenido de las medidas tipificadas en el artículo 83.1, la medida de menor incidencia o menor restricción parece ser la prevista en el último apartado («e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o la comercialización de productos y sustancias, y también del funcionamiento de instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que hace referencia esta ley»), puesto que, además, esta medida ha de adoptarse «con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas». En cambio, una intervención limitadora más acusada se aprecia en las medidas administrativas referidas en los apartados a) y d), es decir, respectivamente, «la inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias» y «la intervención de medios materiales o personales» *que tengan una repercusión extraordinaria* (artículo 21.2 de la LSA). Y mayor afectación y grado de limitación presentan tanto la medida de «suspensión del ejercicio de actividades» como la medida de «cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias», tipificadas respectivamente en los apartados c) y b) del artículo 83.1.

En cuanto al régimen común de estas medidas administrativas limitadoras, el elemento esencial es su duración, porque debe estar condicionada o mediatizada por su naturaleza de medida cautelar y su finalidad estrictamente preventiva. Por ello, el artículo 83.4 de la LSPA reproduce lo dispuesto en la norma básica equivalente¹²⁹, disponiendo que «se mantendrán el plazo que exija la situación de riesgo que las justifique».

Y un segundo elemento común se prevé en relación al procedimiento administrativo preciso para acordar estas medidas preventivas generales. El artículo 83.1 sólo dispone un

¹²⁸ El apartado 1 *in fine* especifica que «las medidas comprendidas en el presente apartado se podrán adoptar en aplicación del principio de precaución». La doctrina ya había advertido la aplicación de este principio en la adopción de las medidas preventivas o cautelares previstas en la legislación estatal. Así lo indicaba CIERCO SIERRA: «...Por un lado, no puede dejar de significarse el creciente protagonismo que la sospecha está adquiriendo en la protección de la salud colectiva, por obra en gran parte de la potente irrupción del principio de precaución. Quiere expresarse con ello que las medidas de salvaguarda podrán basarse no sólo en la detección de un riesgo cierto, sino también en una amenaza incierta. La LGS permite actuar así «en caso de que exista o se sospeche razonablemente...» (art. 26)...». *Vid. Las medidas,...* op. cit., «Revista de Administración Pública» (RAP) núm. 175, enero-abril (2008), pág. 68.

¹²⁹ El art. 54.3 de la LGSP así lo prescribe: «Las medidas se adoptarán... y su duración no excederá del tiempo exigido por la situación de riesgo que las motivó...»

preceptivo trámite de audiencia a los interesados¹³⁰ y una posterior comunicación interadministrativa «a las Consejerías que sean competentes por razón de la materia».

b) Las medidas limitadoras extraordinarias.

Lamentablemente, pese a la máxima incidencia que estas medidas administrativas sanitarias tienen sobre las actividades e, incluso, la misma libertad personal, de los ciudadanos, sobre ciertos derechos fundamentales en suma, la LSPA no ofrece una regulación mínimamente ordenada y segura. Por una parte, el artículo 83 dispone algunas reglas sobre ciertos especiales supuestos de hechos ante los que procedería adoptar singularmente las medidas cautelares referidas, remitiéndose también a la regulación estatal de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública¹³¹; por otra parte, el artículo 78 tipifica concretas medidas interventoras extraordinarias, disponiendo ciertas reglas singulares y también una remisión a la citada Ley Orgánica.

Así, las medidas limitadoras especiales previstas en la LSPA son las generales referidas en su artículo 83.1. Eso sí, su régimen jurídico es singular, puesto que se adoptan ante un supuesto de hecho habilitante singular –no íntegramente coincidente con el dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica 3/1986-¹³² y de una forma también muy especial. En efecto, estas medidas se adoptarán únicamente «en caso de riesgo *inminente* y *extraordinario* para la salud de la población» y sin «previa audiencia a las partes interesadas» (artículo 83.1, último párrafo): El presupuesto de hecho habilitante de estas medidas de policía sanitaria es, pues, la «urgencia» en la aparición del riesgo sanitario, debiendo ser, además, grave esa inminente afectación en la salud pública; en otras palabras, «se exige de esta forma que la situación a afrontar pueda ser calificada de amenaza, en el sentido de próxima en el tiempo, y, además, grave, por sus efectos sobre la salud» (CIERCO SIERA)¹³³. Se trata, pues, de una actividad

¹³⁰ El art. 83.2 dispone que «los gastos derivados de la adopción de medidas cautelares a que se refiere el apartado anterior serán a cargo de la persona o empresa responsable».

¹³¹ Regulación insuficiente y deficiente, como ya indicara relevantemente CIERCO SIERA: «...Dejando a un lado la pléyade de conceptos jurídicos indeterminados que pueblan el breve articulado de esta ley –compuesta de tan sólo cuatro artículos–, es lo cierto que sus carencias son alarmantes. Hasta el punto de que se silencia por completo nada menos que la garantía judicial que la CE impone para doblegar legítimamente ciertos derechos fundamentales. Sonada omisión que ha obligado a establecer parches en otras leyes como el que recoge el art. 8.6 de la LJCA...». Vid. *La necesaria...*, op. cit., Revista «Derecho y Salud», Volumen 17, Extraordinario XVII Congreso, 2008, pág. 27.

¹³² Este precepto exige para adoptar las medidas previstas en la Ley «razones sanitarias de urgencia o necesidad». En cambio, el art. 21.3 de la LSA sí asume la calificación jurídica de la Ley orgánica: «Las medidas previstas en el apartado 2 que se ordenen con carácter obligatorio, de urgencia o de necesidad, deberán adaptarse a los criterios expresados en el artículo 28 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y a la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública».

¹³³ «...Centrados, pues, en la salud pública, el quid no estriba en definir qué es la salud de la población y, por tanto, un riesgo sanitario colectivo, sino en esclarecer cuáles han de ser los requisitos que éste ha de reunir a los efectos de poder movilizar una medida de salvaguarda. Con arreglo a la LGS, el riesgo ha de ser inminente

administrativa de limitación *extrema*, la constituida por una coacción administrativa directa o inmediata, una resolución administrativa ejecutiva adoptable sin previo procedimiento administrativo, dada la inminencia y la gravedad de la lesión a la salud pública que se ha apreciado por la Administración sanitaria.

Y la segunda clase de medidas extraordinarias son las extraordinarias *stricto sensu*, las tipificadas en la referida Ley Orgánica. El contenido de gravamen o aflictivo de la medida interventora es máximo, porque afecta, no ya a los bienes y a la actividad del ciudadano, sino a su propia libertad ambulatoria y autonomía de la voluntad personal. Las medidas son, pues, reconducibles a los medios administrativos de compulsión sobre las personas.

La LSPA las prevé de dos formas. La primera mediante la remisión explícita a la regulación de la Ley 3/1986, esto es, contemplando medidas sanitarias excepcionales que pueden adoptarse en los únicos supuestos y en los estrictos términos dispuestos en la citada Ley 3/1986¹³⁴. La segunda se manifiesta en una explícita especificación y desarrollo de esas medidas estatales extraordinarias tipificadas genéricamente en los artículos 2 y 3 de la Ley Orgánica¹³⁵. El artículo 78.1.b) de la LSPA así las dispone: «...las medidas de reconocimiento médico, diagnóstico, tratamiento, cuidados, hospitalización o control cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de las personas a causa de una circunstancia concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones en que se desarrolle una actividad. También se podrán adoptar medidas para el control de las personas que estén o hayan estado en contacto con los enfermos. Estas medidas se adoptarán en el marco de la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública y demás normas concordantes,...». Pero añade: «si bien la Consejería con competencias en materia de salud podrá establecer pautas a seguir para el inicio y seguimiento de una hospitalización terapéutica obligatoria ante situaciones de personas diagnosticadas de una enfermedad transmisible que objetivamente suponga la existencia de un peligro para la salud de la población y en las

y extraordinario (ex art. 26)... Dos rasgos que han sido oportunamente destacados por la jurisprudencia en un buen número de asuntos. No han dudado así nuestros Tribunales en anular medidas de salvaguarda adoptadas al amparo de este precepto para encarar riesgos carentes de estas cualidades...». *Vid. Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres*, «Revista de Administración Pública» (RAP) núm. 175, enero-abril (2008), págs. 65 y 66.

¹³⁴ Las medidas previstas en el art. 83.3, por ejemplo, por cuanto el precepto remite íntegramente a lo establecido en la Ley Orgánica: «Cuando se produzca un riesgo para la salud pública derivado de la situación sanitaria de una persona o grupo de personas, las autoridades sanitarias competentes para garantizar la salud pública adoptarán las medidas necesarias para limitar esos riesgos, de las previstas en la legislación, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en Materia de Salud Pública».

¹³⁵ «Las autoridades sanitarias competentes podrán adoptar medidas de *reconocimiento, tratamiento, hospitalización o control* cuando se aprecien indicios racionales que permitan suponer la existencia de peligro para la salud de la población debido a la situación sanitaria concreta de una persona o grupo de personas o por las condiciones sanitarias en que se desarrolle una actividad.»

que se hayan descartado o hayan fracasado otras alternativas terapéuticas o preventivas que evitarían el contagio de otros individuos.»

V. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA SANCIONADORA

El Título VII de la LSPA se refiere al régimen sancionador, refiriéndose el Capítulo I a las infracciones y el Capítulo II a las sanciones administrativas.

1. Las infracciones administrativas y las responsabilidades derivadas de las infracciones.

A) La tipificación de las infracciones.

El artículo 103.1 de la LSPA contiene una genérica previsión del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora en materia de salud pública, reconociendo, en primer término, las infracciones que, afectando a este bien jurídico, están, sin embargo, tipificadas en las Leyes sanitarias estatales o autonómica¹³⁶; en segundo lugar, el precepto ya se refiere explícitamente a las infracciones «específicas o exclusivas» de salud pública –las tipificadas en la misma ley autonómica– reconociendo, además, la función complementaria en la tipificación de estas infracciones establecidas en la LSPA que, en virtud del artículo 129.3 de la LRJPAC, tienen genéricamente asignada los reglamentos ejecutivos de las leyes administrativas sancionadoras («...las infracciones contempladas en la presente ley y en las especificaciones que la desarrollen en el ejercicio de la potestad reglamentaria...»).

Examinando la forma de tipificación de las infracciones, interesa subrayar que los artículos 104, 105 y 106, tipifican, respectivamente, como infracciones leves, graves y muy graves, las acciones u omisiones ilegales expresamente descritas en los preceptos. Pero la calificación o clasificación jurídica de los tipos infractores enunciados se modula posteriormente en la misma LSPA, al disponer también una especial forma de tipificación de las infracciones graves y muy graves, tipificando como tales las infracciones de su respectiva menor gravedad en las que concurren alguno de los criterios legales que enuncia a continuación¹³⁷.

¹³⁶ «Sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, y la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía...». Es evidente que también es preciso tener en cuenta las infracciones de salud pública tipificadas en otras leyes administrativas sectoriales y, por supuesto, las establecidas en la estatal LGSP.

¹³⁷ El art. 105.2 así lo prescribe: «Las infracciones tipificadas como leves podrán calificarse de graves en función de la aplicación de los siguientes criterios: a) Nivel de riesgo para la salud pública. b) Cuantía del eventual beneficio obtenido. c) Grado de intencionalidad. d) Gravedad de la alteración sanitaria y social producida y de la afectación de los derechos de la ciudadanía. e) Generalización de la infracción y reincidencia». Y la misma técnica tipificadora se dispone en el art. 106.2 para las infracciones muy graves: «Las infracciones tipificadas como graves podrán calificarse como muy graves cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en

B) Las responsabilidades sancionadoras y no sancionadoras.

El artículo 103.1 de la LSPA se refiere, no sólo a la responsabilidad administrativa sancionadora del presunto responsable de la infracción administrativa sanitaria, sino también a las demás responsabilidades que, en su caso, pueden derivarse de la comisión de la infracción administrativa. No dispone regulación alguna, cierto es, pero las cita: «..las infracciones contempladas en la presente ley...serán objeto de sanción administrativa,..., sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden que puedan concurrir».

De esta forma, por un lado, este precepto legal admite implícitamente la responsabilidad administrativa de resarcimiento y reparación de los efectos ocasionados con la infracción. El infractor sancionado debe restituir o reponer la situación en el estado anterior a la comisión de la infracción y, por tanto, reparar o indemnizar los daños y perjuicios ocasionados con la infracción. Se trata de dos deberes distintos, dos responsabilidades administrativas diferentes, basadas ambas en la responsabilidad sancionadora del infractor: el deber de «restablecer la legalidad» alterada reponiendo la situación anterior a la comisión de la infracción y el deber de indemnizar daños y perjuicios, esto es, una responsabilidad patrimonial «civil» derivada de la comisión del ilícito administrativo, una responsabilidad que podrá declararse en la misma resolución administrativa sancionadora de conformidad con el artículo 130.2 de la LRJPAC.

En cuanto a las responsabilidades sancionadoras, el artículo 103.1 prevé, además de la responsabilidad administrativa sancionadora sanitaria y la referida responsabilidad civil o patrimonial, la concurrencia de responsabilidades «penales o de otro orden que puedan concurrir». Pero esta previsión normativa ha de interpretarse con lo dispuesto en el mismo apartado 2 del artículo 103, que impide la «doble sanción» por la misma infracción: «De conformidad con lo previsto en el artículo 133 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados, penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujetos, hecho y fundamento». Por ello, el artículo 109.5 de la LSPA dispone explícitamente que «La Administración de la Junta de Andalucía no iniciará procedimiento contra el mismo sujeto a quien se estuviese tramitando un procedimiento sancionador por la Administración municipal si concurren los mismos hechos y fundamento jurídico».

2. Los sujetos responsables de las infracciones.

El artículo 103.3 de la LSPA prevé varios sujetos responsables de la comisión de las infracciones administrativas y también distintas clases de responsabilidades administrativas

el apartado 2 del artículo anterior de esta ley, salvo que esta concurrencia haya determinado su tipificación como grave».

sancionadoras: «Son sujetos responsables de las infracciones en materia de salud pública las personas físicas o jurídicas que, por acción u omisión, hubiesen participado en aquellas mediando dolo, culpa o negligencia».

En primer lugar, el precepto admite una responsabilidad administrativa sancionadora de las personas jurídicas, esto es, una responsabilidad sancionadora directa o personal de la propia persona jurídica, también exigible, con carácter general, en virtud del artículo 130.1 de la LRJPAC. Ahora bien, mediando una infracción administrativa imputable, en condición de autor, a una persona física dependiente de una persona jurídica –y, por tanto, no ser una infracción administrativa específicamente tipificada y referida a las personas jurídicas– la responsabilidad sancionadora personal de la persona jurídica sólo podrá ser exigible por incumplimiento de su deber legal de prevenir «vigilando» la comisión de esa infracción, esto es, sólo mediando su culpa *in vigilando*. Es más, esta responsabilidad sancionadora de la persona jurídica podrá declararse cuando el autor material sea su representante legal, su administrador o desempeñe funciones directivas o rectoras de la entidad, pero no cuando sea sólo un mero empleado de la persona jurídica; ello debe ser así, no sólo porque parece dudoso extender la responsabilidad sancionadora de la entidad por culpa *in vigilando* ante las infracciones cometidas por cualquiera de sus empleados al no resultar exigible legalmente el mismo deber de vigilancia sobre todos ellos sin valoración de sus respectivas funciones en el seno de la entidad, sino porque respondiendo así la persona jurídica por las infracciones cometidas por sus representantes legales está respondiendo en cierta medida por sus propios actos, en virtud de la imputación de la voluntad y actuación de los órganos y las personas físicas que expresan o manifiestan la propia voluntad social de la persona jurídica.

En segundo lugar, el artículo 103.3 admite explícitamente distintos grados de participación en la comisión de la infracción y, por tanto, las respectivas responsabilidades administrativas sancionadas de las personas participantes. En efecto, cuando la norma declara la responsabilidad de las «personas físicas o jurídicas» que, por acción u omisión, «hubiesen participado» en las infracciones está admitiendo, no sólo la responsabilidad sancionadora de quienes sean autores materiales o autores en sentido estricto, sino también de quienes incurran en otros grados de participación en la infracción administrativa cometida (cómplices o cooperadores).

3. Las sanciones administrativas.

El artículo 107.1 de la LSPA establece las sanciones principales previstas para cada clase de infracciones administrativas (leves, graves y muy graves): las sanciones pecuniarias (multas), disponiendo una cuantía mínima y una máxima para cada clase¹³⁸. En cambio,

¹³⁸ «1. Las infracciones señaladas en esta ley serán objeto de las siguientes sanciones: a) Infracciones leves: hasta 3.000 euros. b) Infracciones graves: desde 3.001 hasta 15.000 euros. c) Infracciones muy graves: desde

el apartado 3 del artículo 107 sólo tipifica una única sanción administrativa accesoria o adicional (el cierre temporal –por un plazo máximo de cinco años– del establecimiento o servicio¹³⁹) y sólo la admite para las infracciones muy graves¹⁴⁰.

De esta forma, el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, en atención a las circunstancias concretas concurrentes (las llamadas circunstancias agravantes o atenuantes, tipificadas genéricamente en el artículo 131.3 de la LRJPAC), rige tanto en la determinación de las sanciones principales como en la imposición de la sanción accesoria del cierre. Así, la discrecionalidad administrativa en la determinación del contenido de cada sanción –que está ya limitada en la misma LSPA por la respectiva cuantía mínima y máxima de las sanciones pecuniarias establecida en el artículo 107.1 (y por el plazo de duración máxima establecido en el artículo 107.3¹⁴¹) se limita con este Principio general del Derecho que exige la motivación o justificación explícita del importe concreto impuesto de sanción pecuniaria en las específicas circunstancias concurrentes en la comisión de la infracción. ...».

4. El procedimiento administrativo sancionador.

El mismo artículo 103.1 de la LSPA ya establece como requisito del ejercicio de la potestad administrativa sancionadora el previo expediente administrativo, reiterándose más específicamente en el artículo 110.1 («solamente podrán imponerse sanciones previa tramitación del correspondiente procedimiento»), por lo que incurrirá en nulidad absoluta toda sanción impuesta sin el previo procedimiento administrativo sancionador conforme dispone el artículo 62.1.e) de la LRJPAC.

Pero la LSPA no regula un procedimiento sancionador especial para sancionar las infracciones de salud pública. Tan sólo establece algunos preceptos relativos a concretos trámites del

15.001 hasta 600.000 euros, pudiendo rebasar esta cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de infracción». Merece resaltarse la dual limitación de la cuantía máxima que dispone el apartado c) para las infracciones muy graves, así como la expresa habilitación legal que contiene el apartado 2 para actualizar «periódicamente» las cuantías por Decreto del Consejo de Gobierno.

¹³⁹ Como ha subrayado REBOLLO PUIG, el Tribunal Constitucional ha rechazado que las CC AA tipifiquen la sanción de cierre definitivo (SSTC 87/1985, de 16 de julio, y 136/1991, de 20 de junio). *Vid.* «Salud pública y alimentación. Potestad sancionadora», en la obra colectiva *Diccionario de sanciones administrativas*, dirigida por B. Lozano Cutanda, Iustel, 2010, págs. 978-979 y 985.

¹⁴⁰ No prevé, a semejanza de la LGS (art. 36), otras clases de sanciones no pecuniarias como son, por ejemplo, el decomiso de productos, la suspensión del ejercicio de la actividad o la revocación de las autorizaciones sanitarias, por lo que, en su caso, sólo podrían acordarse como medidas cautelares (art. 83 de la LSPA) o medidas provisionales del procedimiento administrativo sancionador (art. 108 de la LSPA).

¹⁴¹ Obsérvese que tampoco la LSPA dispone criterio o circunstancia agravante alguna para la imposición de esta sanción complementaria. Por ello, es preceptiva la presencia y la aplicación del principio de proporcionalidad en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, y, por tanto, este principio demanda que sólo se imponga la sanción accesoria cuando se haya impuesto la sanción principal en su cuantía máxima.

procedimiento sancionador, como veremos. No ha de extrañar, pues, que el propio artículo 110.2 de la LSPA remita a la regulación general del procedimiento administrativo sancionador¹⁴², rigiendo así lo dispuesto en el Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora (RPS).

A) *Los órganos competentes.*

En cuanto a los órganos administrativos competentes para incoar, instruir y resolver el procedimiento sancionador, sorprende que el artículo 109 de la LSPA no atribuya competencias entre los órganos administrativos de la misma Consejería de salud o sanidad¹⁴³. Es preciso, por tanto, aplicar primeramente lo dispuesto en la LSA, por cuanto su artículo 27.2 atribuye la competencia al titular de la Consejería de Salud para imponer multas inferiores a cierto importe y al Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía para las multas de importes superiores. Pero, en segundo término, es obligado aplicar las normas reglamentarias atributivas de competencias que, en virtud de la habilitación legal contenida en el artículo 27.3 de la LSA, se contienen en el Decreto 20/2005, de 25 de enero, por el que se desconcentran las competencias sancionadoras y se regulan determinados aspectos del procedimiento sancionador en materia de salud.

En efecto, es esta norma reglamentaria la atributiva de las competencias para incoar y resolver los procedimientos sancionadores sanitarios, desconcentrando la originaria y dual atribución orgánica competencial realizada por el artículo 27.2 de la LSA. De esta forma, no hay un único órgano administrativo sancionador, y tampoco hay un único órgano incoador de los procedimientos sancionadores en salud pública¹⁴⁴. El artículo 3 del Decreto atribuye la competencia a varios órganos (Delegación Provincial, Dirección General de Salud Pública y Participación, titular de la Consejería y Consejo de Gobierno), en función de la cuantía de la sanción que corresponda imponer; y el artículo 2 del citado Decreto atribuye la competente para iniciar el procedimiento, bien al titular de la Delegación Provincial de la provincia andaluza donde se hubiera cometido la presunta infracción o donde radique

¹⁴² «El procedimiento sancionador en materia de salud pública se ajustará a las disposiciones legales sobre el procedimiento administrativo y a las normas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora».

¹⁴³ Por contrario, su apartado 2 remite a la normativa de régimen local («Los órganos municipales competentes para iniciar, instruir o resolver los procedimientos sancionadores se determinarán conforme a la legislación de régimen local y a sus propias normas de organización»), a diferencia de lo dispuesto en el art. 27.2 de la LSA que expresamente atribuye al Alcalde la competencia sancionadora para imponer multas «hasta 2.500.000 pesetas».

¹⁴⁴ Interesa señalar que el Decreto 20/2005 no establece norma alguna sobre los órganos competentes para instruir los procedimientos sancionadores. En todo caso, es preciso recordar que en todo procedimiento administrativo sancionador deben ser dos –al menos– los órganos administrativos que intervengan, por imperativo del art. 134.2 de la LRJPAC: el órgano instructor o tramitador del procedimiento y el órgano competente para resolverlo. La LSA (art. 27.2) sólo se refiere a los órganos competentes para resolverlo, los llamados órganos sancionadores, y el Decreto 20/2005 (arts. 2 y 3) establece la competencia de los órganos incoadores del procedimiento, que, en su caso, actuarían también como órganos instructores.

el domicilio del presunto responsable, o bien, al titular de la Dirección General de Salud Pública y Participación o de la Dirección General de Calidad, Investigación y Gestión del Conocimiento, cuando el domicilio radicara fuera de la CC AA y/o la presunta infracción se hubiera cometido en varias provincias andaluzas. La única competencia sancionadora que atribuye la LSPA ¹⁴⁵ es la dispuesta en el artículo 107.3 para la sanción accesoria no pecuniaria del cierre temporal: «Sin perjuicio de la sanción económica que pudiera corresponder, en los supuestos de infracciones muy graves se podrá acordar por el Consejo de Gobierno el cierre temporal de los establecimientos o servicios...»

B) Los trámites y los plazos.

a) La acción administrativa sancionadora y la prescripción de las infracciones.

El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio por el órgano administrativo competente en cada caso; sólo este órgano podrá decidir iniciar el procedimiento sancionador, o no iniciarlo. Y además, ha de incoarlo para evitar la prescripción de la infracción, puesto que las infracciones administrativas de salud pública no pueden ser sancionadas siempre, sino que tienen un plazo para ser sancionadas, plazo que difiere según la calificación de la infracción en los términos dispuestos en el artículo 111.1 de la LSPA: «Las infracciones calificadas como leves por la presente ley prescribirán al año, las calificadas como graves a los dos años y las calificadas como muy graves a los cinco años». Así, transcurrido el plazo de prescripción de la infracción (que «se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción»: artículo 111.1), la Administración sanitaria no puede exigir responsabilidad sancionadora, pues ésta se ha extinguido con el transcurso de ese plazo y, por tanto, no solo no puede imponer sanción, sino que tampoco puede iniciar el procedimiento sancionador¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Sorprende también la ausencia de norma atributiva competencial cuando la Administración de la Junta de Andalucía, en virtud de lo previsto en el art. 27.4 de la LSA, ha de ejercer subsidiariamente la potestad sancionadora cuya competencia está atribuida al municipio y, en concreto, al Alcalde. El procedimiento de este ejercicio subsidiario de la potestad sancionadora está previsto en el art. 5 del Decreto 20/2005.

¹⁴⁶ Incluso, aun cuando la infracción no hubiera prescrito, la LSPA prohíbe a la Administración sanitaria ejercer la potestad sancionadora en otro supuesto: caducidad de la acción administrativa sancionadora. Así lo dispone el art. 111.2: «La acción para perseguir las infracciones caducará cuando, conocida por la Administración la existencia de una infracción y finalizadas, en su caso, las diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos, hubiera transcurrido un año sin que la autoridad competente hubiera ordenado incoar el oportuno procedimiento». De esta forma, el legislador andaluz, por un lado, confirma que las llamadas actuaciones administrativas previas o «información previa» – las «diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos»– que facultativamente podrá acordar el órgano administrativo, previamente a la, en su caso, incoación del procedimiento sancionador precisamente con la finalidad esencial de conocer mejor las concretas circunstancias y así poder constatar la conveniencia o no de iniciar el procedimiento sancionador, no interrumpen el plazo de prescripción («El plazo de prescripción...se interrumpirá desde la adopción y notificación del acuerdo de inicio del procedimiento sancionador a la persona interesada»: art. 111.1); y, por otro lado, dispone un implícito y adicional «segundo plazo de prescripción» de un año para las infracciones graves y muy graves (las leves prescriben al año), computable desde ¿el conocimiento administrativo de la infracción? ¿la finalización de las diligencias previas? o ¿el inicio de estas actuaciones previas?

b) Las medidas provisionales.

Dictado el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador por el órgano administrativo incoador, «el órgano competente para resolver podrá adoptar, mediante acuerdo motivado, como medidas provisionales para asegurar el cumplimiento de la resolución que pudiera recaer y, en todo caso, para asegurar el cumplimiento de la legalidad y salvaguardia de la salud pública, entre otras, las siguientes: a) La suspensión total o parcial de la actividad. b) La clausura de centros, servicios, establecimientos o instalaciones. c) La exigencia de fianza» (artículo 108.1 de la LSPA). Éste es el único trámite del procedimiento sancionador que regula la LSPA: las llamadas medidas administrativas provisionales, previstas genéricamente en los artículos 72.1 y 136 de la LRJPAC.

Ahora bien, el artículo 108.2 también prevé una modalidad de estas medidas preventivas o cautelares en ejercicio de la potestad administrativa sancionadora: las dictadas por el órgano incoador o el órgano instructor «cuando concurren razones de urgencia inaplazable». Son medidas cautelares y de urgencia, pero no parece que, además, sean «medidas administrativas provisionales» acordables antes de incoarse el procedimiento sancionador al amparo de lo dispuesto en el artículo 72.2 de la LRJPAC, puesto que el artículo 108.2 de la LSPA no las contempla expresamente con carácter previo a la incoación del procedimiento administrativo sancionador; y es precisa esa explícita previsión legal dado el carácter excepcional de estas medidas limitadoras y la propia previsión general del artículo 72.2 de la LRJPAC («...el órgano competente, ...podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos *expresamente* por una norma de rango de Ley...»)¹⁴⁷.

c) El plazo máximo de resolución y notificación.

Dictado el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador por el órgano administrativo competente, se inicia el plazo máximo de duración del procedimiento sancionador (seis meses, si es infracción leve, y nueve meses, si es infracción grave o muy grave: artículo 110.3 de la LSPA)¹⁴⁸, pues en caso contrario se produce la llamada caducidad del procedimiento sancionador.

¹⁴⁷ Distintas son las medidas preventivas previstas en el art. 4 del Decreto 20/2005, por cuanto, más que medidas provisionales del procedimiento sancionador, son, bien medidas provisionales previas a la incoación del procedimiento sancionador (las previstas en el apartado 1: «El titular de cada Delegación Provincial de la Consejería de Salud, en el ámbito territorial de la misma, será competente para adoptar las medidas a las que se refiere el artículo 29 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía»), o bien medidas administrativas cautelares previstas específicamente en el art. 83 de la LSPA (las establecidas en el apartado 2: «Asimismo, corresponde al personal que lleve a cabo funciones de inspección la adopción de las medidas a las que hace referencia el artículo 21.2 de la citada Ley de Salud de Andalucía. En tales supuestos, dicho personal habrá de dar cuenta inmediata de las actuaciones realizadas al titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Salud, que deberá ratificar o no dichas actuaciones en un plazo máximo de 48 horas desde que las mismas fueron adoptadas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 23.1 d) de la referida Ley»).

¹⁴⁸ El plazo máximo debe suspenderse (y luego reanudarse donde se suspendió) cuando concurren, bien las circunstancias previstas en el art. 42.5 de la LRJPAC, bien cuando el procedimiento sancionador se haya paralizado

BIBLIOGRAFÍA

AGUADO I CUDOLÀ, V., y PRADO PÉREZ, R., «Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del Estado del bienestar», *RVAP* núm. especial 99-100, Mayo-Diciembre 2014, Demetrio Loperena Rota In memoriam.

BEATO ESPEJO, M, «Derechos de los usuarios del sistema sanitario a los diez años de la aprobación de la Ley General de Sanidad», *RAP* núm. 141, septiembre-diciembre 1996.

BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «La incidencia de la actividad administrativa sanitaria en los derechos y libertades fundamentales de las personas», *RVAP* núm. 6, 1983.

CANTERO MARTÍNEZ, J., «La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud», *RVAP* núm. 80, 2008.

CIERCO SEIRA, C., «Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres», *RAP* núm. 175, enero-abril 2008,

CIERCO SEIRA, C., «La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública, *Revista Derecho y Salud*, Volumen 17, Extraordinario XVII Congreso, 2008.

CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

COBREROS MENDAZONA, E, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud. Estudio sistemático de los ordenamientos italiano y español*, IVAP, Oñati, 1988.

MENÉNDEZ REXACH, A., «El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas», *Revista Derecho y Salud*, Volumen 11, Mayo 2003.

MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. de, «El paradigma de la autonomía en salud pública ¿una contradicción o un fracaso anticipado?: el caso concreto de la política de vacunación», *Revista Derecho y Salud*, Volumen 24. Extraordinario XXIII Congreso 2014.

PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración Sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

REBOLLO PUIG, M., «Sanidad preventiva y salud publica en el marco de la actual Administración sanitaria española», *REALA* núm. 239, 1988.

«por causa imputable al interesado» (art. 44.2 de la LRJPAC), o bien cuando esté instruyéndose un proceso penal (o sancionador por la Unión Europea) por los mismos hechos (arts. 7.2 y 5.2 del RPS).

REBOLLO PUIG, M., «Salud pública y alimentación. Potestad sancionadora», en la obra colectiva *Diccionario de sanciones administrativas*, dirigida por B. Lozano Cutanda, Iustel, 2010.

REBOLLO PUIG, M., «La actividad de limitación», en la obra colectiva *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo. Tomo III. La actividad de la Administración pública. Volumen II. El contenido*, coordinada por T. Cano Campos, ed. Iustel, Madrid, 2009.

REBOLLO PUIG, M, e IZQUIERDO CARRASCO, M., «El principio de precaución y la defensa de los consumidores», *Documentación Administrativa* núm. 265-266, 2003.

TOLIVAR ALAS, L., «Derechos de pacientes y usuarios y gestión privada de servicios sanitarios: la garantía del tratamiento común», en la obra colectiva *Gestión privada de la salud pública*, Leopoldo Tolivar Alas (Director), Editorial Académica Española, Leipzig, 2012.

VILLALBA PÉREZ, F., «El modelo español de asistencia sanitaria transfronteriza. Real Decreto 8/2014, de 7 de febrero», *RAAP* núm. 89, mayo-agosto 2014.

Capítulo II. LA GOBERNANZA EN SALUD PÚBLICA EN ANDALUCÍA: PRESTACIONES, RECURSOS E INVESTIGACIÓN

María Luisa Gómez Jiménez

INTRODUCCIÓN

Los principios que rigen la actuación de las Administraciones Públicas, han sido objeto de análisis constitucional y administrativo en su proyección en las distintas ramas del ordenamiento jurídico. De ellos, uno destaca especialmente respecto de la actuación de las Administraciones Públicas sanitarias nos referimos al principio de Coordinación Administrativa. Este enunciado de manera específica en el artículo 103 de la Constitución, refleja la configuración del ordenamiento jurídico como sistema en general y del ordenamiento sanitario como sistema en particular.

Pues bien este principio alcanzó significativa interpretación constitucional en la Sentencia 32/83, sobre la necesidad de coordinación interadministrativa y la interpretación del principio en el ámbito sanitario. Poco se incorporaba entonces en la normativa y jurisprudencia constitucional sobre la noción de gobernanza y si sobre la función de Gobierno y de las competencias de éste en tanto que dirige a la Administración Civil del Estado y de las Comunidades Autónomas. (Artículo 97 de la Constitución).

El Título II de la Ley de Salud Pública¹ se ocupa de las políticas de Gobernanza y lo hace desde las premisas de la salud pública entendida en el contexto internacional, nacional

¹ La definición de Salud Pública puede verse en la Ley estatal básica, 33/2011, de 4 de octubre al decir: «La salud pública es el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación

y local. Así en los cinco capítulos que componen el título se abordan las cuestiones de coordinación interadministrativa desde la noción de salud global, prestando especial atención a las políticas de salud pública como políticas transversales, o la salud como política transversal.

En este capítulo analizaremos los contenidos del Título II de la Ley en la necesidad de orientar las características de qué sea o deba ser la gobernanza de la Salud Pública en Andalucía.

I. LA SALUD PÚBLICA EN LA SOCIEDAD GLOBAL

Llama poderosamente la atención el título que el capítulo I del título II de la Ley incorpora en el examen de la Gobernanza de las Políticas Públicas de Salud, al incorporar una proyección internacional de la atención sanitaria que no puede ser desconocida toda vez que como sabemos las enfermedades no conocen fronteras. Así señala el artículo 35² el reconocimiento del principio de colaboración, que se debe enmarcar en la actividad de cooperación general del Estado Español y por tanto en el sentir del artículo 103³ de la Constitución, respecto del entendimiento de la coordinación interadministrativa. Pues la colaboración o cooperación como principio si bien no está enunciado como tal en el precepto, se desprende del espíritu de lealtad constitucional⁴, y es el prius lógico y ontológico de los demás principios constitucionales⁵.

Además, la intervención en materia de salud pública implica la necesaria coordinación interadministrativa que se proyecta en el ámbito internacional, pues las enfermedades no conocen fronteras y exigen un protocolo de actuación que permita la prevención de enfermedades y la actuación en caso de epidemias o estrategias globales en materia de sanidad. Es por ello, que la Ley recoge en el artículo 36, la proyección de salud pública de la Comunidad Autónoma en el contexto internacional e integra en el mismo, las referencias

de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales».

² «En el marco de la política de cooperación general del Estado español, se reconoce en Andalucía el principio de colaboración para la salud global y la participación en la acción colectiva internacional, que comprenderá el esfuerzo sistemático para la salud de la comunidad global y la organización de respuestas entre los miembros de esta comunidad para afrontar dichas necesidades, incluyendo la formulación de políticas, la movilización de recursos y la implantación de estrategias»

³ Reflejaría el Prof. Martín Rebollo con acierto

⁴ STC 32/83, sobre coordinación interadministrativa en relación al sistema de Salud y los principios constitucionales en el ámbito del sistema de Salud.

⁵ STC 32/83,

correspondientes a la cooperación internacional con otros países en el marco del artículo 38.1 de la Ley General de Sanidad⁶.

Además la Ley de Salud Pública viene a contemplar también previsiones respecto de la adecuada prestación de salud pública a las comunidades y ciudadanía andaluzas asentadas en el exterior. Esto es, la proyección de las disposiciones normativas autonómicas deben alcanzar por la vía del acuerdo y la cooperación internacional a la implementación de políticas públicas de salud a andaluces en el exterior, no señala la norma, sin embargo, con precisión el ámbito material de dicha proyección normativas, pues en puridad pareciera ser de aplicación a residentes y a no residentes en el extranjero. En este sentido, la reciprocidad⁷ que ampara el contenido del artículo 13 de la Constitución respecto de la calificación del régimen aplicable a los extranjeros en España y a los españoles fuera de España, resulta de especial interés⁸.

⁶ 1. La Administración de la Junta de Andalucía, a través de la Consejería competente en materia de coordinación de la cooperación internacional para el desarrollo, llevará a cabo actividades de cooperación con otros países e instituciones sanitarias internacionales con el objetivo de mejorar la salud de la población, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 38.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril (RCL 1986, 1316), General de Sanidad.

⁷ Sobre el principio de reciprocidad puede verse: VACAS FERNÁNDEZ, Félix: «El principio de reciprocidad como condición del reconocimiento del derecho al sufragio de extranjeros en las elecciones municipales en España y sus implicaciones desde el Derecho Internacional», en *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería* núm. 20, 2009. Madrid. Con las críticas que puedan introducirse al mismo desde la perspectiva de los derechos humanos, en CERIANI CERNADAS, Pablo: «Los Derechos Políticos de los extranjeros en España desde un enfoque de derechos Humanos. La ilegitimidad del principio de reciprocidad», en *La Igualdad en los derechos, clave de la integración*, coordinado por Francisco Javier Lucas Martín, y Ángeles Solanes Corella. Págs. 481-520.

⁸ En este contexto resulta de interés la consulta de la Sentencia del Tribunal Constitucional 95/2000, de 10 de abril, en relación a la configuración del Derecho a la Asistencia Sanitaria, como expone el órgano jurisdiccional en el Fundamento Jurídico núm. 2 y 3 de la Sentencia, respecto de la vulneración del artículo 24 de la constitución:

«La jurisprudencia de este Tribunal ha venido definiendo el alcance de la proyección del principio de igualdad y no discriminación sobre los derechos y libertades de los extranjeros, a los que se refiere el art. 13.1 CE, al establecer que gozarán en España de las libertades públicas garantizadas en el Título I, si bien en los términos que establezcan los Tratados y la Ley. Desde nuestra STC 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984, 107), hemos mantenido que ni la expresión misma de libertades públicas ha de interpretarse en sentido restrictivo, ni tal remisión supone que se haya querido desconstitucionalizar la posición jurídica de los extranjeros relativa a ellas, sino que supone, únicamente, el reconocimiento de éstas con arreglo a su configuración legal. Y así, como declaramos en dicha Sentencia y hemos reiterado en las SSTC 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985, 99), y 130/1995, de 11 de septiembre (RTC 1995, 130), los extranjeros gozan en nuestro país, en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (art. 10.1 CE); por contra, no es posible el acceso a otro tipo de derechos (como los reconocidos en el art. 23 CE, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene) y, finalmente, existe un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales. Pues bien, en lo que se refiere al supuesto que nos ocupa, preciso es advertir que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya

La configuración del Principio de Reciprocidad⁹ como principio de configuración legal, implica por tanto la conveniencia de considerar una aplicación en diferido de los derechos y deberes en situaciones similares con carácter simultáneo o consecutivo. Su proyección en el ámbito del Derecho internacional, y respecto del ejercicio de derechos y garantías implica la coexistencia de dos voluntades expresadas en la forma de un cumplimiento simultáneo de las obligaciones. Así, por ejemplo en el caso de la asistencia sanitaria transfronteriza, la transposición de la Directiva 2011/24/UE¹⁰ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, operada a través de RD 81/2014, de 7 de febrero¹¹ que establece normas para garantizar la asistencia sanitaria transfronteriza y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre receta médica y ordenes de dispensación. Pues bien en dicha norma, se prevén medidas de reembolso económico de los gastos por asistencia sanitaria y se recuerda en la Exposición de Motivos de la norma:

«El reembolso de los gastos se limita a la asistencia sanitaria establecida en la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud y, en su caso, la cartera complementaria de la Comunidad Autónoma correspondiente. Como es lógico,

mencionada del art. 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes. Así se desprende también de la regulación vigente a la fecha de los hechos (art. 4 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio [RCL 1985, 1591 y ApNDL 5093], sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España) y del actual art. 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero (RCL 2000, 72 y 209), a cuyo tenor «los extranjeros gozarán en España, en igualdad de condiciones que los españoles, de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución y en sus leyes de desarrollo, en los términos establecidos en esta Ley Orgánica». En el mismo sentido cabe citar los arts. 8 y 9 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero (RCL 1996, 630 y 1185), en desarrollo de la anterior Ley Orgánica de 1985, y que sustituyó al anterior Real Decreto 1119/1986, de 26 de mayo (RCL 1986, 1899 y 2401), norma aplicable en el momento en el que el recurrente solicitó el derecho denegado». Además debe tenerse en cuenta la afección que sobre la configuración del derecho a la asistencia sanitaria se ha realizado con la aprobación del Real Decreto 16/2012, de 20 de abril (RCL de 24 de abril), de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, y mejora la calidad de las prestaciones, que excluyó a las personas inmigrantes del acceso a la Sanidad pública y que tan duramente criticado ha sido por el Gobierno Andaluz. Comunidad en la que se han realizado esfuerzos para defender la necesaria atención de la asistencia sanitaria a los inmigrantes, al introducir un documento de reconocimiento temporal de asistencia, emitido en los distritos de atención primaria y que permite el acceso al sistema sanitario público en la Comunidad Autónoma. Así, según fuentes de la propia Consejería en 2014, las atenciones a estas personas sólo han supuesto el 0,18% de las consultas de Medicina de Familia, el 0,49% de las urgencias hospitalarias y el 1,1% de los partos. Algunas valoraciones sobre las medidas y su repercusión mediática pueden verse en: (http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/portada/Noticia29337?perfil=ciud&idioma=es&tema=/temas_es/&contenido=/channels/portada/Noticia29337).

⁹ Son muchos los estudios que desde diferente disciplinas se han ocupado del principio de reciprocidad, así por ejemplo Shing I – LIU, «El principio de la reciprocidad y la globalización desde la perspectiva de la regla de oro», en *Persona y Derecho*, 60 (2009), págs.19-27; Bueno Arús, «El principio de reciprocidad en la extradición y en la legislación española», en *Anuario de derecho Penal y ciencias penales BOE 1984*.

¹⁰ (LCEur 2011, 475)

¹¹ (BOE de 8 de febrero de 2014, con rectificaciones publicadas en el BOE de 17 de abril de 2014).

se exigen las mismas condiciones y trámites que se impondrían si la asistencia sanitaria se prestase en territorio nacional por los correspondientes servicios sanitarios asignados».

Medidas que exigen de la aplicación de una cooperación interadministrativa aplicable por lo demás también en el ámbito de la norma al reconocimiento de recetas¹², las redes europeas de referencia, las enfermedades raras, la sanidad electrónica, y la evaluación de las tecnologías sanitarias.

Además, como la propia norma indica, las Comunidades Autónomas encuentran en su implementación un reto pues deben desde la sanidad pública «en cualquier caso respetar los valores esenciales de universalidad, acceso a una atención sanitaria de elevada calidad, equidad y solidaridad, para los pacientes y ciudadanos con independencia de su Estado miembro de afiliación¹³». En este contexto, el Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma Andaluza deberá «hacer frente, por un lado, al posible incremento de pacientes provenientes de otros Estados miembros y, por otro, habrán de rembolsar los gastos de los afiliados que decidan ser atendidos en otro Estado de la Unión¹⁴».

Así, la proyección internacional en materia sanitaria, deriva no ya sólo de la implementación de las políticas europeas y la correspondiente transposición de directivas comunitarias al respecto sino que debe enmarcarse también en la estrategia de acción exterior en materia de Salud¹⁵. Acción exterior que se ha dibujado tempranamente en la Comunidad Autónoma desde la aprobación en 1991 del Decreto 122/91, de 18 de junio, que creó la Comisión de Asuntos Comunitarios, para garantizar la coordinación de las actuaciones de la Junta de Andalucía en las materias derivadas de la pertenencia a las Comunidades Europeas. Posteriormente en 1995, la Comisión pasó a denominarse, por Decreto 61/95, de 14 de marzo, Comisión de Asuntos Europeos y Cooperación Exterior, y se modificaron

¹² No se olvide en este sentido que el RD 81/2014, vino en este sentido a introducir modificaciones en el texto del RD 1718/2010, de 17 de diciembre en torno a la recetas médicas y las órdenes de dispensación, en la Disposición final 1 del Decreto 81/2014.

¹³ Exposición de Motivos del RD 81/2014.

¹⁴ Exposición de Motivos del RD 81/2014.

¹⁵ Artículo 31 de la Ley 2/2014, de 25 de marzo, relativa a la acción exterior en materia de salud, que señala: «La Acción Exterior en materia de salud se orientará a la protección de la salud de los ciudadanos ante riesgos sanitarios transfronterizos de origen humano, animal, alimentario, ambiental u otros; a la colaboración en materia de asistencia sanitaria internacional; a la actividad de inspección en el ámbito de la sanidad exterior; a la colaboración en prevención y promoción de la salud de los ciudadanos y a la cooperación en investigación e innovación en materia sanitaria y de formación.

2. La planificación de la Acción Exterior en materia de salud tendrá en cuenta las iniciativas y compromisos que se deriven de las estrategias que se impulsen en el marco de la Unión Europea y desde la Organización Mundial de la Salud y otras organizaciones internacionales y promoverá la presencia española en los foros sanitarios de estas instituciones, así como el fomento de tratados internacionales, y las actividades de cooperación internacional y de movilidad de expertos.»

sus funciones y atribuciones. Posteriormente el Decreto 11/2004, de 24 de abril vino a modificar la estructura de las Consejerías llevando a la Consejería de Presidencia¹⁶ las competencias relativas a la acción exterior y Cooperación internacional al Desarrollo.

No se olvide, en este contexto que la aplicación de la Ley de Salud Pública se hace en el marco de las disposiciones estatales que en particular integran la Ley de Salud Pública Estatal Ley 33/2011, de 4 de octubre¹⁷. Norma que como viene a señalar en su exposición de Motivos vendrá a sentar las bases legales que sustentan las acciones de coordinación y colaboración entre las administraciones públicas en materia de Salud Pública.

En este contexto, la proyección internacional de las políticas de Salud públicas se proyectará también de manera específica en la cooperación internacional al desarrollo. Cuestión que ha motivado la creación de la Agencia Andaluza de Cooperación al Desarrollo (en adelante AACID). La Agencia fue creada por Ley 2/2006, de 16 de mayo¹⁸, en el marco de la Ley 14/2003, de 22 de diciembre de Cooperación Internacional al Desarrollo¹⁹, rigiéndose en la actualidad por el Decreto 184/2014, de 30 de diciembre que vino a derogar al anterior, y que incorporó. Pues bien, la Ley Andaluza de Cooperación al Desarrollo, vino a considerar una prioridad sectorial los servicios sociales básicos, entre los que se incorporaron la atención a la salud²⁰. La actuación administrativa se moduló en los Planes

¹⁶ Esta atribución competencial fue completada por Decreto 347/2004, de 25 de Mayo que creó la Secretaría General de Acción Exterior. Norma además que como puede imaginarse fue derogada en sucesión de continuidad con las reestructuraciones de consejerías que se suceden al comienzo de cada legislatura y que en la actualidad se regula por el Decreto 204/2015, de 14 de julio, que establece la estructura orgánica de la Consejería de Presidencia y Administración Local (BOJA de 15 de Julio), y cuyo artículo 8 prevé, las competencias encomendadas a la Secretaría General de Acción Exterior, entre las que se destacan: «La coordinación general de las actuaciones de la Junta de Andalucía en materia de acción exterior y especialmente las derivadas de la pertenencia de España a la Unión Europea, representando a la Comunidad Autónoma ante los órganos de coordinación de la Administración General del Estado en estas materias, e impulsando y coordinando la participación de la Junta de Andalucía en instituciones u órganos de la Unión Europea, el Consejo de Europa y en otras organizaciones regionales» o «El apoyo, seguimiento y coordinación de la participación de la Junta de Andalucía en los Programas de Cooperación Territorial europea en sus tres ámbitos: cooperación interregional, transnacional y transfronteriza», o «Asimismo la coordinación de las competencias relacionadas con los andaluces y andaluzas en el exterior y de la ciudadanía andaluza retornada».

¹⁷ Esta Ley ha sido modificada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, que modifica el Texto Refundido de la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias. (BOE de 28 de marzo de 2014).

¹⁸ BOJA de 24 de mayo y corrección de errores de 12 de Junio de 2006.

¹⁹ Norma que además debe tomar en consideración la política de cooperación al desarrollo a nivel estatal, y en particular la Ley 23/98, de 7 de Julio de cooperación Internacional al Desarrollo, que ha sido modificada a su vez por: la Ley 2/2014, de 25 de marzo de Acción y del Servicio Exterior del Estado, la Ley 36/2010, de 22 de octubre, del Fondo para la Promoción al Desarrollo; la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y desarrollado por el RD 1412/2005, de 25 noviembre, que regula la Comisión Interministerial de Cooperación Internacional.

²⁰ Artículo 3.1. a) Ley 14/2003, de 22 de diciembre.

Andaluces de Cooperación Internacional al Desarrollo²¹. El Plan Andaluz de Cooperación al Desarrollo para el trienio 2015-2018 fue aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno el 27 de Agosto de 2015²².

El artículo 37 de la Ley de Salud Pública dedica especial atención a la proyección de las políticas sanitarias en el ámbito de la Unión Europea²³. En este sentido, se enumera en el precepto la competencia de transposición, desarrollo y ejecución de la normativa comunitaria que en el ámbito de su competencia derive de la aplicación del artículo 235 del Estatuto de Autonomía. Pues bien, tres elementos destaca la norma; a saber, de un lado la participación en la formación de la Voluntad del Estado en lo que respecta a la adopción de decisiones y actos normativos que afecten a la salud Pública, en el ámbito de la Unión Europea²⁴, de otro lado respecto de la promoción de lo que la norma denomina de «convergencia» con las estrategias de la Unión Europea²⁵.

II. LAS ACCIONES DE SALUD PÚBLICA EN ANDALUCÍA

La Ley dedica el Título III, a lo que denomina las Acciones de Salud Pública. Así, entre los artículos 60 a 72, se ocupan de los aspectos relativos a las prestaciones de salud Pública (artículos 60-61); al sistema de vigilancia e información (artículos 62-67), y la promoción

²¹ Así por ejemplo el Decreto 283/2007, de 4 de diciembre vino a aprobar el Plan Andaluz de Cooperación al Desarrollo para el período 2008-2011, (BOJA de 16 de enero de 2008).

²² Puede consultarse respecto del previo del informe económico del II Plan de Cooperación al Desarrollo de la Comunidad Autónoma:
<http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Memorias%20e%20Informes%20PACODE%202015-2018.pdf>
 Publicado en el BOJA de 2 de septiembre de 2015.

²³ Debe tenerse en cuenta en este sentido el Reglamento núm. 282/2014, de 11 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la creación de un tercer programa de acción de la Unión Europea en el ámbito de la salud para el período 2014-2020 y por el que se deroga la decisión núm. 1350/2007/CE.

²⁴ Artículo 37.3 de la Ley de Salud Pública (DOUE de 21 de marzo de 2014. Actos legislativos). Además el artículo 168 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea vino a señalar el principio rector de la protección a la Salud como un principio transversal de tal suerte que la salud humana deba estar protegida y se tome en consideración en todas las políticas y actividades de la UE.

²⁵ Las Políticas Comunitarias enmarcadas en la estrategia 2020, contemplan las específicas previsiones a la Salud Pública, y lo hacen con la esperanza de conseguir que la salud sirva de baluarte a la prosperidad económica. Pues para la Comisión, un gasto eficiente en Salud puede fomentar el crecimiento así describe por ejemplo en:

http://ec.europa.eu/health/strategy/docs/swd_investing_in_health.pdf (Febrero 2013). Por ello, en la estrategia en materia de salud pública desarrollada desde la Comisión Europea, resulta esencial el examen de la inversión en sistemas sostenible de Salud; la inversión en la salud de las personas como capital humano, de tal suerte que se vincule el estar en posesión de unas buenas condiciones de salud con la empleabilidad, y la contribución al crecimiento; la inversión en la reducción de la falta de equidad en salud, de tal forma que se fomente la cohesión social y se trate de romper el círculo vicioso existente entre una deteriorada salud, la exclusión y la pobreza. Además se prevé la inversión en Salud Pública desde los fondos Europeos.

de la Salud (artículo 68). Además se incorporan en el este Título dos capítulo dedicado a la promoción, prevención de enfermedades y problemas de Salud y a la protección de la Salud que comprende los artículos 69 a 72 de la norma. Veámoslo con más detalle.

1. La definición de las prestaciones de Salud Pública desde la Ley de Cohesión y Calidad de la Sanidad.

Respecto de las prestaciones de Salud Pública, éstas se definen en un función de las previsiones contenidas en la Ley de Cohesión y Calidad de la Sanidad 16/2003, de 28 de mayo²⁶, en la redacción dada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre²⁷. Téngase en cuenta por lo demás que la Ley 33/2011, vendrá a integrar el régimen jurídico de la Salud Pública desde su conceptualización como «el conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales»²⁸.

Esta definición encierra elementos que deben ser determinados de manera precisa respecto de cuales sean las actividades organizadas por las Administraciones Públicas, y que acciones sanitarias, sectoriales y transversales serán precisas para su aseguramiento. En este contexto, cobra sentido la descripción de prestaciones o catálogo de prestaciones de salud pública que la Ley Andaluza incorpora²⁹ y que incrementa el que se describe con carácter básico en la legislación Estatal³⁰. Así al Catálogo de 11 prestaciones establecidas

²⁶ Artículo 11 de la Ley.

²⁷ La Disposición Final Segunda de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, viene a modificar el apartado 2 del artículo 11.

²⁸ Artículo 1, de la Ley 33/2011.

²⁹ Estas son definidas como: «El conjunto de iniciativas organizadas por las Administraciones públicas andaluzas para preservar, proteger y promover la salud de la población. Es una combinación de *ciencias, habilidades y actitudes* dirigidas al mantenimiento y mejora de la salud de todas las personas a través de acciones colectivas o sociales».

³⁰ A saber: (artículo 11. 2 de la Ley)

La prestación de salud pública comprende las siguientes actuaciones:

- a) *La información y la vigilancia en salud pública y los sistemas de alerta epidemiológica y respuesta rápida ante emergencias en salud pública.*
- b) *La defensa de los fines y objetivos de la salud pública que es la combinación de acciones individuales y sociales destinadas a obtener compromisos políticos, apoyo para las políticas de salud, aceptación social y respaldo para unos objetivos o programas de salud determinados.*
- c) *La promoción de la salud, a través de programas intersectoriales y transversales.*
- d) *La prevención de las enfermedades, discapacidades y lesiones.*
- e) *La protección de la salud, evitando los efectos negativos que diversos elementos del medio pueden tener sobre la salud y el bienestar de las personas.*
- f) *La protección y promoción de la sanidad ambiental.*
- g) *La protección y promoción de la seguridad alimentaria.*
- h) *La protección y promoción de la salud laboral.*

en la Legislación Estatal la normativa Andaluza suma la friolera de 17 prestaciones más que abordan aspectos sectoriales tan relevantes como la prevención de la discapacidad y la dependencia o la intervención sectorial en la promoción de la salud en la ordenación del territorio y el urbanismo o la vivienda. Ni que decir tiene que este catálogo de prestaciones debe actuar pues de forma coordinada con las disposiciones contenidas en la legislación sectorial correspondiente y con proyección transversal en todo el ordenamiento jurídico.

Examinaremos a continuación los principales desarrollos normativos acaecidos hasta la fecha en la implementación del catálogo de prestaciones de salud pública en cada uno de los aspectos sectoriales y transversales que han sido previstos normativamente y cuya proyección excede las específicas previsiones de la Ley de Salud Pública para adentrarse en el examen de la definición acabada del catálogo de prestaciones y del conjunto de actividades administrativas desarrolladas para la promoción y protección de la Salud Pública.

A. Información y la vigilancia en salud pública y los sistemas de alerta epidemiológica y respuesta rápida ante emergencias en salud pública

Así, la primera prestación de salud pública que se proyecta en nuestra Comunidad Autónoma hace referencia a la «*información y la vigilancia en salud pública y los sistemas de alerta epidemiológica y respuesta rápida ante emergencias en salud pública*»³¹. Pues bien, la actividad de vigilancia de la Salud Pública había sido ya establecida en el artículo 12 de la ley Estatal de Salud Pública, Ley 33/ 2011, de 4 de octubre. En dicha ocasión, la norma introduce una calificación de las actividades de vigilancia sanitaria que debe tomar en consideración los siguientes factores:

- a) Los condicionantes sociales y las desigualdades que incidan en la salud con mediciones en el nivel individual y en el poblacional.

Nadie duda hoy del valor de los denominados condicionantes sociales en la configuración de la salud pública. Así el informe de la Comisión de Condicionantes Sociales sobre la Salud– que fue creada en el seno de la organización Mundial de la Salud con el objetivo de

i) *La evaluación de impacto en salud.*

j) *La vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de bienes y del tránsito internacional de viajeros.*

k) *La prevención y detección precoz de las enfermedades raras, así como el apoyo a las personas que las presentan y a sus familias.*

La prestación de salud pública incluirá, asimismo, todas aquellas actuaciones singulares o medidas especiales que, en materia de salud pública, resulte preciso adoptar por las autoridades sanitarias de las distintas Administraciones públicas, dentro del ámbito de sus competencias, cuando circunstancias sanitarias de carácter extraordinario o situaciones de especial urgencia o necesidad así lo exijan y la evidencia científica disponible las justifique.»

³¹ Ex artículo 11.2 de la Ley de Cohesión y Calidad de la Sanidad.

recabar datos científicos sobre posibles medidas e intervenciones en función de la equidad sanitaria y promover un movimiento internacional para alcanzar este objetivo.

Además la Ley de Salud Pública Andaluza nace con el objetivo de equidad intergeneracional y el propósito de introducir elementos para luchar con las desigualdades. En este contexto, el IV Plan Andaluz de Salud³² de la Junta de Andalucía, aprobado por el Consejo de Gobierno, incorpora la estrategia regional de salud e integra las premisas de actuación en el ámbito de la Salud Pública contemplando un diagnóstico de las condicionantes de carácter social y económico que inciden en la configuración del mapa de la Salud Andaluza, y se enmarca en un desarrollo normativo prolífico en vigilancia sanitaria³³.

³² La figura de los Planes de Salud había sido ya prevista en el artículo 31 de la Ley de Salud de la Comunidad Autónoma, Ley 2/98, de 15 de junio, al prever en el apartado 2 de la norma que el Plan Andaluz de Salud prevería: «En particular, el Plan Andaluz de Salud contemplará:

- a) Conclusiones del análisis de los problemas de salud de la Comunidad Autónoma y de la situación de los recursos existentes.
- b) Objetivos de salud, generales y por áreas de actuación.
- c) Prioridades de intervención.
- d) Definición de las estrategias y políticas de intervención.
- e) Calendario general de actuación.
- f) Los recursos necesarios para atender el cumplimiento de los objetivos propuestos y evaluación de los mismos»

³³ Pues bien, como primera medida la vigilancia

- Orden de 3 de junio de 2011, por el que se crea el fichero denominado del Sistema de Vigilancia Microbiológica de Andalucía.
- Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica
- Decreto 66/1996, de 13 de febrero, sobre el Sistema de Vigilancia Epidemiológica,
- Orden de 19 de diciembre de 1996, por el que se desarrolla el Decreto 66/1996, de 13 de febrero, por el que se desarrolla el Sistema de Vigilancia Epidemiológica
- Orden de 23 de abril de 1997, por el
- Orden de 19 de diciembre de 1996, por el que se desarrolla el Decreto 66/1996, de 13 de febrero, por la que se desarrolla el de Sistema de Vigilancia Epidemiológica, y se establece la relación de enfermedades de declaración obligatoria.
- Orden de 23 de Abril de 1.997, por la que se modifican las de 6 de Marzo de 1.996, que crean y modifican ficheros automatizados de datos de carácter personal gestionados por esta Consejería. (BOJA del 13 de Mayo).
- Resolución 36/99, de 16 de junio, por el que se establece el Sistema de Vigilancia Epidemiológica en Asistencia Especializada
- Decreto 245/2001, de 6 de noviembre, por el que se crea la categoría de Técnico de Salud de Atención Primaria en el Servicio Andaluz de Salud.
- Orden de 17 de junio de 2002, por la que se modifica la de 19 de diciembre de 1996, por la que se desarrolla el Sistema de Vigilancia Epidemiológica en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se establece la relación de enfermedades de declaración obligatoria.
- Orden de 17 de enero de 2005, por la que se regulan y suprimen los ficheros automatizados que contienen datos de carácter personal gestionados por la Consejería de Salud.
- Orden de 25 de diciembre de 2005, por el que se crean, modifican y suprimen ficheros automatizados de carácter personal gestionados por la Consejería
- Orden SCO/3270/2006, de 13 de octubre, por la que se desarrolla el Real Decreto 2210/1995, de 28 de diciembre, por el que se crea la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica, en relación con las salmonelosis de transmisión alimentaria.

Así, en el ámbito de las competencias asumidas por el Gobierno Andaluz en materia de salud pública el Decreto 208/2015, de 14 de julio ha procedido a la reestructuración de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud introduciendo con expresión de la Dirección General de Salud Pública y Consumo.³⁴ Pues bien la Secretaría General de Salud Pública y Consumo³⁵ asumirá las competencias en materia de salud pública y ordenación farmacéutica y consumo³⁶.

-
- Orden de 25 de junio de 2007, por la que se establecen los criterios de aplicación y valoración del complemento de productividad mediante método directo al personal funcionario de la Consejería que desempeñen las funciones de la Red de Alerta del Sistema Sanitario Público de Andalucía, fuera del horario laboral.
 - Instrucción de 4 de julio de 2007, sobre vigilancia epidemiológica de la tuberculosis en la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
 - Decreto 297/2007, de 18 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Cáncer de Andalucía.
 - Orden de 16 de mayo de 2008, por el que se crea el fichero con datos de carácter personal Registro de Cáncer de Andalucía.
 - Orden de 10 de septiembre de 2008, por la que se introduce la vacunación frente al virus del papiloma humano en el calendario de vacunaciones de Andalucía y se define el mismo.
 - Orden de 11 de diciembre de 2008, por la que se modifica la Orden de 19 de diciembre de 1996 por la que se desarrolla el Sistema de Vigilancia Epidemiológica en la Comunidad Autónoma de Andalucía y se establece la relación de enfermedades de declaración obligatoria.
 - Orden de 13 de marzo de 2009, por la que se crean ficheros con datos de carácter personal en el ámbito de la Secretaría General de Salud Pública y Participación.
 - Corrección de errores de la Orden de 13 de marzo de 2009, por la que se crean ficheros con datos de carácter personal en el ámbito de la Secretaría General de Salud Pública y Participación.
 - Circular de 14 de mayo de 2009, sobre la designación de los laboratorios de referencia de micro bacterias en la Comunidad Autónoma de Andalucía.
 - Instrucción interna SVEA, sobre designación de laboratorios de referencia de Salud Pública para alertas por enfermedades con sospecha de etiología vírica.

³⁴ Artículo 2 del Decreto 208/2015, de 14 de julio (Publicado en el BOJA de 15 de julio de 2015).

³⁵ El artículo 5. Secretaría General de Salud Pública y Consumo

«1. A la persona titular de la Secretaría General de Salud Pública y Consumo le corresponden las funciones previstas en el artículo 28 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, y las relacionadas con las políticas de salud y de consumo, el desarrollo de las estrategias de continuidad, coordinación e integralidad de estas áreas (...)

2. De la Secretaría General de Salud Pública y Consumo dependen directamente la Dirección General de Salud Pública y Ordenación Farmacéutica y la Dirección General de Consumo»

³⁶ Así señala entre otras el artículo del Decreto 208/2015 las siguientes: «

- a) *El impulso, dirección, supervisión y control de las políticas de salud pública y políticas intersectoriales en el ámbito de competencias de la Secretaría General y de las actuaciones en materia de promoción, prevención, vigilancia, protección de la salud, así como la coordinación del Plan Andaluz de Salud, los planes integrales y planes sectoriales.*
- b) *La planificación general y la ordenación territorial sanitarias de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como el seguimiento y control de los instrumentos que reconocen y garantizan el derecho a la atención sanitaria en Andalucía.*
- c) *La definición y evaluación de las prestaciones sanitarias de Andalucía, así como la coordinación con el conjunto del Sistema Nacional de Salud en materia de centros y servicios de referencia.*
- d) *La dirección y coordinación de las competencias que corresponden a la Consejería de Salud en materia de atención socio-sanitaria.*
- e) *La coordinación general de la ordenación farmacéutica y en materia de productos sanitarios, en el ámbito de las competencias de la Comunidad Autónoma.*

- b) Los riesgos ambientales y sus efectos en la salud, incluida la presencia de los agentes contaminantes en el medio ambiente y en las personas, así como el impacto potencial en la salud de la exposición a emisiones electromagnéticas.

Una de las características de las políticas de salud pública lo constituye el examen de los riesgos ambientales. Si bien la noción de riesgo ambiental demanda aproximarnos a otras ciencias como la geografía del riesgo, resulta relevante que la norma se ocupa no de todos los riesgos ambientales sino de los que provocan un efecto sobre la salud. Es por tanto tan relevante el riesgo ambiental como sus efectos en la salud. A efecto de lo cual la norma ejemplifica el riesgo en dos casos, a saber: la presencia de agentes contaminantes en el medio ambiente y en segundo lugar la exposición a emisiones electromagnéticas.

La contaminación del medio ambiente a que la norma hace referencia obliga aunque sea de forma sucinta a recordar los antecedentes normativos de la política medioambiental. Así el artículo 45 de la Constitución reconoce el Derecho Medio Ambiente, y prevé en el artículo 149.1.23 la atribución de la bases de la regulación sobre el medio ambiente al Estado, norma que ha permitido en sus desarrollos autonómicos, a partir de la asunción de competencias sobre desarrollo y ejecución por las Comunidades Autónomas. Cuestión que en el caso Andalúz permitió la aprobación de la Ley 7/2004, de 18 de mayo Protección Ambiental de la Comunidad Autónoma que vino a introducir los desarrollos normativos en materia de protección de la atmósfera y del medio Ambiente. La norma enmarcada en el desarrollo de las Competencias de la Comunidad Autónoma en materia de medio ambiente, fue derogada³⁷ por la Ley 7/2007, de 9 de julio, de Gestión de Calidad Ambiental de la Comunidad Autónoma³⁸. Norma que ha sido además recientemente afectada por Decreto – Ley 3/2015, de 3 de marzo, que modifica la Ley anterior para incorporar los avances integrados en la Ley Estatal 21/2013, de 9 de diciembre de Evaluación Ambiental.

-
- f) *La definición, tutela y seguimiento de los contratos-Programa y de los planes de actuación elaborados por la Consejería de Salud.*
- g) *La dirección y coordinación de las enfermedades y riesgos para la salud en situaciones de emergencia sanitaria.*
- h) *La coordinación de los sistemas de información de vigilancia en salud y del bienestar, así como las redes de alerta sanitaria de Andalucía.*
- i) *La responsabilidad de la superior dirección y coordinación de la evaluación del impacto en salud, de acuerdo con lo previsto en la Ley 16/2011, de 23 de diciembre (LAN 2011, 579), de Salud Pública de Andalucía.*
- j) *La definición e impulso de las políticas de acción local y comunitaria en salud, así como la promoción de la participación activa de la ciudadanía en las políticas de salud.*
- k) *El impulso, dirección, supervisión y control de las políticas de consumo de la Junta de Andalucía y de las políticas de protección, promoción y defensa de los derechos e intereses de las personas consumidoras y usuarias, en el marco de competencias atribuido a la Consejería.*
- l) *El impulso de las políticas de promoción de la igualdad y de todas aquellas políticas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía.*
- m) *Y en general, todas aquellas que le atribuya la normativa vigente y las que expresamente le sean delegadas»*

³⁷ Disposición Derogatoria única: 1.a) de la Ley.

³⁸ BOJA de 20 de Julio de 2007.

Lo cual obligó amén de la modificación de la normativa Andaluza sobre calidad ambiental a modificar también aspectos tales como la ley de aguas de Andalucía, entre otros. Como quiera que no sea el objeto de este trabajo el análisis acabado de la prolija normativa de protección ambiental andaluza³⁹, sino en lo relativo a la proyección de los riesgos ambientales en la protección de la salud, es en ellos donde nos centramos. Pues bien, en aras de la salvaguarda de los riesgos ambientales emergentes la Disposición Adicional quinta de la Ley de Gestión de la Calidad Ambiental ha previsto la creación de un comité científico:

«que tendrá entre sus cometidos la emisión de dictámenes sobre riesgos ambientales que pudieran derivarse de los campos electromagnéticos originados por instalaciones radioeléctricas, de los organismos modificados genéticamente y de la nanotecnología, sin perjuicio de las competencias ya atribuidas a otros órganos en materia de telecomunicaciones, salud pública, seguridad de los consumidores o agricultura».

Así la materia pendiente aún de un desarrollo reglamentario, pone sobre la mesa la necesidad de una política integrada que atienda aspectos como seguridad de los consumidores, la normativa sobre telecomunicaciones y la salud pública desde su proyección en la salud ambiental. Esta proyección que por otro lado deriva también de exigencias comunitarias ha dado lugar a la elaboración de sendos informes de Medio Ambiente de Andalucía⁴⁰, que dedican especial atención a la relación entre salud y medio ambiente. Las estrategias y políticas públicas que prestan atención al medio ambiente lo hacen por tanto como parte de la protección de la Salud Pública, o con afección en la salud pública⁴¹.

³⁹ Entre las que se pueden citar: el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, que aprueba el Reglamento para la Protección del cielo nocturno de Andalucía; Decreto 239/2011, de 12 de Julio, que regula la calidad del medio ambiente atmosférico y crea el registro de sistemas de evaluación de la calidad del aire en Andalucía; Decreto 18/2015, de 27 de enero, sobre régimen aplicable a los suelos contaminados; Decreto 231/2013, de 3 de diciembre que aprueba los planes de calidad del aire en determinadas zonas de Andalucía; Decreto 334/2012, de 17 de julio, que regula las entidades colaboradoras en materia de calidad del Aire de Andalucía; o la Orden de 19 de abril de 2012, que regula las instrucciones técnicas en materia de vigilancia y control de las emisiones atmosféricas de Andalucía; o el Decreto 73/2012, de 20 de marzo que aprueba el Reglamento de Residuos de Andalucía; Decreto 17 de enero de 2012 que regula la autorización ambiental integrada, actualizado por Decreto 109/2015, de 17 de marzo.. entre otras normas autonómicas que prestan atención a la protección ambiental y la gestión de la calidad ambiental en la Comunidad Autónoma.

⁴⁰ Puede verse el contenido de los últimos informes en: http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/site/ima/menuitem.a65de566d14b178a1a1021105510e1ca/?vgnnextoid=9a08abd336159410vgnVCM1000001325e50aRCRD&vgnnextchannel=77394da7fbc33210vgnVCM10000055011eacRCRD&lr=lang_es (última consulta en octubre de 2015).

⁴¹ En este sentido puede verse el aporte del Prof. Jordana Fraga: «Andalucía: simplificación administrativa en leyes ambientales y reconsideración razonable del impacto en salud», en Observatorio de Políticas Ambientales, 2015, coord. Por LÓPEZ RAMÓN FERNANDO, Y ALENZA GARCÍA JUAN FRANCISCO. En este sentido más antiguo puede verse el clásico trabajo de Guerrero Zaplana, Guerrero Zaplana, España, y Escuela Judicial (España), *Salud pública y derecho administrativo*.2004.

c) La seguridad alimentaria, incluyendo los riesgos alimentarios.

Otro de los elementos que se deben considerar en el examen de la vigilancia en salud pública lo vienen a integrar el examen de la normativa sobre seguridad alimentaria. Así, en Andalucía, el 8 de septiembre de 2015⁴², se aprobó la estrategia de seguridad alimentaria 2016-2020, que incorpora como objetivos los siguientes:

- «a) Consolidar un sistema de seguridad alimentaria integral y coordinado.
- b) Incluir la mejora continua en el trabajo realizado con el fin de incrementar la seguridad de los alimentos consumidos en Andalucía y así incrementar la protección de la salud de los consumidores andaluces.
- c) Fijar un marco estable que permita establecer alianzas con todos los grupos de interés con responsabilidades en Seguridad Alimentaria de toda la cadena alimentaria.
- d) Introducir los nuevos conceptos de gobernanza que la formulación de nuevos paradigmas en este ámbito imponen.
- e) Facilitar el cumplimiento de las empresas alimentarias, así como el ejercicio de los derechos y deberes de los ciudadanos, en el marco de sus respectivas responsabilidades».

Pues bien como documento estratégico dicho acuerdo se enmarcar en el traspaso de competencias realizado por el Estado a la Comunidad Autónoma por RD 1118/1981, de 24 de abril, que incorporaba competencias correspondientes al control sanitario de la producción, almacenamiento, transporte, manipulación y venta de alimentos, bebidas y productos relacionados, directa o indirectamente con la alimentación humana.

Así, la competencia exclusiva Autonómica tiene como contrapartida en el ámbito estatal la Ley 17/2011, de 5 de julio.⁴³ Norma Básica dictada al amparo de la competencia exclusiva en materia de bases y coordinación de la sanidad ex artículo 149.1.16 de la Constitución. La Ley 17/2011, de Seguridad Alimentaria, se aplica con carácter básico en todo su articulado con excepción del capítulo II que se proyecta en materia de sanidad exterior, y el capítulo que se dicta al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.14, que atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de Hacienda General. Asimismo, se citan en la norma, los títulos competenciales que permiten el carácter básico de los artículos 6 y 9 de la ley en lo que se refiere a la competencia exclusiva del estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, ex artículo 149.1.13, y la regulación contenida en el artículo 37 de la Ley que se dicta al amparo del artículo 149.1.1 de la Constitución que atribuye competencia exclusiva al Estado sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y deberes constitucionales. Todo ello de conformidad con lo dispuesto en la Disposición final Primera de la ley 17/2011, de 5 de julio.

⁴² Acuerdo del Consejo de Gobierno publicado en el BOJA de 11 de septiembre de 2015.

⁴³ BOE de 6 de Julio de 2011.

d) Los riesgos relacionados con el trabajo y sus efectos en la salud.

Entre las prestaciones de salud pública se encuentran las que se vinculan a los riesgos derivados de la Salud en el Trabajo o Salud Laboral⁴⁴. Pues bien esta noción conecta con el Derecho del trabajo⁴⁵ y las protección y seguridad en el Trabajo que permite introducir toda la normativa sobre seguridad laboral y prevención de riesgos laborales. La conexión entre la salud pública y la actividad laboral ha estado presente no sólo desde la normativa sanitaria española sino que ha sido especialmente reflejada en la normativa comunitaria⁴⁶. Aspectos tales como el estrés laboral, o los riesgos psicosociales afectan a nuestra salud y deben ser abordados por los poderes públicos desde la proyección de la salud pública. No es este el lugar de detenernos en el examen de las políticas que desde el ámbito nacional se han implementado hasta la fecha en la salvaguarda de la Salud Laboral de la población. Así, el 24 de abril de 2015, se aprobó por Acuerdo de Consejo de Ministros la Estrategia de Salud y Seguridad en el trabajo para el período que comprende desde 2015-2020⁴⁷. El plan de acción 2015-2016, de la Estrategia de Salud y Seguridad en el Trabajo ha venido a incorporar entre sus objetivos generales; promover una mejor aplicación de la normativa sobre seguridad y salud en el trabajo y su consolidaciones en las comunidades autónomas, y entre los objetivos específicos, la promoción «con la colaboración de los interlocutores sociales y las Comunidades Autónomas, las mejoras de las condiciones de seguridad y salud en el trabajo especialmente en sectores, actividades, colectivos y empresas de mayor riesgo».

Esto es, la necesaria colaboración con las Comunidades Autónomas resulta imprescindible para la ejecución de las estrategias estatales en materia de salud y seguridad en el trabajo. La razón hay que buscarla en la delimitación de títulos competenciales existente sobre el particular y que en lugar de residenciarse exclusivamente en las competencias sobre bases y coordinación de la Sanidad, incorpora la competencia sobre seguridad en el trabajo y salud laboral. A saber: el artículo 40.1 de la Constitución atribuye a los poderes públicos como principio rector de la política social y económica, velar por la seguridad e higiene en el trabajo. En el año 1995, se aprobó la Ley de Prevención de riesgos laborales que en su exposición de motivos justificaba su aprobación no sólo en el mandato constitucional

⁴⁴ Puede verse sobre un examen de la Ley Estatal de Salud Pública en los aspectos relativos a la Salud Laboral el trabajo de Pérez Alonso, M. Antonia: «Aspectos Básicos de la Ley 33/2011, general de salud pública y sus conexiones en el ámbito laboral», *Tirant on line*, 2011.

⁴⁵ Téngase en cuenta en este sentido la reforma operada en el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, que aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, y el Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre por el que se aprueba la Ley del Empleo, ambos publicados en el BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

⁴⁶ García –Gómez, «La Salud Laboral y la Salud Pública: 10 años de políticas sanitarias de Salud Laboral, en Archivo de Prevención de Riesgos Laborales, 2005 núm. 8 (3). 100-102.

⁴⁷ Su contenido puede verse en: http://www.insht.es/InshtWeb/Contenidos/Documentacion/FICHAS%20DE%20PUBLICACIONES/EN%20CATALOGO/GENERALIDAD/Plan%20de%20accion%202015_2016%20ESST.pdf

sino en la necesidad de transponer al ordenamiento jurídico interno el acervo comunitario en materia de seguridad laboral, así como los mandatos internacional derivados de la Organización Internacional del Trabajo. La Ley de Prevención de riesgos laborales nació entonces con el fin de dar respuesta a un mandato del artículo 40.2, de la Constitución enmarcándose las mismas además en la legislación laboral en virtud del artículo 149.1.7 de la Constitución⁴⁸, y aplicable a todas las Administraciones Públicas en virtud del artículo 149.1.18 de la Constitución, en cuanto debiera aplicarse al personal al servicio de las Administraciones Públicas, cuyas condiciones de salud laboral deben ser salvaguardadas por los poderes públicos. En este contexto, la configuración de la norma como básica⁴⁹ permite que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar regulación de desarrollo y ejecución⁵⁰ de la misma como ha sido el caso.

Así en Andalucía la normativa sobre seguridad y salud laboral, viene de la mano entre otras del Decreto 429/1996, de 3 de septiembre⁵¹ que previo la creación de la Comisión interdepartamental de Seguridad y Salud Laboral. La Comisión vendría a asumir entre sus funciones las de:

«1) Coordinar las diversas acciones y los proyectos de las diferentes Consejerías, Organismos y Entidades de la Junta de Andalucía que tengan algún tipo de relación con la seguridad y salud laboral.

⁴⁸ Vendría a decir en este sentido la Exposición de Motivos de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales: «Al insertarse esta Ley en el ámbito específico de las relaciones laborales, se configura como una referencia legal mínima en un doble sentido: el primero, como Ley que establece un marco legal a partir del cual las normas reglamentarias irán fijando y concretando los aspectos más técnicos de las medidas preventivas; y, el segundo, como soporte básico a partir del cual la negociación colectiva podrá desarrollar su función específica»

⁴⁹ Sobre la calificación de los preceptos de la norma y su alcance puede verse el contenido de la Disposición Adicional tercera de la norma. No se olvide no obstante que la Ley de Prevención de riesgos laborales ha sido objeto de sucesivas reformas en aspectos específicos y por legislación sectorial diferente como es el caso de: La Ley 50/98, de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social; la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida familiar y Laboral; Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto de Infracciones y Sanciones en el Orden Social; Ley 54/2003, de 12 de diciembre de reforma del marco de la Legislación en prevención de riesgos laborales; Ley 30/2005, de 29 de diciembre de Presupuestos de 2006; Ley 31/2006, de 18 de octubre de implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas; Ley Orgánica 3/2007, de Igualdad; Ley 25/2009, de 22 de diciembre o también llamada Ley Ómnibus; Ley 32/2010, de 5 de agosto, de Protección de los Trabajadores Autónomos; Ley 14/2013, de 27 de septiembre, Ley de emprendedores; y la Ley 35/2014, de 26 de diciembre de reforma de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las mutuas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

⁵⁰ La delimitación precisa del grado de intervención de la Comunidad Autónoma en la materia, viene por tanto determinado por la calificación jurídica de la competencia atribuida a la misma y reflejada en el Estatuto de Autonomía de Andalucía. Así, el antiguo artículo 17.2 de. Estatuto de Autonomía de Andalucía, recogía entre sus previsiones, la ejecución de la legislación laboral, integrándose en la misma las medidas de seguridad, higiene y prevención de riesgos laborales.

⁵¹ BOJA de 5 de octubre de 1996.

- 2) Formular recomendaciones y propuestas de actuación a las Consejerías, Organismos y Entidades de la Junta de Andalucía, con referencia a los acuerdos que se adopten, fomentando la colaboración de éstas en la programación y ejecución de las acciones relacionadas con dicha materia.
- 3) Realizar el seguimiento y control de las diversas actuaciones que se acuerden, a cuyo efecto deberá confeccionarse con carácter anual una memoria.
- 4) Potenciar la realización de campañas sectoriales sobre prevención de riesgos profesionales.
- 5) Proponer e informar la elaboración de la normativa necesaria, en el ámbito de los objetivos de esta Comisión, para la mejora de las condiciones de trabajo en Andalucía».

Y cuales quiera otras funciones que previa propuesta del Presidente de la Comisión resultara oportuna dentro del ámbito funcional y material de la misma.

No debe olvidarse por lo demás que uno de los primeros desarrollos autonómicos en el ámbito de la Salud Laboral Andaluza vendrá reflejado tan sólo dos años más tarde en el texto de la Ley de Salud de Andalucía, Ley 2/1998, de 15 de Junio. Así la Ley de Salud de Andalucía, dedicaría un capítulo II de la misma a la regulación de las condiciones de Salud Laboral. Este temprano desarrollo de la política Andaluza en prevención de riesgos Laborales y protección de la Salud Laboral, permitió la puesta en marcha de entes instrumentales específicos como sea el caso del Instituto Andaluz de Prevención de Riesgos Laborales⁵².

Además la propia Ley de Salud Pública de Andalucía que analizamos incorpora una especial atención a la salud laboral en el artículo 67, que si bien se incorpora en el capítulo II de este título, bajo el epígrafe de los sistemas de Vigilancia e información integra en su contenido la descripción de las actuaciones que en colaboración con la Consejería Competente la Administración Sanitaria de Andalucía va a desarrollar en el ámbito de la Salud Laboral.

A saber:

«1. La vigilancia y estudio de los problemas de salud laboral, en base a los datos de lesiones por accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, enfermedades relacionadas con el trabajo, incapacidad temporal y permanente y mortalidad por patologías profesionales y otra información que sea de interés.»

Cuestión ésta que ha sido desarrollada a partir de los Estudios y Guías elaborados desde la Dirección General de Seguridad y salud Laboral⁵³.

«2. El establecimiento y revisión de los protocolos para la vigilancia de la salud individual de las personas trabajadoras expuestas a riesgos laborales, con especial atención al ámbito de la actividad laboral temporera.»

⁵² Creado por la Ley 10/2006, de 26 de diciembre.

⁵³ Pueden verse los últimos documentos publicados en: <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleo-empresaycomercio/areas/seguridad-salud/riesgos-laborales.html>

En este contexto, se incorporan los resultados del plan de Actuación sobre las Empresas de mayor siniestrabilidad (PAEMSA VI) para 2015-2016⁵⁴. Dicho Plan cuya edición en el presente año es la 6 tiene como objetivos reducir la siniestrabilidad laboral a corto plazo, y mantener a la baja, la reducción alcanzada. Así, el plan prevé la puesta en marcha de un programa de reducción de la siniestrabilidad que integra tanto el diagnóstico de situación y reducción de siniestrabilidad como en informe de seguimiento. Además, se debe atender a la actividad que de forma colaborativa desarrolla la Consejería de empleo, empresa y comercio, con el Instituto Nacional de la Seguridad e Higiene en el Trabajo.

«3. El desarrollo de los programas de vigilancia de la salud posocupacional, de acuerdo con la legislación específica de prevención de riesgos laborales, especialmente con las personas trabajadoras expuestas al amianto⁵⁵ y otros agentes cancerígenos.

4. La promoción de la realización de actividades de promoción de la salud en el lugar de trabajo.»

Sobre este particular dedica la Ley un apartado específico sobre el que luego volveremos.

«5. La identificación y prevención de patologías que, con carácter general, puedan verse producidas o agravadas por las condiciones de trabajo⁵⁶.

6. La promoción de la formación de los profesionales de la medicina y enfermería del trabajo.

7. La elaboración de un mapa de riesgos laborales para la salud de las personas trabajadoras en colaboración con la autoridad laboral competente.

8. El establecimiento de un sistema de información sanitaria que posibilite el control epidemiológico laboral y de las patologías profesionales.»

Finaliza el artículo referenciado con una clausula abierta que da entrada a cualquiera otras actividades que promuevan la mejora en la vigilancia, promoción y protección de la salud de las personas trabajadoras».

En suma, se trata la prevención de los accidentes de trabajo y la Salud Laboral de un elemento crucial en la política de Salud Pública de la Comunidad que debe sin embargo coordinarse con las actividades realizadas sobre el particular desde el Instituto Andaluz de

⁵⁴ Puede verse en: <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/empleoempresaycomercio/areas/seguridad-salud/estrategias-programas/paginas/paemsa.html>

⁵⁵ GARCÍA GÓMEZ, M et al. «La vigilancia de la salud de los trabajadores expuestos al amianto: ejemplo de colaboración entre el Sistema de Prevención de Riesgos Laborales y el Sistema Nacional de Salud». *Rev. Esp. Salud Pública* [online]. 2006, vol.80, n.1 [citado 2015-10-29], pp. 27-39. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272006000100004&lng=es&nrm=iso>.

⁵⁶ La prevención de patologías laborales es objeto de la medicina del trabajo y de los estudios sobre prevención de riesgos laborales y salud laboral a que hemos hecho referencia.

Prevención de Riesgos Laborales y a escala nacional, por el Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo.

e) Vigilancia respecto del tratamiento de enfermedades transmisibles y no transmisibles.

Otra de los factores que se toman en consideración en las actividades de vigilancia de Salud Pública, incorporadas en el vasto catálogo de la normativa estatal, lo constituye el tratamiento de enfermedades que se clasifican en transmisibles⁵⁷ y no transmisibles, entre las segundas se incluye la zoonosis y las enfermedades emergentes⁵⁸. Respecto de las primeras, en la Comunidad Autónoma Andaluza existe un programa de vigilancia que afirma ser uno de los más antiguos en la sanidad pública Andaluza, que se conecta además con las iniciativas a nivel nacional. Es de destacar la Orden de 3 de Junio de 2011, por el que se crea el fichero denominado sistema de Vigilancia Microbiológica de Andalucía⁵⁹. Norma que se enmarca en la creación en Andalucía por Decreto 66/1996, de 13 de Febrero el Sistema de Vigilancia Epidemiológica. Hay que tener en cuenta que las actuaciones de vigilancia epidemiológica exigen coordinación interadministrativa y el respeto a las disposiciones de orden nacional emanadas sobre la materia, y que su descripción prolífica⁶⁰, ha permitido la puesta en marcha por Orden de 19 de diciembre de 1996, del sistema de Vigilancia Epidemiológica de Andalucía.

Si observamos las actuaciones realizadas pronto notaremos que el trabajo minucioso de la Consejería en este punto ha permitido la clasificación entre enfermedades de declaración obligatoria, –esto es aquellas enfermedades que deben ser monitoreadas y controladas por la Administración Sanitaria⁶¹. Téngase en cuenta por lo demás que las modificaciones que se operan en la investigación médica permiten modificar progresivamente los listados y catálogos que incorporan los anexos de las disposiciones examinadas. Además, las modificaciones operadas en la normativa interna obedecen también a las directrices emanadas del derecho comunitario, como sucede en el caso de la Decisión de 28 de abril de 2008, de la Comisión Europea que modifica la Decisión 2002/253/CE, por la que se establecen las definiciones de los casos para comunicar las enfermedades transmisibles a la red comunitaria. El ejercicio de las actividades de vigilancia en enfermedades transmisibles ha permitido la puesta en marcha de protocolos y campañas de vigilancia que desde la Consejería de Salud, han integrado la participación de redes de médicos centinelas y hospitales. El caso paradigmático lo ofrece el Sistema

⁵⁷ Apartado 5.

⁵⁸ Apartado 6.

⁵⁹ BOJA de 22 de Junio de 2011, núm. 121.

⁶⁰ Véase enumeración contenida en la nota a pie de página núm. 34 del presente trabajo.

⁶¹ El catálogo de enfermedades de declaración obligatoria ha sido actualizado por la Orden de 11 de diciembre de 2008, de la Consejería de Salud, para introducir entre ellas el virus por inmunodeficiencia Humana (VIH), la Hepatitis C.

Centinela de Vigilancia de la Gripe. Sistema que se enmarca en el Sistema de Vigilancia de la Gripe en España y que estaba integrado para el año 2012-2013, por 16 redes de médicos centinela, y laboratorios para análisis vírico. Pues bien en el caso Andaluz, y según señala el Protocolo de funcional aprobado en 2012, la red del sistema de vigilancia de la Gripe en Andalucía estaba compuesto por 126 médicos generales y pediatras pertenecientes a todos los distritos sanitarios de Andalucía, y con representatividad territorial y poblacional⁶². Esos sistemas protocolos alerta son importantes para detectar variaciones en los patrones y poner en marcha medidas que permitan no sólo evitar la propagación de la enfermedad sino controlar su impacto en la población. En el mismo sentido que el Sistema de Vigilancia Centinela de la Gripe, se han puesto en marcha en Andalucía, otros mecanismos tales como el programa de Vigilancia microbiológica, en el que se desarrollan actividades al albur del convenio existente entre la Consejería de Salud, y la Sociedad Andaluza de Microbiología y parasitología Clínica. Además, se incorporan sistemas de vigilancia que monitorizan la evolución de enfermedades como el SIDA, respecto de las encefalopatías espongiformes transmisibles Humanas en Andalucía, y otras enfermedades emergentes⁶³.

f) Los problemas de salud relacionados con el tránsito internacional de viajeros y bienes

De todos es sabido que las enfermedades no conocen fronteras, la necesidad de establecer mecanismos de mejora de las condiciones de salud respecto del tránsito internacional de viajeros y de bienes repercute pues de manera directa en la misma configuración de la Salud Pública a nivel nacional. No debe no obstante confundirse esta atribución con las medidas incorporadas bajo la calificación de Sanidad Exterior. Ya que la sanidad Exterior por imperativo del artículo 149.1.16 de la Constitución es competencias exclusiva del Estado y no de las Comunidades Autónomas. Además como luego habrá ocasión de reflejar la atención al tránsito internacional de pasajeros ha venido a configurarse como una prestación incorporada al sistema de vigilancia de salud pública en Andalucía. Es preciso que se promueva la vigilancia en el tránsito de pasajeros para evitar epidemias, especialmente en los momentos en los que el riesgo estacional o circunstancial del mismo es mayor. Conecta por tanto la previsión de vigilancia de este punto con los programas de vigilancia a los que se ha hecho referencia ut supra. Precisiones que apuntan al fortalecimiento de las relaciones de colaboración entre el Estado y las Comunidades Autónomas,

⁶² Protocolo Funcional del Sistema de Vigilancia Centinela de la Gripe en Andalucía que puede verse en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/export/sites/csalud/galerias/documentos/p_4_p_1_vigilancia_de_la_salud/protocolo_centinela_gripe_andalucia2012_2013.pdf

⁶³ Por enfermedad emergente entendiéndose por tal aquella que o bien han sido descubiertas en los últimos 20 años, y se contraponen a que las se consideran controladas y conocidas, y también comprende aquellas enfermedades infecciosas que habían desaparecido y han vuelto a detectarse caso de las mismas, es decir volvieron a emerger. Evidentemente todas estas referencias hay que hacerlas además en el ámbito de las previsiones emanadas a nivel internacional desde la Organización Mundial de la Salud.

y las Administraciones Locales, ya que la dimensión de armonización e integración son fundamentales en la salud pública.⁶⁴

No debe olvidarse en este punto, la previsiones de orden internacional⁶⁵ que desde la Organización Mundial de la Salud, han permitido la puesta en valor de mecanismos de prevención de transmisión de enfermedades, que han sido abordadas en el Reglamento Sanitario internacional, adoptado por la 58 asamblea mundial de Salud celebrada en Ginebra el 23 de mayo de 2005⁶⁶, en el bien entendido de que la protección de la salud pública del país debe para ser efectiva tomar en consideración los escenarios internacionales de propagación de enfermedades. Así, el Reglamento se aprobó con la finalidad de «prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales»⁶⁷.

Además la norma presta especial atención a la información y comunicación, mediante el reforzamiento de los sistemas de vigilancia epidemiológica, y en los dispositivos de reacción justa, y proporcionada (máxima seguridad con mínimas trabas), en la mejora de los procedimientos para el establecimiento de la adecuada vigilancia y control sanitario en las fronteras y en los medios de transporte internacional ante las alertas sanitarias, y en sí mismo, se configura como una llamada a la colaboración internacional⁶⁸.

g) Las lesiones y la violencia.

La violencia ligada en múltiples ocasiones a procesos de criminalidad debe ser incorporada en las actividades de vigilancia en salud pública pues su incidencia puede afectar de manera directa a la protección de la salud de la población. La identificación de las causas de la violencia, permiten introducir parámetros de respuesta proporcionada a la misma. Y ello por cuanto la violencia se ha convertido en un problema de salud Pública mundial,

⁶⁴ Martín Moreno, José María, «Hacia un modelo de cooperación y armonización en el campo de la salud pública en España», en *Revista Española de Salud Pública*, vol.76, n.6 [citado 2015-10-31], pp. 637-643. Disponible en: <http://www.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272002000600001&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1135-5727. <http://dx.doi.org/10.1590/S1135-57272002000600001>.

⁶⁵ Resultan de interés las reflexiones realizadas, en: QUIRÓS HM, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ H, VALDERRAMA VERGARA JF. Armonización de la vigilancia sanitaria interfronteriza una propuesta vinculante en salud internacional. *Rev Panam Salud Pública*. 2011; 30(2):148-52

⁶⁶ BOE de 12 de marzo de 2008.

⁶⁷ Artículo 2 del Reglamento Sanitario Internacional.

⁶⁸ MINGUEZ GONZALO, Miguel. El «nuevo reglamento sanitario internacional»: RSI (2005). *Rev. Esp. Salud Pública* [online]. 2007, vol.81, n.3 [citado 2015-10-31], pp. 239-246. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272007000300001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1135-5727.

como nos recuerda el informe mundial sobre la violencia y la Salud⁶⁹. Esta percepción permite entender que la integración de la violencia en los criterios de vigilancia en salud pública fuera desarrollada por la Comunidad Autónoma de manera vehemente. Una de las manifestaciones más actuales del tratamiento de la violencia es la violencia de Género que ha sido objeto de atención de la Ley 13/2007, de 26 de noviembre de medidas de prevención y protección integral contra la violencia de género. Sin perjuicio de los desarrollos normativos en la materia, resulta de especial interés la vinculación de la actuación administrativa en aras de proteger contra la violencia de género respecto de las competencias en el ámbito sanitario, cuestión que ha sido puesta de manifiesto por ejemplo a través del protocolo Andaluz, para la Actuación sanitaria ante la violencia de Género. Las medidas incorporadas en la normativa andaluza sobre violencia de género conectan no solo con la transversalidad de las políticas de igualdad sino con la constatación del efecto en la salud de las acciones de violencia, de tal suerte que la violencia de género es calificada como un problema de salud pública⁷⁰. La traslación de esta configuración al ámbito autonómico ha supuesto la puesta en marcha de programas y estrategias que desde la salud pública han abundado en la configuración de instrumentos normativos específicos orientados a tal fin. Así, en Andalucía, se creó en 2009, la Comisión Institucional de Andalucía de coordinación y seguimiento de acciones para la erradicación de la violencia de género⁷¹, y la puesta en marcha del Observatorio Andaluz para la Violencia de Género⁷², entre otras disposiciones de desarrollo.

En este sentido la reflexión y trabajos de la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (en adelante SESPA), y su grupo de trabajo sobre salud pública y género, se han ocupado de elaborar un posicionamiento en formato de informe⁷³ sobre los condicionante que respecto de la política de salud pública incorporan la cuestiones de género.

h) Otros problemas para la salud pública de los que se tenga constancia.

La norma deja abierto la enumeración de factores que se deben tomar en consideración en el análisis de la vigilancia en salud pública, incorporando en la misma también aquellas de las que se tenga constancia aunque no hayan sido descritas específicamente en la norma.

⁶⁹ ETIENNE G. KRUG, LINDA L. DAHLBERG, JAMES A. MERCY, ANTHONY B. ZWI Y RAFAEL LOZANO, *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*, OMS, Organización Panamericana de la Salud. Washington. 2003.

⁷⁰ ALVARADO RIGORES, Y GUERRA NEYRA; «La violencia de género un problema de salud Pública», en *Interacción y perspectiva* ; Revista de Trabajo Social, núm. 2, 2012,

⁷¹ Decreto 72/2009, de 31 de marzo (BOJA de 20 de abril de 2009).

⁷² Creado por Decreto 298/2010, de 25 de mayo (BOJA de 15 de junio de 2010).

⁷³ BORRELL, Carme; GARCIA-CALVENTE, María del Mar y MARTI-BOSCA, José Vicente. La salud pública desde la perspectiva de género y clase social. *Gac Sanit* [online]. 2004, vol.18, suppl.1 [citado 2015-11-01], pp. 02-06. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112004000400002&Ing=es&nrm=iso>. ISSN 0213-9111.

Es decir incorpora un *numerus apertus* de supuestos que por otro lado permiten integrar en la vigilancia alertas continuas siempre que sean calificadas como tal, volveremos posteriormente sobre el sistema de vigilancia de Andalucía y las alertas del mismo⁷⁴.

B. La defensa de los fines y objetivos de la salud pública

La segunda prestación de Salud Pública contemplada en la Ley Estatal con carácter básico es la que hace referencia a los fines de la salud pública. Esta descripción resulta excesivamente genérica y más aún si se califica como prestación del sistema Sanitario. No obstante la norma en aras de clarificar el contenido de la misma añade: «que es la combinación de acciones individuales y sociales destinadas a obtener compromisos políticos, apoyo para las políticas de salud, aceptación social y respaldo para unos objetivos o programas de salud determinados». Se trata por tanto de una prestación que incorpora la actuación política de los poderes públicos y que debe plasmarse documentalmente en estrategias, protocolos y programas que incorporen la salud pública entre sus prestaciones. Sería por tanto la previsión contenida en la norma una referencia de carácter transversal, y proyectable en el conjunto de actuación de los poderes públicos ya sea en el ámbito sanitario o no. Esta traslación de contenidos y objetivos permite dar respuesta a la calificación como principio rector de la Política Social y Económica a la atención a la Salud⁷⁵, entendiendo la salud pública como parte de la misma. Además la atención a la salud se define desde parámetros europeos en la conformación de la política sanitaria de la Unión Europea, pues si bien la UE no tiene competencia en materia sanitaria, sino que ésta es competencia exclusiva de los países miembros, sí que de acuerdo con lo establecido en el artículo 152 del Tratado de la UE tiene atribuida la competencia de complementar las políticas de los Estados miembros para «mejorar la salud pública, prevenir las enfermedades, y evitar las fuentes de peligro para la salud humana».

En este contexto, se opera la previsión contenida en el libro blanco de la Comisión Europea, «Juntos por la Salud, un enfoque estratégico para la UE: 2008-2013»⁷⁶. En esta ocasión la Comisión Europea enfatiza la necesidad de contar con una estrategia con una estrategia común. Cuestión que se ha materializado a luz de los temas que nos ocupan, y en conexión con la globalización social y económica, así como la detección de riesgos internacionales a través de la creación del Centro Europeo para prevención y control de las enfermedades⁷⁷. Pues bien las informaciones derivadas de la puesta en marcha del centro

⁷⁴ Artículo 62 y ss. de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

⁷⁵ Ex artículo 43 de la Constitución.

⁷⁶ Las referencias pueden verse entonces en Calvete Oliva, «Estrategia de Salud de la Unión Europea: Salud Pública para las personas europeas», en Revista Española de Salud Pública, núm. 82, 2008, Págs., 273-281.

⁷⁷ El centro europeo de prevención y control de las enfermedades fue establecido por Reglamento de la Comisión de (EC 851/2004) de la Comisión Europea y Consejo.

muestran las principales líneas de actuación a nivel europeo en el marco del Programa estratégico plurianual 2007-2013. Líneas que prevén entre otras las de «ser el principal centro de apoyo de referencia en la Unión Europea para el refuerzo y el aporte de capacidad a través de la formación en prevención y control de las enfermedades transmisibles y las enfermedades de origen desconocido»⁷⁸.

C. La promoción de la salud, a través de programas intersectoriales y transversales

En conexión con la prestación anterior describe la norma la posibilidad de realización de programas transversales e intersectoriales, lo que implica la proyección interdisciplinar las acciones de prestación de salud pública que abarcan regulación sectorial dispersa como ha podido comprobarse brevemente en el excurso de referencias normativas realizado al albur del examen de la prestación de vigilancia en materia de salud pública.

Sin perjuicio de las referencias a qué programas intersectoriales o transversales son los que se evocan en la norma recordaremos estas previsiones cuando en el detallado examen de los desarrollos autonómicos en Andalucía volvamos sobre la proyección intersectorial y transversal de la actuación en salud pública.

D. La prevención de las enfermedades, discapacidades y lesiones.

La actividad preventiva en sanidad es una de las más relevantes en la calificación de las prestaciones de salud pública. El Prof. Rebollo Puig⁷⁹, nos lo recordaba al diferenciar allá por el año 1988, esto es apenas habían transcurrido dos años de la entrada en vigor de la Ley General de Sanidad de 1986, de la distinción entre sanidad curativa y la sanidad preventiva, y recoge por lo demás la afirmación del Prof. Muñoz Machado⁸⁰, respecto de la calificación de la sanidad preventiva como:

«Denominaremos sanidad preventiva a toda actuación pública que se refiera a la tutela de la salud de la colectividad en su conjunto, y sanidad asistencial, a la destinada a atender a los problemas sanitarios individuales».

⁷⁸ Artículo 9, Retos 2007-2013, del Centro Europeo para la prevención y control de las enfermedades (CEPCE), y Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre las actividades de enfermedades transmisibles del CEPCE, resultados positivos desde la creación del centro, actividades previstas y necesidades en materia de recursos.

⁷⁹ REBOLLO PUIG, M; «Sanidad Preventiva y Salud Pública en el marco de la actual Administración Sanitaria Española», en REALA, núm. 239 (1988.).

⁸⁰ MUÑOZ MACHADO, La sanidad pública en España (evolución histórica y situación actual), Madrid, 1975, p. 19.

Pues bien esta actividad preventiva abarca tanto la prevención de enfermedades, como de discapacidades y lesiones. Veamos con algún detalles en qué medida debe ser tenida en cuenta la vigilancia de la prevención en la salud pública.

E. La protección de la salud, evitando los efectos negativos que diversos elementos del medio pueden tener sobre la salud y el bienestar de las personas

Dedica la Ley estatal especial atención como luego veremos a los elementos precisos para la protección de la salud, es por ello que su calificación en sede de vigilancia sanitaria, sólo nos recuerda la necesidad de contextualizar la misma en el entorno – poniendo el énfasis en el impacto que el medio puede tener sobre la salud de las personas, esto es con elementos que o bien abogan hacia la sanidad ambiental o bien a la incorporación de elementos vinculados a la calificación del estado de bienestar y la configuración social de prestaciones precisas y su impacto en la salud de los ciudadanos.

F. La protección y promoción de la sanidad ambiental.

Las actividades de sanidad ambiental que describiéramos ut supra, deben ser promovidas y protegidas desde las Administración Públicas, lo que implica hacer ejercicio del principio rector de la política social y económica. Así, en el contexto de las disposiciones a las que hacíamos referencia al evaluar los riesgos ambientales⁸¹, y sin perjuicio del complemento organizativo que emana de la normativa autonómica sobre protección ambiental⁸², la regulación de la interacción entre salud y medio ambiente⁸³

En este contexto, en Andalucía y siguiendo la línea de disposiciones con carácter estratégicas vinculadas al Plan de Salud de la Consejería se aprobó el Plan de Salud Ambiental de la Comunidad Autónoma Andaluza, que comprende el período 2008-2012. En dicho plan se puso de manifiesto la importancia que para la salud humana tiene la calidad ambiental.

Tómese en consideración que si bien en este lugar examinamos la sanidad ambiental como una prestación contemplada en la Ley Estatal de Salud Pública, su proyección en el ámbito sanitario estatal no se hizo esperar. Así, en sede de las competencias autonómicas en materia de Medio ambiente, el documento borrador elaborado en 2011, de Plan de Medio Ambiente horizonte 2017.⁸⁴

⁸¹ Epígrafe A) b) de este trabajo

⁸² Así, el Decreto – Ley 3/2015 de 3 de marzo

⁸³ Relación con la que el Prof. MARTÍN MATEO comenzara su clásico *Derecho Ambiental*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid. 1977.

⁸⁴ http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/web/temas_ambientales/evaluacion_integracion_planificacion/planificacion_ambiental/politicas_transversales/Plan_Andaluz_Medio_Ambiente/pma_horizonte2017/versionborr_v2_pma.pdf

G. La protección y promoción de la seguridad alimentaria

La seguridad alimentaria es objeto de atención como prestación de salud Pública tanto en la Ley Estatal de Salud Pública como en la Autonómica Andaluza. La Ley 17/2011, de 5 de julio vino a integrar no sólo la transposición de normativa comunitaria en la materia sino un conjunto de disposiciones que con carácter básico,⁸⁵ debían orientar la actuación pública para garantizar la gestión de los riesgos. Nunca hasta ahora –señalaría el preámbulo de la Ley– «se ha tenido tal conocimiento de la relación existente entre alimentación y salud, ni se han generado tantas situaciones de incertidumbre científica, ni se ha demandado por parte de la ciudadanía una intervención administrativa tan importante para garantizar la gestión de los riesgos».

Pues bien esta conexión entre salud y alimentación se proyecta con carácter integral, desde la detección y eliminación de riesgos físicos, químicos y biológicos, desde un enfoque anticipatorio que conecta con el principio de precaución, hasta el tratamiento de la obesidad infantil, y juvenil. Por ello llega afirmar la Ley que, a través de las medidas de seguridad alimentaria se incide en los derechos de los ciudadanos, a través de los riesgos sociales, de integración o discriminación, y de género.

La Ley fue coetánea por lo demás de la Ley 11/2001, de 5 de julio, por el que se crea la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y nutrición. A esta ha seguido más recientemente otra disposición que no nos resistimos a citar, nos referimos a la Defensa de la Calidad Alimentaria aprobada por Ley 28/2015, de 30 de Julio⁸⁶. Pues bien esta última disposición viene a contribuir al acervo de disposiciones en materia de seguridad y sanidad alimentaria al prestar atención a la calidad alimentaria, como elemento a preservar en la cadena alimenticia y en concreto contribuyendo a la generación de un alto nivel de confianza en los productos alimenticios mediante los necesarios procedimientos para defender su calidad⁸⁷. Norma que sin embargo no se proyecta a las medidas de seguridad alimentaria, ni a los aspectos higiénicos sanitarios.⁸⁸

Además, en este contexto el Real Decreto 176/2013, de 8 de marzo operó la derogación parcial de múltiples reglamentaciones técnico-sanitarias, en el marco de la regulación comunitaria que como nos recuerda la profesora García Montoro, son directamente aplicables a España, sin necesidad de transposición alguna⁸⁹.

⁸⁵ Ex Artículo 149.1.16 de la Constitución.

⁸⁶ BOE de 31 de Julio de 2015

⁸⁷ Artículo 3.1 a) de la Ley de Defensa de la Calidad Alimentaria.

⁸⁸ Artículo 2.2 de la Ley de Defensa de la Calidad Alimentaria

⁸⁹ «La eliminación de los requisitos industriales e higiénico-sanitarios; condiciones de los materiales y el personal; aditivos y contaminantes; almacenamiento y transporte; competencias, responsabilidades y sanciones responde al carácter imperativo de los Reglamentos (CE) nº 852/2004 y nº 853/2004, que son directamente

El Prof. Dr. Menéndez Rexach⁹⁰, ha examinado con detalle la regulación sanitaria española, y sus avances de la mano de las disposiciones comunitarias y nos plantea cuestiones de relevancia reflexión respecto del alcance de la normativa española. En Andalucía, la seguridad alimentaria se prevé como una prestación que implica actuaciones de protección⁹¹, pero la Comunidad Autónoma carece de una ley específica sobre la materia⁹², siendo la Ley de Salud Pública de Andalucía que examinamos el referente normativo de excelencia de las políticas de seguridad alimentaria en la Comunidad. Ello sin perjuicio de disposiciones de desarrollo tales como la que permite la creación del Registro Sanitario Autonómico, aprobado por Decreto 61/2012, de 13 de marzo⁹³, por el que se regula el procedimiento de la autorización sanitaria de funcionamiento y la comunicación previa de inicio de actividad de las empresas y establecimientos alimentarios y se crea el Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía.

H. La protección y promoción de la salud laboral

Respecto de la Salud laboral recogemos en este punto las referencias realizadas ya en el epígrafe de este trabajo dedicado a los riesgos de salud laboral, que se toma en consideración en la vigilancia de salud pública, –como prestación, incluida en el catálogo de prestaciones de la Ley. En tanto que la salud laboral es además un criterio de atención en la vigilancia de la salud pública. No obstante lo cual, la calificación de la protección y promoción como salud laboral implica la necesaria actuación administrativa en salvaguarda de la misma.

I. La evaluación de impacto en salud

Una de las actividades relevantes en la atención a la protección de la Salud Pública es la denominada evaluación de impacto en Salud. La Evaluación de Impacto en Salud (o EIS), puede definirse siguiendo la propia descripción del documento de Consenso de Gotemburgo como:

aplicables sin necesidad de transposición a derecho interno, y que contienen una regulación suficiente sobre todos estos aspectos», en *Seguridad alimentaria: impacto del nuevo real decreto 176/2013, de 8 de marzo, que deroga determinadas reglamentaciones técnico-sanitarias y normas de calidad referidas a productos alimenticios*, Revista CESCO de Derecho del Consumo, núm. 6/2013.

⁹⁰ MENÉNDEZ REXACH, *Estudios Jurídicos sobre seguridad alimentaria*, en Marcial Pons, Madrid. 2015.

⁹¹ Artículo 71, g) que reza respecto de la protección de la Salud Pública: «Velará por la inocuidad en todos los eslabones de la cadena alimentaria, con especial incidencia de aquellos alimentos de origen vegetal o animal que hayan sufrido modificación genética», y artículo 72 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

⁹² A diferencia de lo que sucede en otras Comunidades Autónomas como: Aragón a través de su Ley 10/2010, de Salud Pública y Seguridad Alimentaria;

⁹³ BOJA de 27 de marzo de 2015.

«una combinación de procedimientos, métodos y herramientas mediante las que una política, programa o proyecto puede ser evaluado en función de sus potenciales efectos en la salud de la población y de su distribución en dicha población. Su principal finalidad es asesorar en la toma de decisiones para maximizar los efectos positivos en salud, reducir razonablemente los negativos y distribuirlos de forma equitativa entre la población»⁹⁴.

Pues bien sin perjuicio de que se haga referencia a esta cuestión con posterioridad es interesante recuperar en este punto la normativa andaluza sobre la materia, que ha sido aprobada por Decreto 169/2014, de 9 de diciembre⁹⁵. Así la norma Andaluza avanza en la configuración del procedimiento a seguir respecto de la evaluación del impacto en la salud de las políticas Públicas. Téngase en cuenta además que la causa de que dicha regulación haya dado lugar a significativas actuaciones en el ámbito andaluz deriva de la previsión normativa contenida en la Ley 2/98 de Salud de Andalucía⁹⁶. Además, la ley de Salud pública de Andalucía⁹⁷ que examinamos en este capítulo ha venido a institucionalizar la práctica de la Evaluación del Impacto en la Salud (en adelante EIS), en sintonía con la previsión contenida en este sentido en la Ley Estatal de Salud Pública⁹⁸.

La evaluación de Impacto en la Salud, ha sido institucionalizada desde la Organización Mundial de la Salud, así en 2005, la OMS estableció la Comisión sobre determinantes sociales en la salud⁹⁹. Pues bien, para la OMS la Evaluación del Impacto en la salud se puede definir como «una combinación de procedimientos, métodos y herramientas a través de las cuales se puede juzgar una política, programa o proyecto en relación con sus efectos potenciales sobre la salud de la población y la distribución de tales efectos»¹⁰⁰. Este mecanismo de evaluación ha sido implementado en ámbitos sectoriales y permite

⁹⁴ Puede verse en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/temas/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/evaluacion_impacto_salud/evaluacion_impacto_salud?idioma=es&perfil=org&tema=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/evaluacion_impacto_salud/&contenido=/channels/temas/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/evaluacion_impacto_salud/evaluacion_impacto_salud&desplegar=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/

⁹⁵ BOJA de 15 de diciembre de 2014, núm. 243.

⁹⁶ Artículo 15.1 que señala: «la Administración Sanitaria Pública de Andalucía promoverá el desarrollo, entre otras actuaciones relacionadas con la salud pública, de medidas de control y promoción de mejoras sobre todas aquellas actividades con posibles repercusiones sobre la salud».

⁹⁷ Título II.

⁹⁸ Capítulo VII, Título II.

⁹⁹ Sobre los Determinantes Sociales en la Salud y su impacto en la configuración de los programas de salud puede verse el documento «Reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud» WHA62.14, de la 62 Asamblea Mundial de la Salud, http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/A62/A62_R14-sp.pdf?ua=1

¹⁰⁰ Sic en: http://www.who.int/water_sanitation_health/resources/hia/es/

someter con carácter transversal la actuación pública a la consideración de la normativa sobre salud pública¹⁰¹.

En Andalucía, la implementación de la evaluación del impacto en la salud ha sido prevista desde las actuaciones del Centro de Recursos de Evaluación del Impacto en la Salud (en adelante CREIS). El CREIS es una plataforma gestionada desde la Escuela de Salud Pública de Andalucía, que incorpora información, difusión de conocimientos e información y experiencias en el ámbito del informe sobre el impacto en la Salud. El CREIS ha sido pionero en España, siendo el único centro en castellano, sobre esta temática¹⁰². Pues bien, y respecto de los desarrollos derivados de la Ley de Salud Pública de Andalucía, debe recordarse la remisión normativa a los artículos 55 a 59 de la Ley. Normativa que ha sido objeto de desarrollo específico en el Reglamento aprobado por Decreto 169/2014, de 9 de diciembre¹⁰³ que desarrolla el Procedimiento para la realización de la Evaluación de Impacto en la Salud. Interesante resulta por lo demás la regulación contenida en la disposición autonómica que nos ocupa y que viene a reflejar la trascendencia de dicha evaluación como prestación del sistema sanitario de salud pública en Andalucía.

Así, el Reglamento Andaluz de procedimiento de EIS, diferencia según se trate de la evaluación de planes y programas (artículos 7 al 9 del Decreto 169/2014); y lo que es más importante si se trata de la evaluación de los instrumentos de planeamiento urbanístico¹⁰⁴.

¹⁰¹ Sin que sea este el lugar del examen de los procedimientos de Evaluación del impacto en la Salud, y su proyección desde las previsiones de la OMS a los distintos países europeos incluidos España, no nos resistimos a incorporar alguna referencia bibliográfica interesante para comprender esta figura. Así, Sandin –Vázquez, María y Sarria Santamera, Antonio: «Evaluación del Impacto en la Salud: valorando la efectividad de las políticas en la salud en las poblaciones», en Revista Española de Salud Pública, núm. 82 de 2008, págs. 261-272.

¹⁰² Su URL puede verse en: <http://www.creis.es/>

¹⁰³ BOJA de 15 de diciembre de 2014.

¹⁰⁴ Así el artículo 12 del Reglamento que introduce el procedimiento de EIS en Andalucía señala:
«1. Los criterios para determinar si un instrumento de planeamiento de desarrollo tiene especial incidencia en la salud son los siguientes:

- a) Población potencial afectada, mostrando especial atención a grupos de población especialmente vulnerables, como personas mayores, infancia, personas con discapacidad y mujeres embarazadas.
- b) Severidad de modificación del medio físico con efectos adversos en la red hidrográfica, hábitats naturales, usos del suelo o alteraciones en la calidad del agua o del aire.
- c) Grado de reducción en cobertura, disponibilidad o accesibilidad a instalaciones y servicios sanitarios, educativos o sociales o de conexión con el resto del núcleo urbano.
- d) Nivel de satisfacción de las necesidades de abastecimiento, saneamiento, dotaciones y servicios próximos y útiles para el entorno y la comunidad, incluyendo la facilitación de medios de transporte público adecuados.
- e) Presencia de medidas que condicionen estilos de vida incompatibles con la salud, como el sedentarismo, y que supongan la pérdida o ausencia de espacios verdes o que dificulten la disponibilidad o accesibilidad a instalaciones recreativas, deportivas –carril bici, rutas verdes– o a instalaciones infantiles.
- f) Ausencia de espacios comunitarios y otros que faciliten las relaciones sociales saludables y los usos sociales de los espacios urbanos.
- g) Existencia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas en parcelas colindantes que puedan afectar a la población que ocupe el espacio ordenado por el instrumento de planeamiento, incluyendo la

La Ley de Salud Pública regula en el Título II, Capítulo V de la Ley la definición de la EIS en Andalucía, al señalar que ésta tiene por objeto¹⁰⁵: «valorar los posibles efectos directos o indirectos sobre la salud de la población de los planes, programas, obras o actividades recogidos en el artículo 56, y señalar las medidas necesarias para eliminar o reducir hasta límites razonables los efectos negativos y reforzar los efectos positivos».

Además, la Ley de Salud Pública ha incorporado bajo el ámbito de aplicación de la evaluación de impacto de salud pública, no sólo los planes y programas sino también las actividades y obras, públicas y privadas, y sus proyectos, que deban someterse a los instrumentos de prevención y control ambiental establecidos en los párrafos a), b) y d) del artículo 16.1 de la Ley 7/2007, de 9 de julio¹⁰⁶, de Gestión Integrada de la Calidad Ambiental¹⁰⁷, que reglamentariamente se determinen. En este supuesto, la resolución de evaluación del impacto en la salud se considera incluida en el informe de impacto ambiental correspondiente. Esto es, sólo se someten a evaluación de impacto de salud, las actividades y obras públicas y privadas y sus proyectos que deban someterse a autorización ambiental integrada; autorización ambiental unificada y calificación ambiental.

Téngase en cuenta por lo demás que la regulación de la autorización ambiental integrada, autorización ambiental unificada y calificación ambiental, deberá contener la evaluación de impacto ambiental de la actuación a considerar. De tal suerte que dicha evaluación de impacto en la Salud estará subsumida en la evaluación de impacto ambiental, que por definición la actuación o el instrumento en cuestión deberá poseer.

Se excepciona no obstante de la aplicación de la necesidad de evaluación de informe de impacto sobre la salud de aquellos planes o programas cuyo contenido sea estrictamente de carácter financiero o presupuestaria y aquellos que tengan por objeto la protección civil en caso de emergencia o la defensa nacional. Y ello por cuanto así lo viene a disponer el artículo 56.3 de la Ley de Salud Pública de Andalucía. A continuación la Ley de Salud Pública viene a dedicar atención a la metodología, informe y procedimiento de evaluación. Respecto de esta última debe tomarse en consideración lo ya apuntado respecto de la regulación autonómica de desarrollo, a qué hacíamos referencia ut supra. En relación a la metodología merece la pena destacar que la norma ha medido la intervención en dos

aproximación a cementerios prevista en los artículos 39 y 40 del Decreto 95/2001, de 3 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria de Andalucía.

h) *Situación de las parcelas en relación con zonas inundables o zonas con riesgo de afección por fenómenos catastróficos de origen natural o antrópico».*

¹⁰⁵ Artículo 55 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

¹⁰⁶ BOJA de 20 de Julio de 2007.

¹⁰⁷ Artículo que en su redacción última es deudor de la modificación operada en la Ley de Salud Pública de Andalucía por la Ley 3/2014, de 1 de octubre, de medidas normativas para reducir las trabas administrativas de las empresas. Norma que en su Exposición de Motivos viene a recordarnos que la

fases, una primera ex ante, que debe ser llevada a cabo por el órgano o ente que desee llevar a cabo la actividad objeto de evaluación. En este caso, lo que la ley exige es la formulación de una «valoración», sobre el impacto en la salud de la actividad en cuestión. Evidentemente cabe esperar que la valoración de la entidad sobre el impacto en la salud deba ajustarse a los principios de coordinación, y proporcionalidad, transparencia y buen gobierno administrativo. Sin embargo, la realización de esta valoración ex ante no excluye la realización del informe de evaluación de impacto en salud, que debe ser evacuado por la Consejería competente en materia de salud pública¹⁰⁸.

Pues bien la Ley de Salud Pública de Andalucía si viene a detallar los distintos supuestos de emisión del informe por la Consejería y los efectos vinculantes o no vinculantes del mismo.

Veamos con algún detalle este particular; Señala el artículo 58 de la Ley Andaluza de Salud Pública lo siguiente:

«1. En los procedimientos de aprobación de los planes y programas a los que se refiere el artículo 56.1.a), será preceptivo el informe de evaluación de impacto en salud, que deberá emitirse en el plazo máximo de un mes.

Excepcionalmente, mediante resolución motivada, dicho plazo podrá ser ampliado hasta un máximo de tres meses. De no emitirse en el plazo señalado, este informe se entenderá favorable y se proseguirán las actuaciones»

En dicho apartado se incorpora pues obligación de emisión de informe preceptivo y vinculante. Sin embargo la no emisión del informe no paraliza las actuaciones ni es causa de invalidez del acto administrativo resultante sino que se da valor al contenido del informe y se entiende que éste ha sido favorable. Esto es, que se entendería emitido con carácter presunto con contenido favorable, aunque bien pudiera pensarse que en realidad dicho informe no ha existido. La regla a la que nos acostumbró la ya derogada Ley 30/92, de Procedimiento Administrativo Común era que mientras no se dijera nada en alguna normativa, eso es salvo disposición expresa el informe era no vinculante. Lo que no sucede en el caso que examinamos porque la norma de forma expresa quiere matizar el carácter preceptivo del mismo. Esta misma previsión ha sido recogida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre del procedimiento Administrativo de las Administraciones Públicas¹⁰⁹. Norma que además viene a expresar la opción de suspender la tramitación del procedimiento si no se evacua el informe y éste es preceptivo para la resolución del mismo. Cuestión que conecta con la inclusión de la no emisión del informe preceptivo entre las causas de suspensión del plazo máximo para resolver, ex artículo 22.1 d) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre. Resulta entonces que ya sea a la luz de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo que entrará

¹⁰⁸ Volveremos posteriormente sobre la organización y competencias en materia de Salud Pública,

¹⁰⁹ Artículo 80 de la Ley 39/2015.

en vigor el 2 de octubre de 2016, como a la luz de la normativa vigente en la actualidad, la no emisión de un informe preceptivo es causa de suspensión en la tramitación del procedimiento. No obstante lo cual, la Ley andaluza de Salud Pública, no sólo ha salvado la suspensión de la tramitación – ante el supuesto de no evacuación del preceptivo informe sino que ha dado sentido favorable al supuesto en que éste no haya sido evacuado – habiendo transcurrido el tiempo establecido para ello¹¹⁰. Lo curioso en el caso que examinamos es que el plazo otorgado como regla general es de un mes, pudiéndose ampliar a tres meses, y pudiéndose continuar las actuaciones en todo casi si este finalmente no ha sido evacuado. Lo que no se había afirmado en la Ley de procedimiento Administrativo era qué sentido ten entonces el informe. Pues no se dice nada en la Ley de Procedimiento Administrativo, ni la vigente ni la que entrará en vigor en breve y sí en la Ley Andaluza de salud Pública, que matiza el sentido favorable del mismo¹¹¹. Además, como señala el artículo 80.4 in fine de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, el informe emitido fuera de plazo no será tenido en cuenta, a la hora de adoptar la correspondiente resolución. Es decir, el informe si no ha sido evacuado en plazo deja de ser vinculante para convertirse en no vinculante. Esto es, se «castiga» la extemporaneidad de la administración en el cumplimiento de los plazos de evacuación del correspondiente informe de impacto.

Respecto de los procedimientos de aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico, el informe es preceptivo y vinculante y debe emitirse en el plazo máximo de tres meses¹¹² y añade la norma: «Si transcurrido dicho plazo no se hubiera evacuado el informe citado, se entenderá su conformidad al plan propuesto».

Esto es, también en este supuesto nos encontramos con un informe preceptivo y vinculante que pasa a ser emitido de forma presunta sino ha sido emitido de forma expresa antes de que concluya el plazo para evacuación previsto en la norma que en el caso de instrumentos de planeamiento urbanístico es como regla general de tres meses.

Así tan sólo para el caso de los procedimientos de autorización de actividades y obras, y sus proyectos, a los que se refiere las letras c) y d) del artículo 56.1, se remite la Ley de Salud Pública a la Legislación de procedimiento Administrativo, debiéndose las remisiones que hace al artículo 83 de la Ley 30/92, a la regulación contenida en los artículos 79, 80,

¹¹⁰ Para el caso de la Ley 39/2015, (artículo 22. 1 d) el plazo de suspensión máximo será de tres meses, tiempo a partir del cual se pueden proseguir las actuaciones.

¹¹¹ Con ello y dado el carácter preceptivo del informe que no se pierde, se quiere dar a entender que o bien el informe no tiene en el procedimiento en cuestión la significación que pudiera esperarse al permitir que su no evacuación no impida la tramitación del procedimiento, y por otro lado permite que de entenderse evacuado con carácter presunto, dando lugar a un acto administrativo presunto de informe favorable, se estén otorgando por vía presunta lo que no ha sido otorgado de forma expresa, y volveríamos en este punto sobre la adquisición de derechos y facultades a la que habilita la obtención del informe favorable de evaluación de impacto en la salud del programa o Plan en cuestión.

¹¹² Artículo 58.2 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

y 81 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo. En este caso el plazo máximo para la evacuación del informe es de un mes, que puede ser ampliado hasta un máximo de tres meses.

J. La vigilancia y control de los posibles riesgos para la salud derivados de la importación, exportación o tránsito de bienes y del tránsito internacional de viajeros

Se ha hecho la referencia a esta cuestión ut supra.

K. La prevención y detección precoz de las enfermedades raras, así como el apoyo a las personas que las presentan y a sus familias

El tratamiento de las enfermedades raras y su prevención supone un elemento que preocupa socialmente, y se hace visible cuando suceden casos que saltan a los medios de comunicación. La calificación de una enfermedad como rara implica de por sí que la misma no es frecuente en el conjunto, por tanto no recibe de entrada los recursos y la atención suficiente para su erradicación. En Andalucía, y para dar respuesta a esta prestación se aprobó por Consejo de Gobierno un documento de carácter estratégico que recoge medidas de ejecución en el período 2008-2012, el Plan de Atención a personas afectadas por enfermedades raras¹¹³. Este documento que opera como plan integral en el marco del III Plan Andaluz de Salud, incorpora medidas de actuación para la atención a supuestos de enfermedades raras. Es loable el intento de la Administración Pública por incorporar y recoger a nivel estratégico y programático dicha atención a colectivos diferenciados o con especiales necesidades, cuestión añadida es hasta qué punto se ha podido valorar el grado de ejecución de las medidas y su efectividad, en los supuestos en los que se detecta una enfermedad rara.

2. La definición de las prestaciones de Salud Pública desde la Ley de Salud Pública de Andalucía

En el caso de la Ley de Salud Pública de Andalucía, a las prestaciones de salud pública descritas en la Ley de Cohesión y Calidad de la Sanidad¹¹⁴ se vienen a integrar además, las que se incorporan en la propia Ley y que comprenden:

¹¹³ Puede verse en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/galerias/documentos/c_1_c_6_planes_estrategias/plan_enfermedades_raras/plan_enfermedades_raras.pdf

¹¹⁴ Artículo 11.2 Ley 16/2003, de 28 de mayo

A. *La vigilancia de las desigualdades¹¹⁵, en salud y en el acceso a los servicios de salud que puedan tener su origen en diferencias socioeconómicas, de género, lugar de residencia, cultura o discapacidad.*

Los determinantes para la salud que permiten la contextualización de las políticas de salud pública, son incorporados en la Ley Andaluza desde la vigilancia de las desigualdades en salud y lo que se califica como desigualdad en el acceso a los servicios de salud. La prohibición de discriminación que pueda fundarse en diferencias socioeconómicas, en razón de género, diferencia por lugar de residencia, cultura o discapacidad, se incorpora entonces como principio que rige la actuación de la Administración Sanitaria Andaluza.

Como nos recuerda REGIDOR Y GUTIÉRREZ-FISAC, RODRÍGUEZ¹¹⁶, fue en 1977, cuando la Trigésima Asamblea Mundial de la Salud, decidió que el principal objetivo de carácter social para los gobiernos y para la OMS, durante los siguientes decenios hasta el año 2000, debía ser conseguir que todos los habitantes del mundo tuvieran acceso a un nivel de salud que les permitiera desarrollar una vida social y económica productiva. Pues desde entonces y con las salvedades de las propuestas e informes que se han sucedido desde entonces en la denominada Ley de la atención inversa – esto es que aquellos que más asistencias sanitaria necesitan son normalmente los que menos pueden acceder a ella, el objetivo incorporado aquí como prestación es el de superar las desigualdades y vigilar para que éstas no impidan el acceso a la salud. Así, la Estrategia Europea «Health 2020», que pone el horizonte temporal en el año 2020, fruto de la 62, sesión del Comité Regional para Europa tuvo lugar en Malta en 2012, vino a señalar:

«La salud y el bienestar de la población se alcanza mejor si el gobierno trabaja conjuntamente para conseguir una mejora en los determinantes sociales e individuales de la salud. La buena salud puede servir de apoyo a la recuperación económica y al desarrollo».

Pues bien, la atención a las desigualdades exige el análisis de las mismas y la implicación o relación entre estas y el acceso a la salud. Documentos de trabajo en este sentido han proliferado con contenido estratégico más cercanos al softlaw administrativo. Así, el Borrador del Plan estratégico de Igualdad de oportunidades 2013-2016, aprobado por el Instituto de la Mujer, prevé las medidas de promoción de igualdad en las políticas de salud y bienestar social. Para ello entre las medidas propuestas se integran las de:

- promoción de generación del conocimiento sobre la salud y el bienestar psicosocial, apoyando la investigación, y difusión de la información especializada
- elaboración de indicadores de salud y bienestar social sensibles al género

¹¹⁵ «Propuesta de políticas e intervenciones para reducir las desigualdades sociales en salud en España» Gaceta Sanitaria, Vol. 26, núm. 2, de 2012.

¹¹⁶ REGIDOR Y GUTIÉRREZ-FISAC, RODRÍGUEZ, *Diferencias y Desigualdades en Salud en España*, Díez de Santos, Madrid, 1994.

En este contexto, los informes de la Comisión para reducir las desigualdades en Salud en España¹¹⁷, vienen a abundar en la necesidad de examinar aspectos tales como: la distribución de poder, riqueza y recursos, las condiciones de vida y de trabajo cotidianas, a lo largo del ciclo vital y los entornos favorecedores de la salud.

Para llevar a cabo esta labor de vigilancia la Ley crea además el Observatorio de Salud Pública de Andalucía, que regulado en el artículo 48 de la Ley que señala:

«1. En el seno de la Escuela de Salud Pública, se constituirá el Observatorio de Salud Pública de Andalucía, como unidad de carácter técnico y científico para el asesoramiento a la Consejería competente en materia de salud.

2. El Observatorio de Salud Pública de Andalucía promoverá el análisis de la situación de salud y sus factores determinantes en Andalucía, con especial atención a los que provocan situaciones de desigualdad en salud, y será el encargado de analizar las tendencias a largo plazo sobre las materias que se le confíen, en especial, respecto al impacto en la salud pública de los desarrollos tecnológicos y el análisis del efecto de las investigaciones en salud en el futuro y para las nuevas generaciones.

3. El Observatorio de Salud Pública de Andalucía contará con un foro de participación social y un foro de carácter científico. Por orden de la persona titular de la Consejería de Salud se desarrollarán sus funciones, composición, organización y funcionamiento.

4. El Observatorio de Salud Pública de Andalucía integrará al actual Observatorio de Salud Medioambiental de Andalucía existente en la Escuela Andaluza de Salud Pública».

Pues bien, es a esta unidad de carácter técnico a la que le va a corresponder el examen de los factores determinantes en Andalucía, con especial atención de los que provocan situaciones de desigualdad en salud.

B. La evaluación del impacto de las intervenciones para mejorar la salud de la ciudadanía.

Sobre este particular ténganse en cuentas las consideraciones realizadas ya en el apartado que con el mismo título y respecto de la enumeración de prestaciones de Salud Pública a nivel estatal han sido ya realizadas, con la proyección de la regulación autonómica de aplicación.

¹¹⁷ Informe de la Comisión para reducir la desigualdades de Salud en España, que puede verse en: http://www.msssi.gob.es/profesionales/saludPublica/prevPromocion/promocion/desigualdadSalud/docs/Propuesta_Policas_Reducir_Desigualdades.pdf

C. La promoción y protección de la calidad acústica del entorno.

Las acciones de Salud pública deben comprender también los elementos que permitan asegurar la protección acústica del entorno, en tanto que esta incide de manera directa en la calidad de vida afectando a la salud¹¹⁸. Para el examen de la adecuada calidad acústica es preciso examinar la normativa existente sobre protección contra el ruido. Así la Ley 7/2007, de 9 de Julio de gestión de la Calidad ambiental de Andalucía, vino a desarrollar la Ley 37/2003, de 17 de noviembre sobre ruido, estableciendo en materia de contaminación acústica previsiones que permitirían desde la definición de mapas de ruido, planes de acción a la designación de servidumbres acústicas. La atención a la calidad acústico del entorno como factor determinante de actuación de los poderes públicos en la protección de la salud, permite en la configuración de la misma como prestación de salud pública la puesta en marcha de actuaciones incorporadas en el Plan Integral de Salud 2013-2020, aprobado por el Consejo de Gobierno.

En ese contexto, el Decreto 6/2012, de 17 de enero¹¹⁹ vino a desarrollar el reglamento de Protección contra la Contaminación Acústica en Andalucía, y modificar el Decreto 357/2010, de 3 de agosto, que aprueba el reglamento para la calidad del cielo nocturno frente a la contaminación lumínica y las medidas de ahorro y eficiencia energética. Pues bien en dichos desarrollos reglamentarios de la Ley de Calidad ambiental¹²⁰, que reseñamos se hace patente la necesidad de configurar mecanismos que permitan la zonificación acústica del entorno, y se establecen mecanismos para el control y la protección contra la contaminación acústica.

No se olvide que como el propio Tribunal Constitucional ha venido a reseñar en la Sentencia 16/2004, de 23 de febrero se produce una vulneración del derecho fundamental a la

¹¹⁸ Lo demuestran así estudios entre los que por ejemplo podemos citar: ESTEBAN ALONSO, ALFONSO: *Contaminación Acústica y Salud*, Observatorio Medioambiental, Madrid. 2003.

¹¹⁹ BOJA de 6 de febrero de 2012.

¹²⁰ Téngase en cuenta en este sentido que de conformidad con el artículo 149.1. 23 de la Constitución Española se reconoce al Estado la competencia exclusiva para dictar la legislación básica en materia de medio ambiente, sin perjuicio de las facultades que las Comunidades Autónomas puedan asumir para dictar normas adicionales de protección. Pues bien, dicha competencia que fue objeto de desarrollo por la Ley estatal de carácter básico ha sido también recogida en el artículo 57.2 del Estatuto de Autonomía para Andalucía que vino a reconocer la competencia compartida sobre la regulación del medio ambiente atmosférico, y de las distintas clases de contaminación del mismo. Además en el ámbito local la Ley de Autonomía Local de Andalucía Ley 5 /2010, de 11 de junio vino a recoger las competencias municipales en materia de contaminación acústica. Pero por si ello no fuera suficiente esta materia ha sido objeto de atención a nivel comunitario a través de las directivas que como la Directiva 2002/49/C, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2003, sobre evaluación y gestión del ruido ambiental. Así, la Ley Estatal reseñada ut supra es fruto de la transposición de esta directiva y ha sido objeto de desarrollo por disposiciones reglamentarias, tales como el Real Decreto 1315/2005, y el Real Decreto 1367/2007, de 19 de octubre sobre zonificación acústica. Pues bien en el contexto que nos ocupa la normativa de desarrollo de rango reglamentario incide en estas cuestiones normativas estableciendo disposiciones adicionales de protección que se configuran como una prestación de salud pública en la medida en que afecten a la salud de la población.

integridad física y moral y a la intimidad personal y familiar derivada de la continuada a niveles intensos de ruidos «que pueden poner en grave peligro la salud de las personas», o más recientemente la STC de 29 de septiembre de 2011.

D. La promoción, la protección de la salud y la prevención de los factores de riesgo para la salud en los establecimientos públicos, lugares y sitios de convivencia humana.

La detección de los factores de riesgo constituye además competencia de la Consejería de Salud. Esta prestación hace referencia a las actuaciones de protección y prevención de la salud, esto es a la sanidad preventiva. No califica la norma sin embargo cuales deban ser los riesgos para la salud a los que se hace referencia, entendemos que pueden derivarse del contagio de enfermedades tales como al gripe o por ejemplo los que se derivan del aire acondicionado. Por otro lado tampoco define la norma que se quiera decir por centros de convivencia humana. Otras normativas autonómicas, como es el caso de la Comunidad Canarias al introducir la regulación de esta prestación de salud pública¹²¹ ha ejemplificado lo que quiere decirse por sitios de convivencia humana al incluir en los mismos: «centros escolares, instalaciones deportivas y los lugares, locales e instalaciones de esparcimiento público».

E. La promoción, la protección de la salud y la prevención de los factores de riesgo para la salud derivados del ejercicio de prácticas y actividades realizadas sobre el cuerpo humano en establecimientos de atención personal de carácter no terapéutico que puedan tener consecuencias negativas para la salud, y también se incorporan como prestación la promoción, la protección de la salud y la prevención de los factores de riesgo para la salud en relación con el ejercicio de terapias naturales realizadas sobre el cuerpo humano en centros y establecimientos no sanitarios, incluidas las acciones de intervención administrativa y control sanitario.

La prestación que se recoge en el apartado E de la norma reúne en el enunciado elementos que vienen a coincidir con los descritos en el apartado anterior, no obstante y si avanzáramos alguna definición de que se entienda por factor de riesgo para la salud, deberíamos hacer uso de la definición que la Organización Mundial de la Salud utiliza al decir, que riesgo es: «la probabilidad de que se produzca un resultado adverso» o «el factor que aumenta esa probabilidad»¹²². De hecho, la contención de riesgos es uno de los medios más potentes para mejorar la seguridad internacional, según viene a reconocer también el Reglamento Sanitario Internacional.

¹²¹ Este es el caso por ejemplo de la Ley 11/1994, de 26 de julio de Ordenación Sanitaria de Canarias.

¹²² Organización Mundial de la Salud, *Informe sobre la Salud en el mundo 2002*. El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, señala que riesgo: «la contingencia o proximidad de un daño», <http://dle.rae.es/?w=riesgo&o=h>

En realidad integramos dos prestaciones de la Ley de Salud Pública de Andalucía en el párrafo anterior pero la interrelación existente entre ellas hacía más fácil su análisis integrado. Pues en ambas se define el riesgo para la salud de actividades que se realizan sobre el cuerpo humano. La diferencia estriba en que en la prestación primera se llevan a cabo las actuaciones en establecimientos de atención personal de carácter no terapéutico, mientras que en el segundo caso las actividades se realizan en centros y establecimientos no sanitarios. Además se incluyen en la prestación las actividades de intervención administrativa y control sanitario.

En este contexto, la distinción entre ambas prestaciones se encuentra en la naturaleza del centro o establecimiento en el que se desarrolla la actividad que puede afectar a la salud humana. Si el centro es no terapéutico, por ejemplo un polideportivo, pero se producen actuaciones sobre el cuerpo humano que inciden sobre la salud la atención del sistema será diferenciada a si por el contrario el centro es terapéutico, y en ese caso se limita al establecimiento de terapias naturales, por ejemplo quiromasaje, o acupuntura, si esta no está integrada en la cartera de sistema sanitario andaluz, y además el centro en el que se realizan no tiene carácter de centro sanitario. Por centro sanitario hay que entender aquel que se encuentra integrado en el Sistema Sanitario Público, en distinción a aquellos centros no sanitarios, aunque se pueden llevar a cabo en ellos terapias de carácter natural.

Salvadas pues las distinciones conceptuales la calificación de la prestación del sistema de salud pública se orienta a la promoción protección y prevención de factores de riesgo, lo cual implica diferencia distintos tipos de riesgos en función del origen de los mismos. Podría afirmarse entonces que tanto en esta como en las anteriores prestaciones y la que sigue a continuación el denominador común es la calificación del riesgo y la necesidad de instrumentar mecanismos legales que sirvan de instrumentos de protección de la salud y prevención de los factores de riesgos, de tal forma que éste se minimice y su incidencia sea improbable.

F. La fármaco-vigilancia y el control sanitario de otros productos de utilización diagnóstica, terapéutica o auxiliar que puedan suponer un riesgo para la salud de las personas.

La prestación de fármaco-vigilancia, implica el control de los productos farmacéuticos, se entiende por tal el conjunto de actividades de salud pública que se ocupan de la identificación, cuantificación, evaluación y prevención de los riesgos derivados del uso de los medicamentos una vez que han sido comercializados. La regulación estatal sobre fármaco-vigilancia se operó a través de la Ley 10/2013, de 24 de julio¹²³, que Incorporan al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y

¹²³ Téngase en cuenta además que en la materia se ha aprobado Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Garantías y uso racional de los medicamentos

del Consejo, de 15-12-2010¹²⁴, sobre fármaco-vigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8-6-2011¹²⁵ sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y se modifica la Ley 29/2006, de 26 de julio de 2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios; y por el Real Decreto 577/2013, de 26 de julio¹²⁶, por el que se regula la fármaco-vigilancia de medicamentos de uso humano. La norma que venía a desarrollar la Ley 29/2006, de 26 de julio de medicamentos y productos sanitarios, estableciendo una regulación acorde a la normativa comunitaria¹²⁷.

En ella se establecían no sólo la definición del Sistema Español de Farmacología sino las funciones de la Agencia Española de Medicamentos y productos sanitarios en materia de fármaco-vigilancia,¹²⁸ y las funciones de las Comunidades Autónomas respecto de la fármaco-vigilancia¹²⁹. En este contexto, la Comunidad Autónoma Andaluza desarrolló en la Ley

y productos sanitarios. Norma que ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional por el Gobierno Vasco (artículo 102 de la norma). BOE de 11 de noviembre de 2015.

¹²⁴ LCEur 2010\1883

¹²⁵ LCEur 2011\1029

¹²⁶ BOE de 27 de julio de 2013, núm.

¹²⁷ Reglamento (UE) n.º 1235/2010, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, y el Reglamento (UE) n.º 1027/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, que modifican, en lo que respecta a la fármaco-vigilancia de los medicamentos de uso humano, el Reglamento (CE) n.º 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y el control de los medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos, y el Reglamento (CE) n.º 1394/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de noviembre de 2007, sobre medicamentos de terapia avanzada, todos ellos con objeto de adoptar medidas que mejoren el funcionamiento del Derecho de la Unión sobre fármaco-vigilancia de los medicamentos de uso humano.

¹²⁸ Artículo 4 del Reglamento

¹²⁹ Así, el artículo 5 del RD 577/2013, vino a señalar que correspondían a las Comunidades Autónomas: Artículo 5.

Funciones de las comunidades autónomas.

Son funciones de las comunidades autónomas, a través de sus órganos competentes o de las unidades en quien estos deleguen:

1. Establecer de forma permanente y continuada un programa de notificación espontánea adecuándose a las Buenas Prácticas del Sistema Español de Fármaco-vigilancia, y comunicar a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios la unidad responsable de ejecutar esta tarea en la comunidad autónoma.
2. Promover y realizar las acciones, estudios o programas de fármaco-vigilancia que se acuerden en el seno del Comité Técnico del Sistema Español de Fármaco-vigilancia.
3. Posibilitar la notificación de sospechas de reacciones adversas por parte de profesionales sanitarios y ciudadanos a través de diversos medios, incluido el electrónico, teniendo en cuenta lo acordado en el seno del Comité Técnico del Sistema Español de Fármaco-vigilancia.
4. Poner en marcha diferentes estrategias para facilitar a médicos, farmacéuticos y demás profesionales sanitarios y ciudadanos, la notificación de las sospechas de reacciones adversas. El diseño de dichas estrategias se realizará en coordinación con la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios en el

2/98 de Salud, previsiones¹³⁰ sobre la necesidad de colaboración de las instituciones de la Administración Autonómica con la Administración General del Estado en materia de fármaco-vigilancia y control de acciones adversas de los medicamentos. Así la Orden de 1 de marzo 2000¹³¹, de la Consejería de Salud vino a prever la regulación de los órganos encargados de

seno del Comité Técnico del Sistema Español de Fármaco-vigilancia, pudiéndose contar con la participación de organizaciones de consumidores y pacientes, sociedades científicas y organizaciones profesionales.

5. Registrar en la base de datos FEDRA las sospechas de las reacciones adversas recibidas. El plazo máximo para este registro será de diez días naturales desde la recepción de la información para los casos graves y de ochenta días naturales desde su recepción para los casos no graves.
6. Proporcionar a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios la información que se les requiera para evaluar la relación beneficio-riesgo de los medicamentos o el impacto de las medidas reguladoras ejecutadas por razones de seguridad.
7. Evaluar la información contenida en la base de datos FEDRA y en otras bases de datos de sospechas de reacciones adversas accesibles para detectar señales.
8. Cooperar con la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios y los titulares de la autorización de comercialización en la detección de posibles duplicidades de notificaciones de sospechas de reacciones adversas.
9. Cooperar con la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios para la implantación y desarrollo de programas y estudios sobre la evaluación y gestión de los riesgos de los medicamentos, de conformidad con los acuerdos adoptados por el Comité de Seguridad de Medicamentos de Uso Humano.
10. Cooperar con la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios en la difusión del conocimiento sobre la seguridad de los medicamentos.
11. Establecer sistemas de colaboración con las unidades responsables de seguridad del paciente, de tal manera que las sospechas de reacciones adversas derivadas de errores de medicación se integren en la base de datos FEDRA, informando a su vez a dichas unidades de los casos que llegan directamente a los Centros Autonómicos de Fármaco-vigilancia.
12. Implementar las medidas oportunas acordadas en el Comité Técnico del Sistema Español de Fármaco-vigilancia, encaminadas a identificar el nombre del medicamento y el número de lote en aquellas notificaciones que involucren a medicamentos de origen biológico o biotecnológico.
13. Implementar las medidas oportunas para obtener la información necesaria para la adecuada evaluación científica de las notificaciones de sospechas de reacciones adversas, implicando a los titulares de la autorización de comercialización, a los profesionales sanitarios o a los ciudadanos, según proceda, en la obtención de información de seguimiento.
14. Realizar y remitir a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios un informe anual de actividades y llevar a cabo auditorías internas bienales de su Centro Autonómico de Fármaco-vigilancia, emitiendo informe a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios.
15. Realizar las funciones relativas a los estudios posautorización referidas en el Capítulo VI.
16. Realizar las inspecciones precisas para verificar el cumplimiento de lo dispuesto en el Capítulo V, dentro de su ámbito de competencias y notificar a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios el resultado de las inspecciones, tanto las favorables como las desfavorables, incluyendo en este último caso los incumplimientos que detecten.
17. Contribuir al progreso científico mejorando los métodos de fármaco-vigilancia, así como el conocimiento y la comprensión de la naturaleza y mecanismos de las reacciones adversas, y el perfil de seguridad de los medicamentos.
18. Cualquier otra función que pueda resultar necesaria en el ámbito de la fármaco-vigilancia, y que deba ser ejercida por las comunidades autónomas.
19. Las comunidades autónomas garantizarán los medios necesarios para llevar a cabo las tareas arriba encomendadas».

¹³⁰ Artículo 15.6 de la Ley de Salud de Andalucía.

¹³¹ BOJA de 30 de marzo de 2000.

la fármaco-vigilancia en la Comunidad Autónoma de Andalucía. En este contexto se crea el Centro Andaluz de Fármaco-vigilancia, y el comité Andaluz de Fármaco-vigilancia.

Respecto del primero, este nace con la finalidad de:

- «a) Desarrollar las actuaciones del Sistema Español de Fármaco-vigilancia en el ámbito de la Comunidad Autónoma conforme a los programas generales y específicos establecidos, informando trimestralmente a la Dirección General de Farmacia y Conciertos de las actividades realizadas.
- b) Informar con carácter inmediato a la Autoridad Sanitaria sobre cualquier reacción adversa grave o novedosa que pudiera requerir la adopción de medidas cautelares o informativas.
- c) Asesorar a la Administración Sanitaria y a los profesionales sanitarios sobre reacciones adversas a medicamentos o grupos de medicamentos, o sobre otros aspectos relacionados con el uso racional de los mismos, emitiendo los informes que al respecto le sean solicitados.
- d) Gestionar el registro de las reacciones adversas que, producidas por medicamentos en fase de investigación o durante la realización de un ensayo clínico, sean comunicadas a la Consejería de Salud en cumplimiento de la normativa vigente.
- e) Realizar el seguimiento y coordinación de los programas determinados por la Autoridad Sanitaria sobre medicamentos de especial control médico.
- f) Actuar como centro consultivo y asesor en materia de estudios en fase IV, excluidos los ensayos clínicos, realizados en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.
- g) Elaborar y publicar con carácter cuatrimestral el «Boletín Alerta de Fármaco-vigilancia», así como cualquier otra publicación que, por la Dirección General de Farmacia y Conciertos de la Consejería de Salud, se estime necesaria para el fomento de la fármaco-vigilancia en Andalucía, y
- h) Elaborar una memoria anual de las actividades realizadas por el Centro y remitirla a la Dirección General de Farmacia y Conciertos antes del 1 de marzo del año siguiente».

Amén de los estudios desarrollados sobre la materia,¹³² la fármaco-vigilancia como prestación de salud pública, ha sido desarrollada en todas las comunidades autónomas, que han venido a establecer mecanismos de colaboración con la Administración general del Estado para su implementación.

G. La prevención y protección de la salud ante cualquier otro factor de riesgo, en especial la prevención de las discapacidades y dependencias.

La atención a la prevención de discapacidades y dependencias conecta con dos legislaciones sectoriales diferenciadas. A saber: la atención a la discapacidad y la normativa sobre

¹³² Por todos citamos al Prof. DOMENECH PASCUAL, *Régimen Jurídico de la fármaco vigilancia*, Cívitas, Madrid. 2009.

supresión de barreras arquitectónicas o las correspondientes a la atención a las personas con alguna discapacidad o diversidad funcional, y por otro lado, la normativa sobre dependencia que emana de la Ley Estatal de Dependencia y su implementación en el ámbito Autonómico. Como quiera que no es este el lugar de examinar con detalle la regulación de los aspectos sociales¹³³ de la dependencia, y sí solo hacer una referencia tangencial a ambas cuestiones, a la luz de la regulación autonómica¹³⁴, prestamos atención a la noción de los factores de riesgo que puedan afectar en la prevención de discapacidades y dependencias.

Así entre los planes que se desprenden de la programación estratégica de la Consejería de Salud, y en el mismo Plan Andaluz de Salud se integran previsiones que atienden a la necesidad de la puesta e marcha de políticas activas que fomenten la autonomía y contribuyan a la minoración de aquellas situaciones de riesgos frente a la discapacidad. Así, vino a suceder con el Plan Andaluz de Atención a las personas con discapacidad 2003-2006 y 2011-2013¹³⁵; y de forma específica el Plan de Acción integral para las mujeres con discapacidad en Andalucía 2008-2013¹³⁶.

Recuérdese en este sentido y como hemos visto de forma sectorial en la descripción de planes específicos en aspectos relacionados con prestaciones públicas ya descritas, que la planificación en materia de salud pública es un instrumento integrado en la propia ley. Así nos lo señala el artículo 54 de la Ley de Salud Pública de Andalucía:

«1. La planificación de la salud pública en Andalucía se concretará en el desarrollo de las políticas de salud en el marco del Plan Andaluz de Salud, de conformidad con lo

¹³³ Remitimos en este punto al excelente aporte de los profesores FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUIÓ, en *El derecho de los Servicios Sociales en Andalucía*, en Instituto Andaluz de Administración Pública. Estudios de Derecho Propio de Andalucía, Sevilla.

¹³⁴ Sobre la discapacidad en Andalucía puede verse; TORRES LÓPEZ, ASUNCIÓN, en «Régimen Jurídico Administrativo de la Discapacidad en Andalucía», en FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUIÓ, en *El derecho de los Servicios Sociales en Andalucía*, en Instituto Andaluz de Administración Pública. Estudios de Derecho Propio de Andalucía, Sevilla. Págs. 527-573.

¹³⁵ Que puede verse on line en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/temas/temas_es/___QUIENES_SOMOS/C_6_Andalucia_en_salud_planes_y_estrategias/plan_discapacidad_personas/plan_discapacidad_personas?perfil=ciud&desplegar=/temas_es/___QUIENES_SOMOS/&idioma=es&tema=/temas_es/___QUIENES_SOMOS/C_6_Andalucia_en_salud_planes_y_estrategias/plan_discapacidad_personas/&contenido=/channels/temas/temas_es/___QUIENES_SOMOS/C_6_Andalucia_en_salud_planes_y_estrategias/plan_discapacidad_personas/plan_discapacidad_personas

¹³⁶ Que pueden verse on line en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/temas/temas_es/___QUIENES_SOMOS/C_6_Andalucia_en_salud_planes_y_estrategias/plan_discapacidad_mujeres/plan_discapacidad_mujeres?perfil=ciud&desplegar=/temas_es/___QUIENES_SOMOS/&idioma=es&tema=/temas_es/___QUIENES_SOMOS/C_6_Andalucia_en_salud_planes_y_estrategias/plan_discapacidad_mujeres/&contenido=/channels/temas/temas_es/___QUIENES_SOMOS/C_6_Andalucia_en_salud_planes_y_estrategias/plan_discapacidad_mujeres/plan_discapacidad_mujeres

establecido en los artículos 30 a 33 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía.

2. En el marco del Plan Andaluz de Salud vigente, por la Consejería competente en materia de salud, se fomentará el desarrollo de planes provinciales.
3. Sin perjuicio de lo establecido en la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, la Consejería competente en materia de salud velará por el desarrollo de los planes locales de acción en salud a los que se refiere el artículo 38».

Y ello por cuanto la planificación en materia de salud pública comprende no sólo el Plan de Salud sino que en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley de Salud Pública, se prevé la elaboración de planes de Salud específicos, que para el supuesto que nos ocupa y al margen de los dos enumerados ut supra integran entre otros los siguientes¹³⁷:

- el Plan integral de Salud Mental de Andalucía
- el Plan Integral de Diabetes de Andalucía
- el Plan Integral de Atención a las cardiopatías de Andalucía
- el Plan Andaluz de Alzheimer
- el Plan de Atención a cuidadoras familiares en Andalucía
- el Plan de atención a personas afectadas con enfermedades raras
- el plan Andaluz de Cuidados Paliativos.
- el Plan Andaluz de atención a las personas con dolor...

Por último tómesese en consideración el anteproyecto de Ley de Garantías y Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público Andaluz que si bien se encuentra en plena formulación cuando se redactan estas líneas, su contenido apunta en la dirección de mejorar las garantías del sistema sanitario de tal suerte que se refuerce vía ley la prevalencia de la atención sanitaria y la protección desde la salud pública en el catálogo de prestaciones descritos. Así, el artículo 26 de dicho anteproyecto señala que será precisa la coordinación de los servicios sociales y sanitarios¹³⁸, en particular para la prevención y atención de las situaciones de dependencia y fragilidad.

H. La prestación de los servicios de análisis de laboratorio en materia de salud pública en el marco de actuación de la Consejería competente en materia de salud.

Una de las prestaciones del Sistema Andaluz de Salud Pública lo constituye la realización de actividades de servicios de análisis de laboratorio, siempre respecto de actuaciones

¹³⁷ Su referencia puede verse en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/portal/index.jsp?idioma=es&perfil=ciud&opcion=listadoTematico&tema=/temas_es/___QUIENES_SOMOS/C_6_Andalucia_en_salud_planes_y_estrategias/&desplegar=/temas_es/___QUIENES_SOMOS/&menu=S

¹³⁸ Interesante en este punto es el trabajo del Prof. CASADO PÉREZ, Demetrio, *Coordinación Pública en y entre la rama de los Servicios Sanitarios y Sociales*, Hacer Editorial, 2008.

en materia de salud pública. Pues bien dicha prestación solo es posible en el marco de la organización administrativa de la consejería de Salud y sus organismos autónomos. En este particular es de especial significación la supresión del registro de laboratorios de salud pública en Andalucía que se operó como resultado de la transposición de la Directiva Bolkenstein, Directiva 2006/123/CE, de 12 de Diciembre del Parlamento Europeo y del Consejo, relativas a los servicios en el mercado interior al ordenamiento jurídico interno. Pues dicha Directiva fue traspuesta en España por Ley 17/2009, de 23 de noviembre y en Andalucía por la Ley 3/2010, de 21 de mayo. Pues bien en este contexto, se aprobó el Decreto 141/2011, de 26 de abril, que vino a derogar al Decreto 444/1996, de 17 de septiembre, por el que se regula el procedimiento de autorización, el reconocimiento de la acreditación y el registro de los Laboratorios de Salud Pública en Andalucía. A resultas de lo cual, no es preceptiva ni la autorización ni el registro de los laboratorios de Salud Pública en nuestra comunidad Autónoma. Así, cuando el operador económico o titular del servicio pretenda el reconocimiento de resultados analíticos, por parte de los servicios de control oficial, sólo podrán tenerse en cuenta resultados procedentes de laboratorios acreditados en base a la norma ISO 17025, para los cuales existe una declaración oficial sobre su competencia técnica y, por tanto, está garantizada la fiabilidad de sus resultados¹³⁹.

l. La policía sanitaria mortuoria.

La atención a la salud pública incorpora también entre sus prestaciones en Andalucía los aspectos relacionados con la policía mortuoria. En este sentido como en todos los que se van analizando a lo largo de estas páginas se puede apreciar que la Comunidad Autónoma ha legislado profusamente en la materia. Así, la primera regulación en la materia se operó por el Decreto 95/2001, de 3 de abril¹⁴⁰, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria, que fue modificado por el Decreto 238/2007, de 4 de septiembre¹⁴¹. Posteriormente, la necesidad de transposición de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior¹⁴², se operó por medio del Decreto 141/2011, de 26 de abril, de modificación y derogación de diversos decretos en materia de salud y consumo, que permitió la modificación del reglamento en Decreto 62/2012, de 13 de marzo¹⁴³.

¹³⁹ Y ello en sintonía con el comunicado oficial emanado de la propia consejería de Salud de la Comunidad Autónoma Andaluza.

¹⁴⁰ BOJA de 3 de Mayo de 2001.

¹⁴¹ BOJA de 18 de septiembre de 2007.

¹⁴² BOJA de 12 de Mayo de 2013.

¹⁴³ BOJA de 27 de Marzo de 2012.

Pues bien, en aplicación de la normativa a la que hacemos referencia debe entenderse siempre desde el ámbito competencial que la Ley de Salud de Andalucía, Ley 2/98, de 15 de junio señalara al atribuir¹⁴⁴ a la Comunidad Autónoma la competencia para el establecimiento de los criterios generales, normas y directrices para el ejercicio de la policía sanitaria mortuoria. Cuestión además de carácter previo para el ejercicio por los ayuntamientos de sus competencias en la materia, relativas al control sanitario de los cementerios y policía mortuoria¹⁴⁵. No podría ser de otra forma pues son los municipios los que se van a ocupar de la gestión de aspectos relativos a la salubridad pública, si bien no debe obstar dicha competencia y la específica atribución en policía mortuoria a las Administraciones Locales, que debe respetar en todo caso las competencias Autonómicas en la materia¹⁴⁶.

J. La vigilancia e intervención frente a la zoonosis¹⁴⁷.

Común tanto en la clasificación de prestaciones contenida en la Ley Estatal de Salud Pública como nuevamente descrita en la Ley Andaluza de Salud pública, la vigilancia e intervención frente a la zoonosis constituye un denominador común de la política de salud pública. Y es que para los poderes públicos preocupa la forma en la que las enfermedades que provienen de los animales pueden afectar la salud humana y por ello las medidas de política pública relevante para vigilar y prevenir supuestos de zoonosis. Esta es una materia que ha sido también objeto de interés por la Consejería competente en la materia de Agricultura, pesca y desarrollo rural. Sin perjuicio de la profusa regulación comunitaria, y estatal al respecto, en particular en el caso examinado y tanto que prestación de salud pública en Andalucía, la atención a la zoonosis integra también la política de sanidad animal¹⁴⁸ de la Consejería. Esto es, existe una conexión relevante entre ambas cuestiones que ha puesto de manifiesto la doctrina¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Artículo 19.8 de la Ley de Salud de Andalucía.

¹⁴⁵ Artículo 38.1 e) de la Ley de Salud de Andalucía.

¹⁴⁶ Como ha recordado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 12 de noviembre de 1992, citada en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, 601/2001, de 23 de mayo de 2001, en su fundamento jurídico Tercero al decir: «no puede dudarse de la potestad auto-organizativa de los Ayuntamientos en lo que se refiere a los modos de gestión del servicio público funerario, sometida únicamente a lo establecido en la legislación estatal y autonómica en la medida que la competencia para regularlo venga atribuida a tales entes superiores, y sometida también a la aprobación de la correspondiente Comunidad Autónoma». (Ponente: Ilmo.Sr. D. Fernando Seoane Pesquera).

¹⁴⁷ Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la Zoonosis es la enfermedad o infección que se da en los animales y que es transmisible al hombre en condiciones naturales.

¹⁴⁸ Así el Decreto 65/2012, de 13 de marzo que regula las condiciones de sanidad y zootécnicas de los animales.

¹⁴⁹ PÉREZ MONGUIÓ, *Animales Potencialmente peligrosos*, Bosch, 2006. GONZÁLEZ RÍOS, I: *Sanidad Animal y Seguridad Alimentaria en los productos de origen animal*, Comares, 2004.

K. El control sanitario de la publicidad en el marco de la normativa vigente.

El control sanitario de la publicidad implica de nuevo la atención no sólo sobre la adecuada protección de la salud a través de la publicidad¹⁵⁰ en campañas de protección de la salud, y prevención de enfermedades sino la competencia profesional en la praxis médica cuando se conjugan profesionales que ejercen su actividad de asistencia médica tanto en el ámbito público como privado. Las referencias específicas a la publicidad sanitaria son entonces complementarias de otras medidas sectoriales. Si bien en nuestra Comunidad Autónoma no existe una regulación específica de desarrollo de la misma más allá del enunciado de la Ley de Salud Pública que referenciamos.

L. La promoción y la protección de la salud en la ordenación del territorio y el urbanismo.

El examen de la prestación que incorpora la atención a la salud en la ordenación del territorio y el Urbanismo, toma en consideración las reflexiones ya realizadas respecto del informe de evaluación de impacto en la salud de los proyectos y planes, en este caso de los planes de urbanismo. El Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana (en adelante TRLSURU) aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, viene a incorporar entre sus objetivos la regulación de las condiciones básicas que permitan un desarrollo sostenible «competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada»¹⁵¹. Además, el TRLSURU, hace referencia expresa entre sus principios al de desarrollo sostenible que incorpora los elementos que deban contribuir a la prevención adecuada de riesgos y peligros para la salud pública, y con ello contribuir a la eliminación de perturbaciones de ambas. Es el urbanismo saludable y la ciudad habitable como ciudad saludable en la que las actividades que tienen lugar permiten la adquisición de una adecuada calidad de vida.

Así, el desiderátum del desarrollo urbano sostenible se proyecta con carácter transversal en la actuación pública urbanística y permite la definición de los contenidos de los instrumentos de planeamiento y de la calificación del suelo¹⁵². Pues bien en este contexto y respecto de las competencias autonómicas de carácter exclusivo sobre urbanismo y

¹⁵⁰ Véase por ejemplo las campañas y normativa específica en otras comunidades Autónomas como es el caso de Galicia, donde se aprobó el Decreto 75/2001, de 22 de marzo sobre el control sanitario de la publicidad, promoción, suministro, venta y consumo de productos de tabaco.

¹⁵¹ Artículo 1 del TRLSURU 2015

¹⁵² Como sucede en el artículo 16 del TRLSURU respecto del contenido del derecho de propiedad del suelo en situación de rural de edificación.

ordenación del territorio la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó en el año 2002, la Ley 7/2002, de 17 de diciembre de Ordenación Urbanística de Andalucía, que ha sufrido una modificación relevante por la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2015, de 9 de julio¹⁵³. Pues bien a la luz de la Sentencia del Tribunal Constitucional, la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía (en adelante LOUA)¹⁵⁴, se incorporan como fines específicos de la actividad urbanística¹⁵⁵: a) «Conseguir un desarrollo sostenible y cohesionado de las ciudades y del territorio en términos sociales, culturales, económicos y ambientales, con el objetivo fundamental de mantener y mejorar las condiciones de calidad de vida en Andalucía».

Lo cual debe redundar en la mejora de la salud de los ciudadanos. Se encuentra por tanto esta previsión integrada en la normativa urbanística. Como sería objeto de otro lugar el examen detallado de los contenidos de la LOUA¹⁵⁶, solo nos limitaremos a destacar la relevancia de la prestación de salud pública que la Ley de Salud Pública de Andalucía incorpora recordando eso sí, la significación de los informes de evaluación en la salud de las políticas públicas y de los planes y programas e instrumentos de planeamiento, conforme hacíamos *ut supra* respecto de la descripción de la normativa autonómica que se ocupa de esta cuestión.

En relación a la política de Ordenación del territorio haremos brevemente, referencia a la Ley 1/94 de Ordenación del Territorio de Andalucía, que con las reformas contenidas en la normativa de vivienda ha permitido la atención a la Salud de manera tangencial. No ya respecto de la salud Ambiental o de la evaluación de impacto en la salud de las políticas territoriales, sino respecto de la configuración de los planes con incidencia en la ordenación del territorio, de tal suerte que las actuaciones en suelo deban no sólo orientarse a la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos sino a la implementación de ciudades saludables.

M. La prevención y protección de la salud en las viviendas y en los entornos residenciales.

La Salud en las viviendas y edificaciones, así como en los entornos residenciales es requisito *sine qua non* en el proceso edificatorio. Así, la actuación administrativa ha demandó— con carácter preventivo desde la configuración de las cédulas de habitabilidad de las viviendas un control *ex ante* de las condiciones en las que éstas se encuentran previa a su ocupación y puesta en valor en el mercado residencial. Hay que señalar, que las competencias sobre

¹⁵³ BOE de 14 de agosto de 2015, núm. 194.

¹⁵⁴ La Sentencia del Tribunal Constitucional declaró inconstitucional y nulo artículo 188,

¹⁵⁵ Artículo 3, apartado 1. a)

¹⁵⁶ Una inicial reflexión sobre la misma tuvimos ocasión de realizar en: GÓMEZ JIMÉNEZ, MARÍA LUISA *Aspectos Básicos de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía*, Tecnolex, 2011. Sin perjuicio de que las reformas normativas que se han sucedido desde entonces ameriten un mayor detalle y análisis cuyo lugar no corresponde realizar aquí.

atención a la vivienda es exclusiva autonómica, como señala el Estatuto de Autonomía de Andalucía, artículo 56. Además la Comunidad Autónoma ha venido a desarrollar dicha competencia exclusiva a través de la Ley 1/2010, de atención al Derecho a la Vivienda en Andalucía, que fue precedida de la Ley 13/1995 de la Vivienda de la Comunidad Autónoma y que ha sido seguida de regulación específica de desarrollo de carácter reglamentario, y ello sin contar la incorporación de referencias a aspectos edificatorios en LOUA¹⁵⁷ (Ley de Ordenación urbanística de Andalucía).

Como la doctrina ha puesto de manifiesto existe una correlación entre vivienda en mal estado y salud, o entre pobreza energética, o hídrica y salud,¹⁵⁸ en la configuración de lo que viene a denominarse como viviendas saludables¹⁵⁹. Así el IV Plan Andaluz de Salud, prevé la necesaria mejora de la habitabilidad, hecho que –señala el plan– repercutirá en la salud de la ciudadanía¹⁶⁰.

Los estudios realizados sobre la pobreza energética e hídrica y los efectos sobre la salud al repercutir en la provisión de servicios mínimos que la vivienda debe integrar para considerarse como saludable, revelan que la vivienda saludable sólo podrá derivarse de una actuación que a escala global sea capaz de integrar actuaciones que reduzcan la contaminación atmosférica, se ocupen del reciclaje de residuos, y permitan en definitiva una sostenibilidad ambiental, social y económica¹⁶¹.

Además la vivienda por imperativo del artículo 47 de la Constitución debe ser no sólo digna sino adecuada. Adecuación que implica la adaptación de la misma a la necesidad de quienes la ocupan, y que debe conectarse con no sólo la mejora de la calidad de vida sino de la salud de los que puedan desarrollar su actividad personal, o familiar en la misma. En este sentido, la normativa sobre supresión de barreras arquitectónicas; la incorporación

¹⁵⁷ Téngase en cuenta las modificaciones introducidas en la LOUA a este particular a partir de la anulación vía fallo de la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2015, de los artículos 31.4, artículo 188

¹⁵⁸ Así por ejemplo el estudio de los profesores: THOMSON. H., de la Universidad de Glasgow y SIAN THOMAS de la Universidad de Cork, «Housing Improvements for health and associated socio-economic outcomes», Institute of Health and Well being Glasgow. 2015

¹⁵⁹ La noción de *Healthy Homes* o viviendas saludables ha sido objeto de atención a nivel internacional también desde los proyectos que han llevado a cabo un análisis exhaustivo de los condicionantes que inciden en la salud, desde la edificación de vivienda. Un ejemplo de esta noción al encontramos en el proyecto desarrollado en la Universidad de Harvard, en el esfuerzo conjunto entre el Facultad de Arquitectura Diseño y Urbanismo, y la Escuela de Salud Pública, en el que tuvimos ocasión de participar, Health and Places Initiative, y cuyos contenidos pueden verse en: <http://research.gsd.harvard.edu/hapi/overview/people/>

¹⁶⁰ El nivel de satisfacción con la vivienda en los hogares andaluces es similar en Andalucía que en el estado Español (un 63,5%). Con respecto a las condiciones de hábitat, el 21,3% de los hogares andaluces no disponen de temperatura adecuada durante los meses fríos (mientras en España es el 12,8%) y el 25% no dispone de temperatura adecuada en verano.

¹⁶¹ Sobre la interrelación entre Sostenibilidad Social y Política de Vivienda puede verse entre otros, el trabajo que publicamos en Dykinson: *Sostenibilidad Social y Rehabilitación de Vivienda*, Dykinson, Madrid 2015.

de previsiones sobre accesibilidad a la vivienda, y las que se conectan con la vulnerabilidad social de los que necesitan una vivienda adaptada, nos aproximan a la proyección de la noción de vivienda saludable.

N. La promoción y protección de la salud asociadas a los medios de transporte.

La intervención administrativa en la salud abarca desde la misma configuración de la protección de la salud en medios de transporte, a toda la normativa sectorial sobre transportes terrestres y las medidas no sólo de promoción, sino de protección de la salud vinculada a la misma. La contaminación acústica y los problemas medioambientales derivados de la ubicación de infraestructuras de transportes inciden de manera directa en la salud¹⁶². Cuestiones que son tenidas en cuenta desde la protección de la salud ambiental o los condicionantes económicos –sociales que inciden en la salud. Además de las referencias realizadas a la evaluación del impacto sobre la salud de los proyectos y programas– en este caso que impliquen la ubicación de infraestructuras del transporte o se vinculen a los mismos. No es este el lugar de realizar un examen detallado de la legislación sectorial administrativa que ha venido a regular cada uno de los medios de transportes a nivel estatal, y sus repercusiones en el ámbito autonómico, aunque si haremos algunas breves reflexiones al contenido de esta prestación de salud pública, que como otras que hemos desarrollado implican el conocimiento y reflexión sobre otras regulaciones sectoriales y específicas que inciden sobre la salud.

En el ámbito de la legislación sectorial la Ley de Transportes Terrestres de la Comunidad Autónoma se aprobó por la Ley de transportes urbanos y metropolitanos de Andalucía 2/2003, de 12 de mayo¹⁶³. Norma que ya al albur de las referencias al transporte urbano sostenible viene a afirmar que es preciso que el modelo del sistema de transportes, –con referencias específicas a las propuestas del Libro Blanco del Transporte y las Resoluciones del Consejo de Transportes de la Unión Europea, «contribuyan al bienestar económico y social sin perjudicar la salud humana ni el medio ambiente»¹⁶⁴. Igual referencia normativa se contempla en la Ley Andaluza de Servicios Ferroviarios¹⁶⁵ que fue aprobada por Ley 9/2006, de 26 de diciembre¹⁶⁶. Pues bien dicha norma, amén de introducir en la exposición de motivos

¹⁶² El caso paradigmático lo ofrecen la ubicación de aeropuertos y la abundante jurisprudencia sobre el impacto para la salud y las servidumbres que ha lugar la instalación de estas infraestructuras.

¹⁶³ BOJA de 27 de mayo de 2003, y modificada por Decreto-Ley 17/2014, de 23 de diciembre, sobre Transportes Urbanos y Metropolitanos de Andalucía para la adopción de medidas de control del transporte público de viajeros discrecional en vehículos de turismo.

¹⁶⁴ Exposición de Motivos de la Ley 2/2003, de Transportes Urbano en Andalucía.

¹⁶⁵ No se olvide igualmente a nivel estatal la normativa sobre sector ferroviario ha sido objeto de la Ley 38/2015, de 29 de septiembre. (BOE de 30 de septiembre de 2015).

¹⁶⁶ BOJA de 30 de diciembre de 2006.

referencia específica a los principios de transportes sostenible, incorpora en la tipificación de las infracciones graves, «la realización de actividades que afecten a mercancías peligrosas o perecederas, objeto de transporte, en condiciones distintas a las fijadas reglamentariamente, cuando se ponga en peligro la seguridad de las personas, de los bienes, del tráfico ferroviario o se pueda afectar a la salud pública»¹⁶⁷. Siendo la afección a la Salud de las personas un criterio de ponderación de las sanciones¹⁶⁸. Esta limitación de la actuación en virtud de la afección a la Salud como criterio de contraste final sobre la calificación de la sanción, resulta por lo demás de la prevalencia del principio del respeto a la salud pública, en la legislación sectorial de transporte «sostenible»¹⁶⁹. Otras cuestiones se conectan en este sentido a la noción de transporte –salud pública, cual sean las emisiones de gases contaminantes de vehículos y medios de transportes, y su afección sobre la salud, o la contaminación acústica a que antes hacíamos referencia. De ahí que la sostenibilidad ambiental, deba desde la salud ambiental atender a cuestión que afectan directamente en la salud de o bien los usuarios de los medios de transportes o de los que tienen su residencia o lugar de trabajo habitual cercano a una infraestructura del transporte –y tráfico cuyo funcionamiento afecta a la salud¹⁷⁰.

Además deben incluirse también en este apartado el denominado transporte sanitario, que fue objeto de la Resolución de 31 de Junio de 1995, del Servicio Andaluz de Salud de ordenación del transporte sanitario.

O. La prevención, detección precoz y protección de la salud en casos de maltrato y abuso sexual infantil y en aquellas situaciones de riesgo que perjudiquen la salud de las personas menores.

En relación a esta prestación implica la detección del maltrato y abuso sexual infantil. La protección de los menores en nuestro ordenamiento jurídico trae causa de la regulación contenida en la Constitución Española: Artículo 39 de la Constitución, que viene a señalar que:

«3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.

¹⁶⁷ Artículo 33.f) de la ley.

¹⁶⁸ Artículo 37.a) de la Ley.

¹⁶⁹ Atiéndase al dato de la creación del Observatorio Andaluz de Movilidad Sostenible y logística por Decreto 133/2014, de 16 de septiembre (BOJA de 2 de octubre).

¹⁷⁰ MUÑOZ RUIZ, ANA BELÉN: «Problemas recientes sobre vigilancia de la salud: los casos de las empresas «Transportes Intercity» y «Servicios Integrales KTZ»», en Revista de Información Laboral, núm. 1, 2015. Págs. 67-75.

4. Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.»

Pues bien, esta protección que ha sido objeto de reflejo y atención en Declaraciones Internacionales, como la Declaración de los Derechos del Niño de 20 de diciembre de 1959, la Convención de la ONU de los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989, que han venido entre otros textos a recoger el principio de interés superior del niño. En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio¹⁷¹ de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia¹⁷². En Andalucía, la regulación del menor¹⁷³ se contempla en la Ley 1/998, de 20 de abril¹⁷⁴ de atención al menor, que integra las medidas de atención en el caos de maltrato¹⁷⁵. Además la Comunidad Autónoma Andaluza cuenta con un Sistema de Información sobre maltrato infantil¹⁷⁶.

En el caso del abuso sexual infantil, y la explotación sexual de menores y pornografía, las decisiones comunitarias han servido de motor de decisiones en los países miembros, así la Directiva 2011/893, de 13 de diciembre, fue transpuesta por Ley Estatal 26/2015, de 28 de Julio, que modificó el sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

Pues bien, la incorporación del *Sistema Información y Vigilancia contra el Maltrato Infantil*, se califica como prestación dentro del sistema de salud pública de Andalucía, lo cual implica la puesta en marcha de actividades específica (el teléfono del menor, la previsión de protocolos y programas dirigidos a la prevención y protección del maltrato infantil¹⁷⁷).

¹⁷¹ BOE de 23 de julio de 2015.

¹⁷² La noma que entró en vigor el 12 de agosto de 2015, ha venido a reformar la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, que regula la protección jurídica del menor; de modificación parcial del código civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁷³ El Estatuto de Autonomía para Andalucía de 2007, viene a incorporar en el artículo 63.1 la Competencia Exclusiva respecto de la protección de menores, (regulación del régimen de protección y de las instituciones públicas de protección y tutela de menores desamparados, en riesgo y de menores infractores), y promoción de las familias y de la infancia.

¹⁷⁴ BOJA de 12 de mayo de 1998.

¹⁷⁵ Así la Ley Andaluza viene a declarar en el artículo 11.5, la obligación de poner en conocimiento de los órganos competentes de la Administración General del Estado de las situaciones que puedan suponer riesgo de maltrato para el menor.

¹⁷⁶ Aprobado por el Decreto 81/2010, de 30 de marzo de modificación del Decreto 3/2004, de 7 de enero de 2004, de modificación del Sistema de Información sobre Maltrato Infantil de Andalucía.

¹⁷⁷ No es este el lugar de examinar los desarrollos de los programas y el procedimiento de actuación para la protección contra el maltrato infantil, si haremos referencia no obstante al espacio web que la Consejería de Salud dedica al Sistema de Información en Maltrato infantil (en adelante SIMA), y que puede consultarse en: <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdady politicassociales/areas/infancia-familias/apoyo-familias/paginas/deteccion-maltrato.html>

P. La atención temprana dirigida a la población infantil de 0 a 6 años afectada por trastornos en el desarrollo o con riesgo de padecerlos.

La última de las prestaciones que recoge la Ley de Salud Pública de Andalucía hace referencia en sintonía con la anterior a la atención a la población infantil, entre 0 a 6 años, afectada por trastornos de desarrollo o con riesgo de padecerlos. No especifica la Ley a qué trastornos hace referencia ni siquiera cuales son los mecanismos para identificar cual sería el colectivo en riesgo de sufríroslos.

En relación a los trastornos de desarrollo la norma ha sido objeto de desarrollo desde la atención al trastorno del espectro Autista que se suele manifestar en los primeros tres años de vida del menor. Esta actuación se integraría dentro de lo que se denomina atención temprana¹⁷⁸ al menor. En Andalucía la atención temprana correspondía a los centros de atención infantil temprana, y ello en el marco de las competencias asumidas por la Consejería de Asuntos Sociales.

Pues bien, no fue sino hasta la aprobación de la Ley Andaluza de Atención a la discapacidad aprobada por Ley 1/1999, de 31 de marzo¹⁷⁹, cuando se transfiere a la competencia sobre atención temprana a la Consejería de Salud¹⁸⁰, incorporándose en el catálogo de las prestaciones de salud pública. Así la Ley de Atención a la discapacidad dedica el Título II a la Salud e incorporó dentro del capítulo de prevención de las deficiencias, en el artículo 11, el establecimiento de sistemas de detección temprana. Según señala la Consejería de Salud, son en este sentido, seis los trastornos de desarrollo que son objeto de atención en la atención temprana, a saber:

- trastornos del desarrollo cognitivo
- trastornos de desarrollo del lenguaje
- trastornos de expresión somática
- trastornos emocionales
- trastornos de la regulación y el comportamiento
- trastornos de la relación la comunicación.

¹⁷⁸ Según señala el Libro Blanco de la Atención Temprana, (de la Federación Estatal de Asociaciones de Atención Temprana (GAT), editado por el Real Patronato de la Discapacidad, Documento 55/2005, página 12), se entiende por Atención Temprana: «el conjunto de intervenciones, dirigidas a la población infantil de 0-6 años, a la familia y al entorno, que tienen por objetivo dar respuesta lo más pronto posible a las necesidades transitorias o permanentes que presentan los niños con trastornos en su desarrollo o que tienen el riesgo de padecerlos. Estas intervenciones, que deben considerar la globalidad del niño, han de ser planificadas por un equipo de profesionales de orientación interdisciplinar o transdisciplinar».

¹⁷⁹ BOJA de 17 de abril de 1999.

¹⁸⁰ Artículo 11.3 de la Ley Andaluza de Atención a la Discapacidad.

Que integran los siguientes trastornos:

Trastornos en el desarrollo motor

- Trastorno Motor Cerebral / PCI.
- Trastorno de origen espinal.
- Trastorno de origen periférico.
- Trastorno de origen muscular.
- Trastorno de origen óseo-muscular.
- Trastorno del tono no especificado.
- Hábitos y Descargas Motrices.

Trastornos visuales

- Ciegos congénitos
- Ceguera adquirida
- Niños de baja visión
- Nistagmos
- Estrabismo
- Defectos de refracción
- Trastornos motores

Trastornos auditivos

- Conductiva o de transmisión
- Perceptiva o neurosensorial
- Mixta
- Hipoacusia leve
- Hipoacusia moderada
- Hipoacusia grave o severa
- Hipoacusia profunda
- Cofosis
- Prelocutiva
- Perilocutiva
- Postlocutiva

Trastornos psicomotores

- Retraso psicomotor simple
- Trastornos de la coordinación dinámica
- Trastornos de la coordinación estática
- Trastornos e la coordinación visomanual
- Trastornos de la organización temporal
- Trastornos de la organización espacial
- Trastornos del esquema corporal
- Trastornos de la literalidad
- Trastornos del control respiratorio

Si se toma en cuenta además que la actuación se lleva a cabo a través de Programas Asistenciales Integrados, puede concluirse que la atención temprana en Andalucía tiene un profuso desarrollo en la organización y puesta en valor de recursos públicos en atención a los menores entre 0 y 6 años con riesgo de padecer algún trastorno o que ya lo posean.

Entre los programas Asistenciales Integrados (en adelante PAIS) destacan: El PAIS de seguimiento de recién nacido en riesgo¹⁸¹; el PAIS trastornos del desarrollo con capacidad intelectual¹⁸²; PAIS trastornos del desarrollo con discapacidad motora¹⁸³; como señalábamos ut supra el PAIS de trastorno del espectro autista¹⁸⁴, y los PAIS de trastornos sensoriales¹⁸⁵.

Por último como puede apreciarse la profusión de planes y programas de atención al menor ha permitido una actuación integral, que se proponía, entre otros el Decreto 362/2003, de 22 de diciembre¹⁸⁶ que había aprobado el Plan Andaluz de Atención a la infancia, que como un plan sectorial, y que vendría a contemplar las actuaciones en la materia entre los años 2003 a 2007. No es éste no obstante el único plan que tiene como objeto la atención al menor, es interesante citar entre otros, por ejemplo el Plan integral de obesidad infantil, 2007-2012, así como el programa de Salud Infantil y Adolescente de Andalucía¹⁸⁷ todos ellos, en especial los más recientes reflejan la reforma en la atención a la infancia acontecida en los últimos años.¹⁸⁸

Recuérdese el dato además de que si bien hasta aquí se podrían integrar el catálogo de prestaciones de salud pública que contempla la norma, no es éste un *numerus clausus*

¹⁸¹ Puede consultarse en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/contenidos/Informacion_General/p_3_p_3_procesos_asistenciales_integrados/pai/at_nacido_riesgo_v3?perfil=org

¹⁸² Puede consultarse en: https://docs.google.com/viewer?url=http%3A%2F%2Fwww.juntadeandalucia.es%2Fsalud%2Fexport%2Fsites%2Fcsalud%2Fgalerias%2Fdocumentos%2Fp_3_p_3_procesos_asistenciales_integrados%2Fintelectual%2F0_trastorno_intelectual.pdf.

¹⁸³ Puede consultarse en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/contenidos/Informacion_General/p_3_p_3_procesos_asistenciales_integrados/pai/at_trastornos_discapacidad_motora_v3?perfil=org

¹⁸⁴ Puede consultarse en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/contenidos/Informacion_General/p_3_p_3_procesos_asistenciales_integrados/pai/at_trastornos_espectro_autista_v3?perfil=org

¹⁸⁵ Puede consultarse en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/contenidos/Informacion_General/p_3_p_3_procesos_asistenciales_integrados/pai/at_trastornos_sensoriales_v3?perfil=org

¹⁸⁶ BOJA de 28 de enero de 2004.

¹⁸⁷ Puede verse en:

http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/portal/index.jsp?idioma=es&perfil=org&opcion=listadoTematico&tema=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/programa_salud_infantil/&desplegar=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/

¹⁸⁸ Un estudio actual sobre las mismas puede verse en: RAMIRO, JULIA: «La reforma de la protección de la infancia: impacto sobre los derechos de los niños», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 39, mayo 2015.

sino «apertus», porque la Ley de Salud Pública de Andalucía viene a señalar que el Consejo de Gobierno actualizará el catálogo de prestaciones: «incorporando aquellas que generen los progresos científicos en salud pública que sean fiables, seguras y fundamentadas en la evidencia científica disponible, siempre que sean esenciales para alcanzar el más alto grado de salud»¹⁸⁹. De esta forma el catálogo de prestaciones se encontraría en constante actualización. Por último y para cerrar el artículo sobre prestaciones la norma introduce lo que debiera haber incorporado como principios de la actuación de salud pública al orientar todo la actividad administrativa en salud pública a la atención de los más vulnerables, y aquellos que puedan ser dependientes o discapacitados¹⁹⁰, al decir: que éstas deberán dirigirse a:

«las personas más vulnerables y a procurar **la equidad social, étnica, cultural, económica, territorial y de género**. También se desarrollarán actuaciones específicamente dirigidas a las personas **con discapacidad o dependencia y a quienes las cuidan**».

Con ello se refuerza el carácter de las políticas de salud pública como políticas transversales que afectan a la vez a la actividad pública en distintos ámbitos sectoriales pero que se proyectan a través de la integración de la salud en otras políticas públicas y de la implementación de mecanismos de coordinación y colaboración interadministrativa e institucional, intersectorial y multidisciplinaria. Y todo ello en el marco de la gobernanza de la salud pública que a este particular integra el principio de la transversalidad de la salud¹⁹¹.

3. La Cartera de Servicios¹⁹² de Salud Pública de la Comunidad Andaluza

El Sistema Sanitario Público de Andalucía integra en la cartera de Servicios, las prestaciones en materia de Salud Pública, es por ello que la Ley de Salud Pública dedica una

¹⁸⁹ Artículo 60.3 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

¹⁹⁰ Artículo 60.4 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

¹⁹¹ Artículo 50 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

¹⁹² Se regula en el artículo 61 de la Ley de Salud Pública que reza lo siguiente:

1. En el marco de lo dispuesto en el artículo 20. 2 de la Ley 16/ 2003, de 28 de mayo (RCL 2003, 1412), de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, la cartera de servicios del Sistema Sanitario Público de Andalucía será aprobada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía a propuesta de la Consejería competente en materia de salud, tras el estudio de las necesidades de salud de la población y los criterios científicos relevantes de aplicación.
2. La cartera de servicios de salud pública de Andalucía definirá de forma detallada las prestaciones e indicará las estructuras administrativas encargadas de llevarlas a cabo, así como los sistemas de acreditación, información y registro normalizados que permitan la evaluación continua y descentralizada.
3. La cartera de servicios de salud pública comprenderá el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos que permitan hacer efectivas todas las prestaciones de salud pública definidas en el artículo 60, e integrará también las actuaciones de salud pública incluidas en otras carteras de servicios del Sistema Nacional de Salud, especialmente la cartera de servicios de atención primaria, y será actualizada periódicamente para atender los nuevos problemas y necesidades de salud.

atención especial a la definición de la misma como el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos que permitan hacer efectivas todas las prestaciones de salud pública a las que hemos hecho referencia en el epígrafe anterior, e integrará también las actuaciones de salud pública incluidas en otras carteras de servicios del Sistema Nacional de Salud, especialmente la cartera de servicios de atención primaria, y será actualizada periódicamente para atender los nuevos problemas y necesidades de salud¹⁹³. Además la cartera de servicios no sólo debe incorporar las prestaciones sino las estructuras administrativas encargadas de llevarlas a cabo así como los sistemas de acreditación, información y registro normalizados que permitan la evaluación continua y descentralizada¹⁹⁴. Además se prevé que la Cartera de Servicios debe ser aprobada por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía a propuesta de la Consejería competente.

Así, el RD 1030/2006, de 15 de septiembre¹⁹⁵ vino a definir la cartera de servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud. Esta norma ha sido posteriormente modificada y actualizada por sendas Ordenes SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del R.D. 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización¹⁹⁶, y Orden SSI/1356/2015, de 2 de julio¹⁹⁷, por la que se modifican los anexos II, III y VI del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, y se regulan los estudios de monitorización de técnicas, tecnologías y procedimientos. Es pues éste el contexto normativo en el que se desarrollan las prestaciones de salud pública que se incorporen al sistema sanitario público andaluz, toda vez que como nos recordara en su día el artículo 55.2 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, la Comunidad Autónoma tiene competencia compartida en materia de sanidad interior, y señala «proteger la salud pública en todos sus ámbitos».

La razón principal que motivó la modificación de la cartera común de servicios del Sistema Nacional de Salud, fue nuevamente las medidas de austeridad económica que se plasmaron en el ámbito de la sanidad pública por medio del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones. Sin perjuicio que desde la doctrina se han hecho respecto de la necesidad o no y el contenido de la norma en cuestión, por

¹⁹³ Ex artículo 61.3 de la Ley de Salud Pública.

¹⁹⁴ Artículo 61.2 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

¹⁹⁵ BOE de 16 de septiembre de 2006.

¹⁹⁶ BOE de 6 de noviembre de 2014.

¹⁹⁷ BOE de 8 de julio de 2015.

cuanto permite en realidad un «cambio de modelo»¹⁹⁸ sanitario, y una calificación y configuración que ha obligado a la precisión de la condición de asegurado y beneficiario del sistema sanitario¹⁹⁹.

Para la Ley de Salud Pública²⁰⁰ la Cartera de Servicios del Sistema sanitario público Andaluz viene definida como: «el conjunto de técnicas, tecnologías o procedimientos que permitan hacer efectivas todas las prestaciones de salud pública definidas en el artículo 60, e integrará también las actuaciones de salud pública incluidas en otras carteras de servicios del Sistema Nacional de Salud, especialmente la cartera de servicios de atención primaria, y será actualizada periódicamente para atender los nuevos problemas y necesidades de salud.»

4. La vigilancia e información en Salud Pública en Andalucía

Como hemos podido apuntar en las páginas que preceden para la correcta aplicación de las prestaciones que conforman el catálogo de prestaciones de salud Pública en Andalucía es preciso que se pongan en marcha los mecanismos oportunos entre los que destacan la vigilancia y la inspección en salud Pública.

Así a esta cuestión se dedica un significativo número de preceptos (artículos 62-67 de la Ley de Salud Pública. En ellos se establece no sólo en qué consista la vigilancia, e información en salud pública, sino quien deba llevarla a cabo; el sistema de información de Vigilancia en Salud; el sistema de alertas y crisis y el tratamiento de la información y cuestiones específicas de salud laboral.

Como ha podido verse ut supra la actividad de vigilancia se integra en el catálogo de prestaciones de sistema sanitario público de Andalucía e integra el examen detallado de los condicionantes que deban monitorearse en dicho proceso de supervisión y control. No es la vigilancia una actividad pues complementaria a las demás sino un elemento básico para la determinación de la puesta en valor de las prestaciones que hemos examinado. Es por ello que la Ley Andaluza, dedica un especial capítulo de la misma al examen de la vigilancia en salud Pública. Sin perjuicio de los avances realizados en el epígrafe anterior respecto de las prestaciones vinculadas a la vigilancia en salud pública incorporamos pues a continuación, algunas de las características definitorias del régimen de vigilancia. En primer

¹⁹⁸ Como con acierto nos recuerda el Prof. SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. «Reforma en la Asistencia Sanitaria Pública: Racionalización o cambio de modelo?» *Revista Andaluza de Administración Pública*, Enero-abril, 2013.

¹⁹⁹ Cuestión que ha sido objeto de desarrollo a través del Reglamento aprobado por RD 1192/2012, de 3 de agosto por el que se regula la condición de asegurado y beneficiario a efectos de asistencia sanitaria en España, con cargo a los fondos Públicos del Sistema Nacional de Salud (BOE de 4 de agosto de 2012).

²⁰⁰ Artículo 61.3 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

lugar, la vigilancia debe ser continúa. No sirve de nada iniciar protocolos de alerta que sólo operen en periodos del año. En segundo lugar, la vigilancia debe basarse en la detección y seguimiento de los determinantes de los problemas relevantes de salud de la población²⁰¹. Es justo la calificación del sistema de Vigilancia en Salud el que se define en las líneas que siguen y que incorpora la puesta en valor de un sistema de alertas que se orienta a²⁰²:

- «a) Conocer la epidemiología de los principales problemas de salud y sus determinantes, a partir de las características de las personas afectadas, su distribución etaria, geográfica y la tendencia temporal.
- b) Identificar desigualdades en salud de origen geográfico, de género, por la accesibilidad o utilización de servicios de salud, derivadas del hecho migratorio o por exposición a riesgos para la salud.
- c) Analizar los efectos de los riesgos ambientales sobre la salud de la población.
- d) Detectar precozmente situaciones epidémicas o de riesgo para la salud colectiva.
- e) Contribuir a la planificación de los servicios de salud.
- f) Facilitar la evaluación de la efectividad de las intervenciones en salud pública.»

Estos objetivos que sirven para orientar la actuación en el sistema de vigilancia, han sido objeto de atención además desde la puesta en marcha de mecanismos que permitan no sólo la investigación²⁰³, sino el control de los riesgos y las emergencias en salud pública. Estas previsiones de vigilancia se esperan de todo el sistema sanitario público y operan respecto del riesgo de contagios pandemias, demandando una actuación decidida de los poderes públicos para contener las mismas y evitar su incidencia en la salud pública de la población²⁰⁴.

Pues bien en este contexto se ha puesto en marcha en Andalucía, un Sistema de Información de Vigilancia en Salud, que vendrá a integrar la información de utilidad para la vigilancia y la salud pública²⁰⁵. Además según destaca el sistema de Vigilancia y Salud Pública es un sistema orientado a resultados, y en la conformación de los resultados el conocimiento de la información precisa resulta fundamental. Además el Sistema de Vigilancia en Salud de Andalucía, se va a orientar a identificar indicadores para la planificación y evaluación

²⁰¹ Artículo 62.1 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²⁰² Artículo 62.2 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²⁰³ Como tendremos ocasión de apuntar en otra parte de este trabajo y ha señalado el artículo 62.5, in fine.

²⁰⁴ Es en este sentido de relevancia la actuación desarrollada también por quienes vigilan en las campañas de vigilancia epidemiológica la incidencia de enfermedades como la rubeola o el sarampión: MASA CALLES, J; LÓPEZ PEREA, NOEMÍ; VIARCE TORRES DE MIER, MARÍA de: «Vigilancia epidemiológica en España del Sarampión, la Rubéola y el Síndrome de Rubéola congénita», Revista Española de Salud Pública, 2015, 89: 365-379.

²⁰⁵ Ex Artículo 63.1 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

de los objetivos definidos en las líneas estratégicas de salud pública incluidas en planes y programas del sistema sanitario²⁰⁶:

- Definir los criterios que permitan obtener una información comparable, mediante el acceso estructurado a las fuentes de información.
- Desarrollar una tecnología que permita obtener, de manera eficiente, la información, y facilite que su tratamiento sea compatible con los sistemas de información sanitarios del SSPA (Sistema Sanitario Público Andaluz).
- Establecer los criterios de agrupación geográfica y periodicidad

Esto es, se trata de la proyección de los objetivos de la vigilancia a escala estatal en el ámbito autonómico. Además, el Sistema de vigilancia deberá recoger las variables que permitan «identificar los problemas para la adopción de medidas oportunas, asegurar la calidad de la información y realizar un análisis epidemiológico según el nivel socioeconómico y educativo, la situación laboral, el género, la edad, la condición de discapacidad, el ámbito geográfico y la tendencia en el tiempo»²⁰⁷. Además, la Ley ha establecido una obligación de facilitar información siempre que ésta sea precisa para el Sistema de Vigilancia de la Salud²⁰⁸. A la obligación de facilitar información que no excluye a los poderes públicos se suma la no menos importante temática de la protección de datos sanitarios que obren en poder de las Administraciones Públicas o personas jurídicas. La atención a los datos sanitarios, debe hacerse en el marco de la normativa de protección de datos, amén de la adopción de medidas de seguridad necesarias en relación a los mismos²⁰⁹ y es que «los titulares de datos personales tratados en virtud de esta ley ejercerán sus derechos de acuerdo con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal²¹⁰». Debe pensarse que dado que la actividad de recogida de información se debe introducir en soportes electrónicos, la protección de los datos lo es además en el entorno de la red y de las nuevas tecnologías.

Así, la puesta en valor del Sistema de Vigilancia viene a implicar la aplicación de programas de vigilancia específicos²¹¹, que como exponíamos en la primera parte de este trabajo se

²⁰⁶ Sic, puede verse en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/temas/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/P_1_VIGILANCIA_DE_LA_SALUD/estrategia_y_objetivos/estrategias_y_objetivos?perfil=org&desplegar=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/&idioma=es&tema=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/P_1_VIGILANCIA_DE_LA_SALUD/estrategia_y_objetivos/&contenido=/channels/temas/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/P_1_VIGILANCIA_DE_LA_SALUD/estrategia_y_objetivos/estrategias_y_objetivos

²⁰⁷ Artículo 63.2 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²⁰⁸ Artículo 64 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²⁰⁹ Artículo 65 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²¹⁰ RCL 1999, 3058, según señala el artículo 65 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²¹¹ Así, integran los programas de vigilancia hasta la fecha: el programa de Vigilancia del Cáncer y sus variantes; el programa de vigilancia de la diabetes y sus determinantes que se complementó con el Plan Integral de la

integran en el catálogo de prestaciones del sistema sanitario público, tanto desde la Ley Estatal de Salud Pública como en su proyección autonómica.

La Red de alertas sanitaria, cuya referencia hemos realizado ya en relación a la descripción del catálogo de prestaciones en salud pública, se regula en la descripción de sus funciones en el artículo 66 de la Ley de Salud pública de Andalucía, en lo que viene a denominarse el sistema de Alertas y Crisis en Salud Pública, que vendrá a desarrollar los siguientes objetivos²¹²:

- «a) Proporcionar el apoyo logístico y coordinar los medios operativos en las situaciones de alerta y emergencia que puedan afectar a la salud de la población.
- b) Integrar en una única red departamental la detección de riesgos, la planificación y preparación de respuestas y el desarrollo de las intervenciones regionales.
- c) Coordinar las informaciones y las comunicaciones en relación con las alertas, emergencias y situaciones de crisis.
- d) Servir de apoyo al plan de respuesta de salud pública para alertas por riesgos extraordinarios biológicos, químicos, alimentarios, radiológicos y nucleares del Sistema Público de Salud de Andalucía.»

Además el sistema de alertas debe actuar de forma coordinada²¹³ con otros sistemas de alerta y crisis existentes en la Administración Pública. En este sentido, debe tomarse en consideración la precisa integración del sistema de alerta Andaluz con el Sistema de Alertas nacional, para la puesta en marcha de redes alerta de apoyo²¹⁴. Las redes alerta deben diferenciarse de las redes centinelas que actúan gracias a la voluntad de los profesionales que las integran, y el Sistema de Alertas y Crisis en Salud Pública debe establecer los mecanismos para informar y comunicar el riesgo a la ciudadanía, con especial atención a los consumidores y usuarios, a las empresas implicadas, a la comunidad científica y académica y demás partes interesadas.

5. La Promoción, Prevención y Protección de la Salud

La Ley de Salud Pública de Andalucía incorpora además específicas medidas relativas a la promoción, prevención y protección de la salud. Así nos lo señalan los artículos 68 a

diabetes de Andalucía de 22 de abril de 2009. En cuanto a planes integrales, se han aprobado entre otros –ya reseñados–: el Plan Integral de Tabaquismo; el Plan Integral de Salud Mental, Plan integral de Oncología Plan integral de atención a las cardiopatías en Andalucía; Plan Integral de Atención a la Accidentabilidad.

²¹² Artículo 66 de la Ley de Salud Pública.

²¹³ Artículo 66.3 de la Ley de Salud Pública.

²¹⁴ Los Procedimientos específicos pueden verse en http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/contenidos/Informacion_General/p_4_p_1_vigilancia_salud/procedimiento_generales_especificos?perfil=org

71 de la Ley de Salud Pública de Andalucía. La distinción entre promoción, prevención y protección resulta relevante desde la proyección que la misma tenga respecto del catálogo de prestaciones descritos ut supra. Veamos a continuación cada una de las tres características.

A. La Promoción de la Salud Pública

A la promoción de la Salud dedica la norma el artículo 68, que complementa las indicaciones contenidas en el artículo 15 de la Ley de Salud de la Comunidad Autónoma²¹⁵. Pues bien, a resultas de estas determinaciones la Ley Andaluza de Salud Pública viene a determinar el fomento de las acciones que promuevan el desarrollo físico, mental, y social de las personas. A los efectos de la promoción de la Salud la Ley de Salud Pública puso de manifiesto la necesidad de crear mecanismos que permitan el desarrollo de programas locales y regionales de salud.²¹⁶ Así se han venido a desarrollar programas y planes de ámbito local y regional que tienen como objeto la promoción de la salud.

La Ley de Autonomía Local, 5/2010, de 11 de Junio²¹⁷, establece como competencia municipal en su artículo 9: la promoción, defensa y protección de la Salud Pública. Dicha competencia local que se detalla en la descripción de específicas actuaciones²¹⁸ a desarrollar por

²¹⁵ El artículo 15 de la Ley de Salud 2/98 de Junio venía a señalar:

«La Administración Sanitaria Pública de Andalucía, a través de los recursos y medios de que dispone el Sistema Sanitario Público de Andalucía y de los organismos competentes en cada caso, promoverá el desarrollo de las siguientes actuaciones relacionadas con la salud pública:

1. Atención al medio en cuanto a su repercusión sobre la salud humana individual y colectiva, incluyendo medidas de control y promoción de mejoras sobre todas aquellas actividades con posibles repercusiones sobre la salud.
2. El control sanitario y prevención de los riesgos para la salud derivados de los productos alimenticios, en toda la cadena alimentaria hasta su destino final para el consumo.
3. El control sanitario y la prevención de las antropozoonosis.
4. Promoción y mejora de la salud mental.
5. Vigilancia e intervención epidemiológica frente a brotes epidémicos y situaciones de riesgo de enfermedades transmisibles y no transmisibles, así como la recopilación, elaboración, análisis y difusión de estadísticas vitales y registros de morbimortalidad que se establezcan.
6. Colaboración con la Administración del Estado en la farmacovigilancia y control de las reacciones adversas a los medicamentos, y en el control sanitario de otros productos de utilización diagnóstica, terapéutica o auxiliar que puedan suponer un riesgo para la salud de las personas.
7. Educación para la salud de la población, como elemento primordial para contribuir a la mejora de la salud individual y colectiva.
8. Promoción de estilos de vida saludables entre la población, así como promoción de la salud y prevención de las enfermedades en los grupos de mayor riesgo.
9. Fomento de la formación e investigación científica en materia de salud pública».

²¹⁶ Así señala el artículo 68.1 de la Ley de Salud Pública de Andalucía: «que tengan como base la relación intersectorial y la participación ciudadana en la formulación y ejecución de políticas públicas saludables.

²¹⁷ BOJA de 23 de Junio de 2010.

²¹⁸ Entre estas destacan, a) La elaboración, aprobación, implantación y ejecución del Plan Local de Salud; b) El desarrollo de políticas de acción local y comunitaria en materia de salud.; c) El control preventivo, vigilancia y

la Administración Local. Actuaciones – cuyo examen detallado escapa a estas líneas pero que habría que enmarcar en el ámbito de la normativa de régimen local, de las previsiones que han venido integrando la protección de la salud en las competencias municipales, como sucede por ejemplo con la Carta Europea de la Autonomía Local²¹⁹.

Así, la Ley de Salud 2/98, previó la creación de los planes locales de salud cuyo desarrollo, encontramos con posterioridad en el artículo 41 de la Ley de Salud Pública de Andalucía en el año 2011, que señala que son planes locales de salud los **instrumentos básicos que recoger la planificación, ordenación y coordinación de las actuaciones que se realicen en materia de salud**. Además, los Planes Locales de Salud deben ser elaborados por los municipios, y deberán contener las determinaciones mínimas que marca la Ley²²⁰, debiendo éstos asumir, además, la coordinación de las intervenciones contempladas en el mismo en materia de promoción de la salud comunitaria²²¹. Se impone en la elaboración de los Planes Locales, el respeto al principio de colaboración interadministrativa.²²² Esto es la Consejería de Salud, en ejercicio de sus competencias, debe cooperar en la elaboración de los Planes locales de Salud. Como instrumentos de planeamiento de

disciplina en las actividades públicas y privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud; d) El desarrollo de programas de promoción de la salud, educación para la salud y protección de la salud, con especial atención a las personas en situación de vulnerabilidad o de riesgo; e) La ordenación de la movilidad con criterios de sostenibilidad, integración y cohesión social, promoción de la actividad física y prevención de la accidentabilidad; f) El control sanitario de edificios y lugares de vivienda y convivencia humana, especialmente de los centros de alimentación, consumo, ocio y deporte; g) El control sanitario oficial de la distribución de alimentos; h) El control sanitario oficial de la calidad del agua de consumo humano; i) El control sanitario de industrias, transporte, actividades y servicios; j) El control de la salubridad de los espacios públicos, y en especial de las zonas de baño. (sic, artículo 9.13 de la Ley de Autonomía Local de Andalucía aprobada el 11 de Junio de 2010.

²¹⁹ Sobre el valor jurídico de la Carta Europea de la Autonomía Local puede verse: REQUEJO PAGUÉS: «El valor de la Carta Europea de la Autonomía Local en el ordenamiento español», en *La autonomía de los entes locales en positivo: la carta europea de la autonomía local como fundamento de la suficiencia financiera*, por CAAMAÑO RODRÍGUEZ, Madrid, 2003; en el mismo texto puede leerse el trabajo del Prof. F. FERNÁNDEZ FARRERES ; «La posición de la Carta Europea de la Autonomía Local en el sistema de fuentes del Derecho español: una reflexión crítica»; FERNÁNDEZ MONTALVO, RAFAEL: «La presencia de la Carta Europea de la Autonomía Local en los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la Autonomía Local», en *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1, 2004, entre otros.

²²⁰ Así, según señala la norma el contenido mínimo del Plan Local de Salud sería:

- «a) *El hogar y la familia como centro de la intervención.*
- b) *Seguridad y gestión del riesgo: vial, laboral, alimentaria, medioambiental y ciudadana.*
- c) *Reducción de las desigualdades en salud: socioeconómica, cultural, de género, que afecten a grupos específicos o a personas en situación o en riesgo de exclusión.*
- d) *Estilos de vida saludable: actividad física, alimentación equilibrada y lucha contra el tabaquismo.*
- e) *Entornos saludables y estrategias sostenibles: escuelas, lugares de encuentro, ocio y paseo.*
- f) *Elementos de protección en relación con las garantías en salud alimentaria y salud medioambiental.»*

²²¹ Según señala el artículo 40.3 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²²² Ex Artículo 52 de la Ley de Salud Pública de Andalucía, y respecto de la planificación de la Salud Pública, el artículo 54.3 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

la salud²²³, han sido objeto desde el ámbito de la planificación en Salud de la Comunidad Autónoma. Y ello en el marco de la competencia de promoción de la salud que implica no sólo la interrelación entre la Administración Autonómica y la Administración Local sino la colaboración con las sociedades científicas, agentes sociales, y organizaciones no gubernamentales. Con ello se pretende la «cobertura total de la población»²²⁴.

En el contexto de los planes locales de salud, a partir de la definición contenida en el III Plan Andaluz de Salud (2003-2008), se puso de manifiesto la necesidad de configurar una estrategia local que bajo la fórmula de Acción Local, permitiera llevar al plano local las actuaciones de salud pública previstas a escala autonómica, lo cual vendría a implicar la integración de la Salud en las Agendas locales, y la inclusión de ésta como competencia transversal de las agendas de la actuación pública en el plano local, y autonómico. La RELAS, o Red de Acción Local, fue objeto de desarrollo con carácter previo a la Ley de Salud Pública de Andalucía, pero su proyección se ha materializado en desde la Ley de Salud Pública con la organización administrativa que ésta incorpora.

El informe preliminar de resultados del proyecto piloto para el desarrollo de la red local de acción en salud en Andalucía elaborado en 2010, vino a revelar no sólo la necesidad de la firma de convenios de colaboración entre la Delegación Provincial de Salud con el Gobierno Local²²⁵, sino la necesidad de que la RELAS opere contando con agentes locales como estrategia de coordinación de la política local en salud. De tal suerte que el ejercicio de las competencias locales en salud pública, que se instrumenta mediante la puesta en marcha de los planes locales de salud, se estructura en Andalucía con base a la denominadas Acción Local en Salud. Las razones para dicha implementación local hay que buscarlas en la relevancia función que los municipios desarrollan en la promoción de la salud pública, pues si bien las competencia sobre salud corresponde a las Comunidades Autónomas en General y en virtud de lo dispuesto en el Estatuto de Autonomía a Andalucía, la proyección de las competencias locales en el marco de la atribución competencial estatal, permite la implementación de políticas de salud pública.

Otra de las características de las actuaciones de promoción de la salud es que deben tener carácter transversal y afectar a todos los aspectos de la vida de la persona. Es por ello por lo que la Ley Andaluza vino a describir los ámbitos de proyección de las acciones de protección, no sólo en relación a las etapas de la vida de la personas sino en función de los entornos en las que ésta se desarrolla. Así, la integración de los ámbitos educativos,

²²³ Sobre los planes de Salud volveremos con posterioridad en este trabajo.

²²⁴ Así viene a señalar el artículo 68 de la Ley de Salud Pública, al decir: «La Consejería con competencias en materia de salud elaborará y desarrollará, directamente o con las corporaciones locales, y en colaboración con las sociedades científicas, agentes sociales y organizaciones no gubernamentales, las acciones y programas de promoción de la salud, procurando optimizar los recursos y alcanzar una cobertura total de la población».

²²⁵ El informe del proyecto piloto muestran pues

familiar, el lugar de trabajo, y el entorno²²⁶. Lo cual conecta con las reflexiones realizadas ut supra sobre los condicionantes del medio en la salud, y los aspectos de salud ambiental examinados. Ello ha permitido que se hayan podido definir actuaciones de promoción en cada uno de los aspectos que señala la Ley. Así, respecto del embarazo²²⁷, el desarrollo infantil seguro y saludable²²⁸; la actividad física²²⁹; la sexualidad²³⁰; el cuidado y la higiene personal; el consumo de tabaco; el consumo del alcohol; las relaciones personales, parentales y de convivencia; el envejecimiento activo; los lugares de trabajo y los espacios de ocio; los estilos de vida; y la recuperación de la trayectoria vital de las personas.

²²⁶ Artículo 68.3 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²²⁷ Señala el 68.2 a) de la Ley de Salud Pública: a) El embarazo, el parto y el nacimiento puedan ser saludables y gratificantes, respetando las preferencias de la madre cuando el nivel de riesgo lo permita. En este contexto, se han generado documentos de trabajo y guías que abordan no sólo el manual de buenas prácticas en atención perinatal, sino aspectos tales como la tecnología apropiada para el parto o el monitoreo electrónico continuo de la frecuencia cardíaca para la evaluación fetal durante el trabajo de parto. (Cochrane Collaboration.), que pueden verse en:

http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/temas/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/P_2_PROMOCION_DE_LA_SALUD/Embarazo_y_Salud/materiales?perfil=org&desplegar=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/&idioma=es&tema=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/P_2_PROMOCION_DE_LA_SALUD/Embarazo_y_Salud/&contenido=/channels/temas/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/P_2_PROMOCION_DE_LA_SALUD/Embarazo_y_Salud/materiales

²²⁸ Artículo 68.2.b) que reza: «b) El desarrollo infantil pueda ser seguro, saludable y con especial atención al desarrollo de las competencias personales en las primeras etapas de la vida.». Cuestión que ha sido objeto de atención a través de los programas de entorno escolar. Entre ellos, el de promoción de salud de jóvenes, o el programa de alimentación saludable entre otros (pueden verse los que en la actualidad se encuentran aprobados en:

http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/portal/index.jsp?opcion=listadoTematico&idioma=es&perfil=org&tema=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/P_2_PROMOCION_DE_LA_SALUD/Programas_del_Entorno_Escolar/&desplegar=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/

²²⁹ Artículo 68.2.d) de la Ley de Salud Pública de Andalucía que señala: «d) La actividad física pueda ser saludable, factible y atractiva». En el mismo sentido que en el caso anterior se han elaborado guías y planes como el Plan de promoción de la actividad física y la alimentación equilibrada (PAFAE, cuya última versión ha sido cerrada en 2008, habiéndose encargado a la Escuela de Salud Pública la elaboración del Plan 2009-2013), o la guía de recomendaciones de la promoción de la actividad física, que pueden verse en:

http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/temas/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/P_2_PROMOCION_DE_LA_SALUD/actividad_fisica_alimentacion_equilibrada/materiales/materiales?perfil=org&desplegar=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/&idioma=es&tema=/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/P_2_PROMOCION_DE_LA_SALUD/actividad_fisica_alimentacion_equilibrada/materiales/&contenido=/channels/temas/temas_es/P_4_SALUD_PUBLICA/P_2_PROMOCION_DE_LA_SALUD/actividad_fisica_alimentacion_equilibrada/materiales/materiales

²³⁰ Artículo 68.2 e) que señala: «e) La sexualidad de las personas, de cualquier orientación, pueda ser una vivencia saludable, respetuosa y satisfactoria», la consejería ha publicado una guía sobre recursos en materia de promoción de la salud que contempla los que han sido puestos a disposición para la mejora de la educación sexual, de los andaluces (la guía de recursos puede verse en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/export/sites/csalud/galerias/documentos/p_4_p_9_catalogo_recursos_promocion_de_la_salud/catalogo_recursos_promocion_salud.pdf).

Además, la ley integra la obligación de la Consejería con competencias en materia de salud, con la colaboración institucional pública y privada, de potenciar la identificación y el aprovechamiento de los recursos o activos con los que cuentan las personas y los colectivos como factores protectores para mejorar su nivel de salud y bienestar.

Así, la promoción de la salud va a integrar tanto acciones informativas, como las que se integran en las campañas de divulgación que han sido puestas en marcha en relación a cada una de las prestaciones de salud pública; acciones de sensibilización²³¹; formativas y educativas; de control; investigadoras²³²; y las que la norma denomina acciones de influencia²³³.

AA. La prevención de enfermedades y los problemas de Salud

La Ley de Salud Pública de Andalucía ha dedicado el artículo 69 y 70 a la política de prevención en salud pública. De tal suerte que el artículo 69 hace referencia a la prevención de enfermedades epidémicas mientras el 70²³⁴ a la prevención de los problemas de Salud.

²³¹ La Ley señala que éstas acciones deberán ser de sensibilización «y motivación así como a difundir el valor de la salud como un activo individual y social».

²³² Sobre la acción de investigación volveremos en la última parte de este capítulo.

²³³ La Ley define la acción de influencia (artículo 68.h), como: «destinadas a conseguir compromisos políticos y sociales contra la estigmatización, la imagen social negativa o la discriminación que puedan sufrir las personas por determinadas circunstancias o problemas de salud».

²³⁴ Señala el artículo 70 de la Ley de Salud Pública:

Artículo 70. La prevención de los problemas de salud

1. Las Administraciones públicas de Andalucía tendrán la responsabilidad de diseñar y desarrollar las actuaciones de prevención de los problemas de salud.

2. Las actuaciones de prevención de problemas de salud se dirigirán a todas las etapas de la vida de las personas –infancia, adolescencia, juventud, edad adulta y vejez– y a prevenir la aparición de problemas de salud física y mental mediante:

- a) *El fomento entre las mujeres en Andalucía de una planificación de su anticoncepción, facilitándoles los servicios para ello, así como la garantía de acceso a la anticoncepción de urgencia.*
- b) *La identificación y control pre concepcional del riesgo de enfermedades congénitas.*
- c) *El seguimiento del embarazo para el diagnóstico precoz del riesgo obstétrico, la vacunación de las mujeres embarazadas y el control de diversos factores de riesgo para el desarrollo fetal.*
- d) *El diagnóstico precoz de enfermedades congénitas y de problemas del desarrollo infantil, así como la atención temprana de esos problemas.*
- e) *La prevención de los problemas de salud bucodental en personas especialmente vulnerables, como niños, mujeres embarazadas, personas con trastorno mental grave, personas con gran discapacidad u otras que se determine.*
- f) *La vacunación sistemática en las cohortes que se establezcan, así como la que se determine para personas en situaciones de especial riesgo.*
- g) *El control de factores de riesgo y el diagnóstico precoz de enfermedades de alta incidencia o prevalencia como la hipertensión arterial, la diabetes, los trastornos mentales crónicos, las demencias más prevalentes, los cánceres más prevalentes, o cualquier otra enfermedad que suponga un problema de salud pública en la que los factores de riesgo sean conocidos y controlables y el diagnóstico precoz, posible.*

Que la atención a la prevención vuelva a incidir en la ley en los mismos tópicos que se atiendan a la promoción de vivienda denota que la normativa quiere proyectar la proyección de la salud con carácter transversal en todas las prestaciones examinadas y en todas las etapas y momentos de la vida de la persona.

Así, las acciones de prevención de enfermedades epidémicas se lleva a cabo desde los mecanismos de vigilancia, expuestos ut supra, siendo la Consejería de Salud la competente por razón de la materia para la adaptación las necesidades de adaptación de la lista de enfermedades de declaración obligatoria, a las necesidades de la situación epidemiológica de la población y señala la norma –las prioridades de Andalucía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 69 de la Ley²³⁵.

-
- h) La facilitación del acceso a medidas preventivas, al diagnóstico precoz y al seguimiento del contagio de enfermedades transmisibles.*
 - i) La información, sensibilización y motivación de las personas mayores y de quienes conviven con ellas sobre el riesgo de accidentes domésticos y viales y sobre el control de los factores de riesgo de caídas.*
 - j) El diagnóstico precoz y la intervención intersectorial en casos de violencia de género, a personas mayores o con discapacidad, o maltrato infantil.*
 - k) La prevención de riesgos laborales.*
 - l) Las acciones informativas, educativas, sensibilizadoras y normativas para la prevención de los accidentes viales.*
 - m) La prevención de la obesidad infantil y otros trastornos de la conducta alimentaria.*
 - n) La identificación precoz de las circunstancias o problemas de salud que hagan evolucionar la enfermedad a discapacidad o esta a dependencia.*
 - o) La identificación, el control de los factores de riesgo y el diagnóstico precoz de cualquier problema de salud para el que sea posible una estrategia preventiva.*
 - p) Cualquier otra que sirva para prevenir eficientemente problemas de salud.*

3. Las actuaciones preventivas se llevarán a cabo en los diferentes ámbitos en los que se desenvuelve la vida a las diferentes edades: la familia, el ámbito educativo, el lugar de trabajo, los espacios de ocio, el sistema sanitario y la comunidad.

4. Las actuaciones preventivas deberán basarse en el conocimiento científico existente y nunca podrán tener un carácter coercitivo, salvo aquellas que tengan como finalidad la prevención o el control de un problema que pueda suponer razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud.

²³⁵ La norma ha venido a señalar: Artículo 69. La prevención de las enfermedades epidémicas

1. La prevención y el control de las enfermedades epidémicas que representen una amenaza para la salud pública constituyen una responsabilidad conjunta de todas las personas en Andalucía y de las autoridades sanitarias, debiendo realizarse las intervenciones necesarias sujetas al cumplimiento de los principios y normas previstos en la presente ley.

2. La Consejería competente en materia de salud coordinará el desarrollo de las acciones y programas para el control de los problemas y riesgos que constituyan una amenaza para la salud de la población y adoptará los programas de erradicación de enfermedades que establezcan los organismos internacionales competentes.

3. La Consejería con competencias en materia de salud adaptará la lista de enfermedades de declaración obligatoria, previstas en la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica y en la Red de Vigilancia Epidemiológica de ámbito europeo, a las necesidades de la situación epidemiológica y a las prioridades de Andalucía.

4. Las medidas que se requieran para la prevención y control de las enfermedades que amenacen la salud pública deberán ser atendidas por la ciudadanía y la sociedad en su conjunto, conforme a los principios y normas establecidos en la presente ley

BB. La protección de la salud

La tercera actividad desarrollada, que se describen en la norma son las acciones de protección en la salud. Estas que completan el círculo de la promoción y prevención, actúan también con carácter previo a la enfermedad o patología en cuestión, y no con carácter asistencial. Pues bien las actuaciones de protección de la salud se orientan en Andalucía en función de los ámbitos de proyección de la salud pública. De tal suerte que deben instrumentarse mecanismos de protección respecto de la salud ambiental²³⁶, la seguridad alimentaria²³⁷, y en aspectos tales como la ordenación del territorio, el urbanismo, los medios de transporte y la habitabilidad de las viviendas²³⁸.

²³⁶ Artículo 71. 1 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²³⁷ Respecto de la seguridad alimentaria, téngase en cuenta lo expresado ut supra en el ámbito de las prestaciones de salud pública y la previsión contenida en el artículo 71.3 de la Ley al decir:

«Con el objeto de promover un alto nivel de seguridad alimentaria de la población andaluza, además de las actuaciones señaladas en el apartado anterior, se desarrollarán las siguientes actuaciones:

- a) *La promoción de la inocuidad para las personas de los alimentos en relación con los riesgos físicos, químicos o biológicos que pudieran contener, contemplando los riesgos asociados a los materiales en contacto con los alimentos y los riesgos nutricionales.*
- b) *El establecimiento de los dispositivos de control necesarios, de forma habitual, periódica y programada, en todos los eslabones de la cadena alimentaria.*
- c) *La evaluación, la gestión y la comunicación de los riesgos para la salud de la población asociados a:*
 - 1º Contaminación química y/o biológica de alimentos y bebidas.
 - 2º Presencia de residuos en alimentos procedentes de tratamientos preventivos o curativos en animales y plantas.
 - 3º Anti-bioresistencias.
 - 4º Presencia de alérgenos en alimentos.
 - 5º Comercialización y uso de aditivos y/o coadyuvantes tecnológicos.
 - 6º Zoonosis de origen alimentario.
 - 7º Brotes de enfermedades de origen alimentario.
 - 8º Pérdida de las condiciones sanitarias de empresas y operadores alimentarios.
 - 9º Sustancias que provocan intolerancias alimentarias.
 - 10º Comercialización y uso de suplementos alimenticios.
 - 11º Alimentos con modificaciones genéticas en su origen.

²³⁸ No se olvide que respecto de la intervención en la ordenación urbanística y edificatoria debe tenerse en cuenta la incorporación del Informe de Evaluación de Impacto en la Salud de los instrumentos de Planeamiento. Así, el Decreto Ley 5/2012, de 27 de noviembre sobre medidas urgentes y de protección del Litoral de Andalucía (BOJA de 28 de noviembre), incorporó en la Disposición Final Séptima modificación de la Ley de Salud Pública de Andalucía, –artículo 58.1 y 2– al señalar: «En los procedimientos de aprobación de instrumentos de planeamiento urbanístico a los que se refiere la letra b), del artículo 56.1, será preceptivo y vinculante el informe de evaluación de impacto en salud, que deberá emitirse en el plazo máximo de tres meses. Si transcurrido dicho plazo no se hubiera evacuado el informe citado, se entenderá su conformidad al plan propuesto».

En el mismo sentido, se modifica el apartado 3 del artículo 58 de la Ley de Salud Pública Andaluza para integrar el dato de que el informe de evaluación de impacto en la salud, será preceptivo y vinculante en el caso de los procedimientos de autorización de actividades, obras y proyectos». Estableciéndose además que el plazo de evacuación de dicho informe sería de un mes. Interesante resulta por lo demás la afirmación de la norma al remitir al artículo 83, de la Ley 30/92, para el caso en que se incumpla la obligación de la evacuación del informe siendo éste preceptivo y vinculante. Referencia normativa que a partir del mes de octubre de 2016, habrá de entenderla hecha a la ley 39/2015, de 2 de octubre, que ha venido a modificar y derogar la Ley 30/92, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común. En concreto, la nueva ley de Procedi-

Ello implica la puesta en valor de la normativa urbanística y de ordenación del territorio en cuanto implica la proyección de las actividades de prevención de salud pública vinculada a la habitabilidad de las viviendas, o a la salubridad²³⁹ pública.

Entre las medidas que se integran en la protección de la salud pública la Ley Andaluza que analizamos ha hecho una taxativa enumeración de acciones que deben ser integradas para la implementación de actividades de protección a la salud.

A saber:

- Evaluación, gestión y comunicación en relación a los riesgos de la salud –con la identificación y caracterización de los posibles peligros.
- Instalación e implantación en las empresas e industrias, instalaciones y servicios, sistemas de autocontrol basados en el método de análisis de peligros y puntos de control crítico, y llevará a cabo su supervisión mediante auditorías. Asimismo, se fomentará la implantación de sistemas de autocontrol en el sector primario²⁴⁰.
- Establecimiento de las **medidas cautelares** necesarias²⁴¹ cuando se observen incumplimientos de la legislación sanitaria vigente o la detección de cualquier riesgo para la salud colectiva

miento Administrativo, aprobada a principios de octubre de 2015, que prevé una vacatio legis de un año, incorpora en el artículo 80.3 de la Ley la regulación sobre el régimen jurídico de los informes. Así, según lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo 39/2015, en el caso en el que el informe sea preceptivo y vinculante, y no se evacuara en tiempo y forma no se podrán proseguir las actuaciones, y sin perjuicio de las responsabilidades que haya lugar, se prevé que se pueda suspender el plazo máximo para resolver (en virtud de lo dispuesto en el artículo 22.1.d) de la Ley de Procedimiento Administrativo. En cualquier caso el plazo máximo de la suspensión del plazo máximo para resolver no puede exceder de los tres meses y en el caso de no recibirse el informe en el plazo indicado se prosigue con el procedimiento administrativo. En nuestro caso la evacuación del informe de evaluación del impacto en la salud de la aprobación del correspondiente instrumento de planeamiento, afecta de manera directa al procedimiento de aprobación del correspondiente instrumento urbanístico u obra.

²³⁹ Sobre las competencias locales en materia de vivienda y el efecto de la reforma operada a partir de la Ley de Sostenibilidad de la Administración Local, tuvimos ocasión de exponer en: GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L.; «Sostenibilidad financiera y ambiental, en la rehabilitación de vivienda social al amparo de las competencias propias del artículo 25 de la Ley de racionalización y sostenibilidad del gobierno Local», en I Congreso Nacional sobre Vivienda Social, Real Fundación del Patronato de la Vivienda de Sevilla, pág. 375-393. 2014.

²⁴⁰ Esta medida de protección contemplada en el artículo 71.1 b) de la Ley de Salud Pública, hace referencia a las medidas de seguridad alimentaria. Pues bien, la Estrategia de Seguridad Alimentaria que fue aprobada por Acuerdo de 8 de septiembre de 2015 (BOJA de 11 de septiembre de 2015), y que se orienta al periodo entre 2016-2020, señala que la misma ha sido aprobada en virtud del artículo 27.13 de la Ley 6/2006, de 24 de octubre del Gobierno de la Comunidad Autónoma– Disposición que atribuye al Consejo de Gobierno la competencia de la aprobación de Directrices vinculantes. Pues bien dicha estrategia, incorpora en su articulado el objetivo de consolidar un sistema coordinado de seguridad alimentaria integral. Es por ello que la realización de la Estrategia como instrumento programático que permita la definición de actuaciones en materia de seguridad alimentaria queda enmarcada en las actuaciones de la consejería con una proyección temporal que se proyecta en los próximos 5 años.

²⁴¹ En el caso de las medidas cautelares, debe tenerse en cuenta que las dos leyes de referencia en el ámbito sanitario Andaluz (tanto la Ley 2/98, como la Ley 16/2011, así como las referencias iniciales contenidas en

- Controles oficiales eficaces²⁴², incluyendo los planes de emergencia, con personal encargado cualificado²⁴³ y con experiencia necesaria, para lo cual recibirá la formación adecuada.
- Impulso a la participación²⁴⁴ interinstitucional, propiciando la colaboración y la coordinación²⁴⁵ entre las Administraciones Competentes²⁴⁶.
- Evaluación de los riesgos para la salud previstos en los mecanismos de prevención y control ambiental.
- Garantizar la inocuidad en todos los eslabones de la cadena alimentaria, con especial incidencia de aquellos alimentos de origen vegetal o animal que hayan sufrido modificación genética.

la Ley de Salud Pública Estatal, Toda vez no previeron supuestos de medidas cautelares si bien la estrategia de desarrollo del Plan Andaluz de Salud y de los planes y documentos de calidad pronto permitieron la puesta en valor de medidas cautelares. Pues bien en este contexto, y desde el momento en que se califican a los que realicen labores de control como agentes de autoridad –agentes de protección de la salud– corresponde a éstos la atribución del ejercicio de las medidas cautelares precisas. En este sentido señala el artículo 53 de la Ley de Salud Pública Estatal:

«El personal al servicio de la Administración General del Estado vinculado al ejercicio de competencias contempladas de esta ley, tendrá la condición de agente de la autoridad sanitaria y estará facultado para desarrollar labores de inspección. A tal efecto, podrá tomar muestras y practicar las pruebas, investigaciones o exámenes necesarios para la comprobación del cumplimiento de las normas sanitarias siguiendo los procedimientos establecidos».

²⁴² Para entender mejor las funciones de control resulta oportuna la reflexión sobre el procedimiento administrativo sancionador en materia de sanidad que fue aprobado por Decreto 20/2005, de 25 de enero.

²⁴³ Volveremos a continuación sobre la calificación y características del personal o los agentes de autoridad sanitaria andaluces

²⁴⁴ El principio de participación había sido ya enumerado entre los criterios de gobernanza pública al decir, el artículo 91.1 de la Ley de Salud Pública: «La Consejería competente en materia de salud impulsará los instrumentos de la efectiva participación de los profesionales en la mejora y desarrollo de las funciones de salud pública».

²⁴⁵ No se olvide además que la incorporación de estos principios de relación interadministrativa habían sido ya calificados como principios constitucionales a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 32/83), y en el tenor del enunciado del artículo 103 de la Constitución Española.

Un excursus sobre esta cuestión hemos realizado en: GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L.: «Coordinación Interadministrativa en la Previsión Social de Atención al Colectivo de Personas Mayores Respecto de la Adecuación Funcional de Viviendas Adaptadas en un Contexto de Crisis», *La Administración Pública entre Dos Siglos (Ciencia de la Administración, Ciencia Política y Derecho Administrativo): Homenaje a Mariano Baena del Alcázar*, (2010), Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, págs. 493-514; o específicamente respecto de la coordinación Sanitaria en: «Biobancos e investigación biomédica. Algunas reflexiones a la luz de la normativa española» en RIIPAC nº 2/2013.

²⁴⁶ La necesaria incorporación del principio de cooperación interadministrativa y la evocación de la misma en sede de derecho sanitario andaluz implica la necesidad de operar una transversalidad de la salud pública no sólo disciplinar sino también participativa. No debemos olvidar que la propia Ley de Salud Pública había puesto ya de manifiesto en los criterios de gobernanza pública, la relevancia que desde la intervención pública en la salud, adquieren los principios organizativos de la Sanidad. Así en los artículos 52 y 53 de la Ley de Salud Pública al reconocer la necesidad de cooperación interadministrativa, y establecer la misma como principio organizativo de la Sanidad.

- Planificación de actuaciones periódicas de control e inspección²⁴⁷. Para comprobar la adecuación de empresas, instalaciones y servicios a las condiciones y requisitos sanitarios establecidos por sus correspondientes normas de aplicación.
- Planificación, coordinación y desarrollo de estrategias y actuaciones²⁴⁸ que fomenten la información, la educación y la promoción de la seguridad sanitaria.

Además, en el marco del Plan de Salud y de la Estrategia de Calidad de la Consejería, se han aprobado procesos de medidas cautelares, que ponen en valor la proyección de la norma sancionadora, en nuestro caso el Decreto 20/2005, de 25 de enero²⁴⁹ que desconcentra las competencias sancionadoras y regula determinados aspectos del procedimiento sancionador en materia de salud, y se ha aprobado el proceso de medidas cautelares,²⁵⁰ que permite la incorporación de las medidas del Plan de Calidad en Salud y que han sido también objeto de atención en el texto de la Ley de Salud Pública Estatal que las enumera según sigue (artículo 54):

- a) La inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias.
- b) La intervención de medios materiales o personales.
- c) El cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias.
- d) La suspensión del ejercicio de actividades.
- e) La determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias a que se refiere esta ley, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas
- f) Cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones

Este no es un número clausus sino que la Ley deja abierta la puerta a otras posibles medidas que resulten precisas para asegurar el cumplimiento de la Ley²⁵¹. En cuanto al procedimiento a adoptar para la puesta en valor de las medidas cautelares, será preciso el

²⁴⁷ Esta actividad se desarrolla a través de la actividad de inspección de la Administración, que se ha venido desarrollando desde la aprobación de los planes de Inspección en Salud Pública.

²⁴⁸ Un breve examen de la página web de la Consejería de Salud desvela además que dicha labor ha sido llevada a cabo con carácter exhaustivo en Andalucía. Pues el número de documentos que vendrían a integrar el denominado Soft-Law Administrativo supera la treintena, tanto como desarrollo de aspectos integrados en el Plan Andaluz de Salud, o como documentos de carácter estratégico, o informativo sobre protocolos y procesos a seguir para informar, y proteger a la población en los aspectos comprensivos de la atención a la Salud Pública.

²⁴⁹ BOJA de 9 de febrero de 2005.

²⁵⁰ Según puede verse en documento elaborado por la Secretaría General de Salud Pública y Participación de la Consejería de Salud en el año 2012: http://www.repositoriosalud.es/bitstream/10668/925/1/ProcesoMedidasCautelares_2012.pdf

²⁵¹ Artículo 54.1 de la Ley de Salud Pública Estatal.

examen del artículo 27 a 29 de la Ley de Salud Andaluza que encomienda la competencia para la imposición de las sanciones en función de la cuantía²⁵².

Así, las sanciones que deriven del incumplimiento de la normativa de salud, pueden llevar aparejadas la puesta en valor de medidas provisionales que adoptan la forma de: suspensión total o parcial de la actividad; clausura de centros establecimientos e instalaciones; y la correspondiente fianza²⁵³.

Debiéndose respetar eso sí en el procedimiento el principio de proporcionalidad, que si bien la Ley de Salud de 1998 no refiere si integra la Ley de Salud Pública de 2011. Además debe respetarse el principio de audiencia en general en el procedimiento administrativo sancionador, cuestión que se predica además respecto de la adopción de medidas cautelares.

Por último y en relación a la salud Ambiental, la Ley Andaluza ha destacado la inclusión de las siguientes actuaciones cuyo examen detallado excedería con mucho el objeto de este trabajo pero que no dejamos de enumerar.

- «a) La vigilancia de los factores ambientales de carácter físico, químico o biológico y de las situaciones ambientales que afecten o puedan afectar a la salud.
- b) La evaluación, la gestión y la comunicación de los riesgos para la salud de la población asociados a:
 - 1º La contaminación de las aguas de consumo humano y la gestión de los sistemas de abastecimiento.
 - 2º La contaminación de las aguas de baño marítimas y continentales.
 - 3º La reutilización de las aguas residuales.
 - 4º La contaminación del aire ambiente, incluyendo el ruido.
 - 5º La contaminación del aire interior de los edificios.
 - 6º Las condiciones higiénico-sanitarias de los locales, instalaciones y lugares públicos de uso colectivo.
 - 7º Las instalaciones de riesgo en la transmisión de la legionelosis.
 - 8º La comercialización y uso de los productos químicos.
 - 9º Los campos electromagnéticos.
 - 10º Las zoonosis de los animales domésticos, peri-domésticos, periurbanos y las plagas urbanas.
 - 11º Las actividades de empresas, instalaciones y servicios biocidas.»

No se olvide en este sentido la puesta en valor de las investigaciones que ha permitido la creación de un observatorio Andaluz sobre salud y medio ambiente, proyecto gestionado

²⁵² Así a la norma diferencia entre el Alcalde, el Consejero de Salud y el Consejo de Gobierno para las sanciones más graves que se tipifican con una multa superior a los 25 millones de pesetas (entiéndase aquí la necesaria conversión en Euros de la misma.

²⁵³ Según señala el artículo 28 de la Ley de Salud de Andalucía de 1998.

desde la Escuela de Salud Pública de Andalucía, dependiente de la Secretaría General de Salud Pública²⁵⁴.

Por último la protección de la salud en la vivienda incorpora además el control del uso en las mismas de materiales que supongan un riesgo para la salud. En este sentido es de aplicación la normativa española relativa por ejemplo a los efectos de la aluminosis en las viviendas, y las modificaciones normativas operadas en el ámbito de la rehabilitación inmobiliaria que incorporan la necesidad de actuar sobre el parque inmobiliario envejecido para adaptarlo a las exigencias comunitarias no sólo en relación a la rehabilitación energética sino a la mejora de las condiciones de habitabilidad de las viviendas²⁵⁵. Téngase por lo demás en cuenta que las actuaciones a desarrollar desde la protección ambiental y de orden urbanístico – edificatorio con proyección en la salud pública, tomará en consideración los diagnósticos que han sido ya elaborados sobre el particular desde los Planes integrales de Salud²⁵⁶.

III. RECURSOS PROFESIONALES PARA EL DESARROLLO DE LAS FUNCIONES DE SALUD PÚBLICA

El Título V de la Ley comprende el análisis de los recursos precisos para el desarrollo de la Salud Pública. En este sentido el Título integra tanto los recursos materiales (Artículo 85 y 86 de la Ley) como los recursos profesionales (artículo 87- a 93 de la Ley). Siendo que de los dos primeros artículos reseñados sólo uno de ellos se ocupa en realidad de las infraestructuras de salud pública y el segundo respecto de los denominados incentivos²⁵⁷ de salud pública.

Respecto del personal al servicio de instituciones sanitarias, la Comunidad Autónoma Andaluza creó por Decreto 427/2008, de 29 de julio, el registro de Profesionales Sanitarios, en desarrollo de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre de Ordenación de Profesiones Sanitarias,

²⁵⁴ La página web del centro puede consultarse en: <http://www.osman.es>.

²⁵⁵ Pueden verse en este sentido las previsiones del Texto Refundido de la Ley del Suelo, y Rehabilitación Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, respecto de la incorporación del informe del edificio que había sido ya incorporado en la Ley de Regeneración, Rehabilitación y Renovación Urbana y que ha sido objeto de atención también a nivel autonómico. Sobre este particular puede verse nuestro reciente trabajo: *Sostenibilidad Social y Rehabilitación de Vivienda*, Dykinson, 2015. Madrid.

²⁵⁶ Así por ejemplo el IV Plan Andaluz de Salud aprobado en 2013, refiere en el punto 2.4, la que la mejora de las condiciones de vivienda el entorno urbanístico, la habitabilidad de nuestras ciudades repercute en la salud de la ciudadanía.

²⁵⁷ El tema de los incentivos del sistema sanitario público no es nuevo sino que ha sido objeto desde sus inicios de importantes aportes doctrinales en torno a la configuración y calificación de dichos incentivos. (Así, en MARTÍN MARTÍN; JOSÉ y LÓPEZ DEL AMO GONZÁLEZ, María del Puerto: «Incentivos e Instituciones Sanitarias Públicas, en Escuela Andaluza de Salud Pública, 1994. Sevilla.

y de la Resolución de 27 de marzo de 2007, de la Dirección General de Recursos Humanos y Servicios Económicos y Presupuestarios del Ministerio de Sanidad y Consumo.

No se olvide además que la regulación contenida en el artículo 81 de la Ley de Salud Pública de Andalucía permitió la calificación de Agentes de Salud Pública al personal funcionario o estatutario al servicio de la Administración Sanitaria que llevara a cabo funciones de inspección, cuya regulación ha sido contenida en la Orden de 16 de Junio de 2015²⁵⁸, en los aspectos relativos a la acreditación de la identificación de los agentes de Salud Pública.

En relación a las infraestructuras de Salud Pública, estas se integran por laboratorios, e instalaciones y recursos físicos de la red de salud pública de Andalucía²⁵⁹. El trabajo en red que se potencia desde las estrategias de calidad en la salud pública, se traduce entonces en la necesaria implicación de una red de laboratorios de salud pública²⁶⁰. Y ello en el bien entendido de que para la construcción de la red es preciso el apoyo en las nuevas tecnologías. A esta estrategia de utilización de recursos se suma las medidas de innovación social que desde la propia Ley de Salud Pública vienen definidas y que apuntan a la integración de la atención a las cuestiones sociales desde la estrategia de salud pública. Lo cual puede redundar en el uso compartido de las infraestructuras que como modelo de gestión se incorpora en el apartado 2 del artículo 85²⁶¹ de la Ley de Salud Pública Andaluza.

En relación a los profesionales de la Salud Pública, la ley los define como los que tienen como dedicación principal desarrollar actividades relacionadas con las funciones de salud que la ley incorpora. Esto implica integrar no sólo el personal estatutario sujeto al Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud regulado por la Ley 55/2003, de 16 de diciembre²⁶², sino a todo el personal que lleva a cabo labores de prevención, promoción y protección de la salud en sus múltiples aspectos transversales, como de forma sucinta hemos tenido ocasión de ver en estas líneas. Precisamente por ello la Ley ha sido

²⁵⁸ BOJA de 16 de junio de 2015.

²⁵⁹ Artículo 85.1 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²⁶⁰ La gestión en red de los laboratorio ha generado no obstante distintas valoraciones que cuando se han puesto de manifiesto problemas económicos han demostrado su fortaleza, pero que ha generado también un interesante debate en torno al modelo adoptado, como puede verse en: <http://www.europapress.es/andalucia/sevilla-00357/noticia-junta-defiende-modelo-laboratorios-red-garantiza-equidad-calidad-atencion-toda-region-20140604144401.html>, o en sede del Parlamento Andaluz la que nos trae la comparecencia de la responsable de la Consejería del ramo para informar sobre los avances en torno al Plan Andaluz de Laboratorios Clínicos. (que puede verse en: <http://www.parlamentodeandalucia.es/webdinamica/portal-web-parlamento/pdf.do?tipodoc=diario&id=93454>) Diario de Sesiones de 4 de junio de 2014, en relación a la Comparecencia 9-14/APC-000318. de la Consejera de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, a fin de informar sobre el desarrollo del Plan Andaluz de Laboratorios Clínicos.

²⁶¹ Al decir: «La Administración sanitaria pública de Andalucía fomentará modelos de gestión de uso compartido de las infraestructuras y el acceso a tareas compartidas de ámbito regional y suprarregional».

²⁶² BOE de 17 de diciembre de 2003.

más decidida en la configuración de las pautas de comportamiento que el personal debe desempeñar y que no se limitan a la prestación asistencial²⁶³ sino que integran entre otras: el trabajo en equipo²⁶⁴, el rol colaborativo y educativo²⁶⁵, la participación en proyectos de investigación²⁶⁶; generar alianzas²⁶⁷ y buscar la participación de personas, sectores y agentes implicados²⁶⁸.

Además, se integra la referencia al desarrollo de capacidades²⁶⁹ requeridas y que deben conectarse justamente con la capacitación profesional del colectivo, su preparación y formación para llevar a cabo las funciones encomendadas. La calificación del personal en función de la identificación de capacidades y funciones lleva consigo además la definición del perfil profesional, que no se limita a una disciplina. Así, las referencias normativas apuntan a la participación de personal no sanitario como trabajadores sociales, psicólogos, o educadores, juristas en la salud pública. Lo cual permite dibujar un escenario de participación de personal interdisciplinar amplia en la puesta en marcha de las políticas públicas.

Interesante por demás desde el examen de la normativa andaluza que examinamos resulta, y justamente por esta vinculación de perfiles profesionales – la descripción que se opera respecto de las responsabilidades de los profesionales al servicio de la Salud. No obstante hay que decir que aunque la ley andaluza utiliza la expresión «responsabilidades», no describe el régimen de la responsabilidad (patrimonial, disciplinaria o penal del personal al servicio de las administraciones públicas) sino que bajo esta expresión quiere identificar funciones.

Hubiera sido deseable pues una mayor concreción terminológica²⁷⁰ en este punto que evitara ambigüedades y permitiera por ejemplo vincular la previsión normativa con la consecuencia derivada de la falta de su ejercicio. Cosa que no apreciamos ni en el texto ni en sus

²⁶³ La prestación asistencial es objeto de atención en el artículo 87.3 de la Ley de Salud Pública al señalar: «Los profesionales proporcionarán las prestaciones de salud pública establecidas en la cartera de servicios junto con toda la información necesaria para su uso y aplicación.»

²⁶⁴ Artículo 87. 2.c) de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²⁶⁵ Artículo 87. 2. a) de la Ley de Salud Pública de Andalucía

²⁶⁶ Artículo 87.2. h) de la Ley de Salud Pública de Andalucía

²⁶⁷ Artículo 87.2. d) de la Ley de Salud Pública de Andalucía

²⁶⁸ Artículo 87.2. d) de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²⁶⁹ Así la Ley viene a señalar la capacidad para un abordaje intercultural (artículo 87.2.g); para poner en valor los activos de Salud de Andalucía (Artículo 87.2.f) ; ya mencionada capacidad para el trabajo en equipo y la capacidad para desarrollar programas de intervención sostenibles y realistas adaptados al contexto social (artículo 87.2.e).

²⁷⁰ Creemos que la terminología utilizada no es la adecuada pues debiera haberse titulado el artículo 92 de la norma «funciones de los profesionales de la salud» y no genéricamente utilizar la expresión «Las responsabilidades», que en nada o poco refleja el contenido de la norma.

desarrollos. Justo esta falta de previsión de un régimen sancionador específico o vinculado a las previsiones que la Ley de Salud Pública de Andalucía realiza, nos hace pensar que se trata más de una directriz o desiderátum²⁷¹ que de una obligación legal. Prueba de ello es que la norma no hace específica concreción de funciones sino que remite a la legislación específica, en función de su ámbito competencial²⁷², difiriéndose en el mismo sentido la definición de funciones respecto de los planes de salud²⁷³. Vinculado con lo anterior y en el mismo contexto se ubica la generación del correspondiente código ético, cuya elaboración está presente en la norma²⁷⁴.

En el caso en el que el profesional de la Salud Pública reúna a la vez la condición de ser personal estatutario funcionario de las Administración Sanitaria, resulta de aplicación además de las previsiones que con carácter genérico se predicen en el texto de la Ley Andaluza, las específicas previsiones normativas contempladas en el EBEP, que ha sido recientemente objeto del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre²⁷⁵. Téngase en cuenta que si bien el Estatuto Básico del Empleado Público es de aplicación como normativa básica para todas las Administraciones Públicas, la excepción y remisión a la legislación específica que la ya derogado Ley 7/2007 que aprobara el Estatuto Básico del empleo público es ahora objeto de regulación en el artículo 2.3, 4 y 5 del nuevo EBEP que viene a señalar:

- «3. El personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el Capítulo II del Título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84.
- 4. Cada vez que este Estatuto haga mención al personal funcionario de carrera se entenderá comprendido el personal estatutario de los Servicios de Salud.
- 5. El presente Estatuto tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación.»

Con estas referencias normativas y teniéndose por derogado el anterior Estatuto del Empleado Público no es difícil adivinar que la norma –si bien remite a la legislación específica para la regulación del régimen estatutario del Personal sanitario, como otra hiciera su predecesora, no se ha apartado en exceso convirtiéndose en normativa supletoria básica estatal. La Ley de Salud Pública además la menciona en relación al

²⁷¹ Estaríamos aquí en la expresión de artículos de Soft-Law Administrativo en el decir del Prof. Sarmiento.

²⁷² Así se desprende del artículo 87.3, y el artículo 88 de la Ley que señala:
«Los profesionales del Sistema Sanitario Público de Andalucía, en su desempeño profesional, desarrollarán las actuaciones de salud pública contempladas en la presente ley que sean propias de su ámbito competencial.»

²⁷³ Artículo 89.2 de la ley de Salud Pública de Andalucía

²⁷⁴ Artículo 90 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²⁷⁵ BOE de 31 de octubre de 2015.

desarrollo profesional en materia de Salud, siguiendo los principios contenidos en la Ley de Ordenación de las Profesiones Sanitarias Ley 44/2003, de 21 de noviembre²⁷⁶. En relación al desarrollo profesional, el instrumento normativo utilizado es el Plan de Desarrollo Profesional²⁷⁷. Nos recuerda en este sentido el artículo 89 de la Ley de Salud Pública Andaluza que dicho desarrollo profesional deberá implicar la elaboración de mapas de competencias que se relacionen con las titulaciones profesionales, y cuyas actuaciones puedan integrarse posteriormente en los programas de calidad del sistema sanitario público andaluz.

Por último dos elementos cabe destacar en el tenor de la Ley respecto del personal al servicio de instituciones sanitarias o profesionales de la salud pública, a saber: la importancia que la norma atribuye a la generación de alianzas para el desarrollo profesional y el valor de la participación. Ni que decir tiene que ambos elementos están presentes en la configuración de objetivos estratégicos de la política sanitaria y es cuando llegamos a la calificación de los profesionales cuando deben concretarse en atribuciones y competencias que permitan por ejemplo asegurar la participación de los profesionales en actividades académicas, de investigación, formación y que se conectan con las previsiones de la Ley en relación a la innovación social y la investigación en materia de salud a la que en seguida nos referiremos²⁷⁸.

IV. INVESTIGACIÓN, DESARROLLO TECNOLÓGICO, INNOVACIÓN EN SALUD PÚBLICA EN ANDALUCIA: UN BREVE APUNTE

Es el Título VI de la Ley se incorporan medidas relativas a la investigación y el desarrollo tecnológico y le innovación en salud Pública, cuestión de suma importancia para el desarrollo e innovación en la Comunidad Autónoma Andaluza. Para ello el capítulo es dividido en una primera parte dedicada a la Innovación, desarrollo tecnológico y la investigación en Salud Pública, que comprende los artículos 94 a 100 (siendo este último precepto de enorme relevancia respecto de la integración de la denominada innovación social); una segunda parte dedicada a la Calidad en Salud Pública, que integra los artículos 101 a 102 de la Ley.

²⁷⁶ De esta norma se menciona los artículos 37 y 38.

²⁷⁷ Téngase en cuenta que desde el Plan Integral de Salud hasta los planes sectoriales se opera una significativa ordenación y programación de la actividad de protección y promoción de la Salud, que debe poner en valor el papel protagónico de los profesionales al servicio de la Salud Pública.

²⁷⁸ Es por ello por lo que entendemos que el artículo 90 y 91 de la Ley de Salud Pública bien pudieran haberse ubicado en el epígrafe correspondiente a la Investigación en Salud pública porque, de su contenido no se desprenden aspectos diferentes de los que se abordan en el título VI de la Ley.

La puesta en marcha de la Estrategia²⁷⁹ 2014-2018, I + D + I, de investigación e innovación en Salud²⁸⁰, enmarcado en los objetivos del Plan Andaluz de Salud, permite la puesta en valor de la investigación y la innovación sanitaria. De nuevo nos encontramos con un documento programático o Soft-Law administrativo que si bien plantea importantes objetivos estratégicos de partida adolece como sucede en no pocas ocasiones de las consignaciones presupuestarias que permitan concretar las actuaciones. Con todo el documento es relevante porque abunda en la necesidad de puesta en valor de actuaciones en investigación. Así, se previó entre sus contenidos la puesta en marcha del Centro de investigación en Salud Pública, como un centro virtual orientado a la excelencia en investigación. Centro además cuya proyección se apoyaba sobre el soporte Administrativo que proporciona la existencia y funcionamiento de la Escuela Andaluza de Salud Pública. Es ésta la Escuela Andaluza de Salud Pública una institución de prestigio que en nuestra tierra ha mantenido una tradición de promoción de la salud y la protección de la Salud Pública. Creada por Acuerdo de Consejo de Gobierno de 2 de mayo de 1985, esto es apenas se había iniciado el desarrollo autonómico, y sólo un año antes de la creación del Servicio Andaluz de Salud,²⁸¹ la escuela se constituye como una empresa pública²⁸², con carácter de sociedad anónima y capital fundacional integro de la Junta de Andalucía²⁸³.

Con carácter similar al Plan Estratégico de investigación e innovación en Salud en Andalucía, se elaboró un plan de Calidad de la Salud en la Comunidad Autónoma. Dicho plan que vino a comprender el período que va de 2010 a 2014, se orientó al tratamiento de tres áreas de intervención el tratamiento de las personas, –y su participación²⁸⁴ en las iniciativas sobre salud pública, un segundo nivel de intervención orientado a los profesionales, y el tercer nivel orientado al entorno. El texto que establece objetivos y líneas de actuación no deja de tener carácter programático, y carece de mecanismos que garanticen su ejecución más allá de la voluntad política de los actores que intervienen en su puesta en marcha.

²⁷⁹ La Ley de Salud Pública de Andalucía señala la necesidad de organizar la investigación en torno a una estrategia de investigación.

²⁸⁰ http://www.juntadeandalucia.es/salud/export/sites/cs salud/galerias/documentos/c_1_c_6_planes_estrategias/plan_estrategico_investigacion_desarrollo_innovacion/lmasl_2014/estrategia_I_I_2014_18.pdf

²⁸¹ La Ley crea el Servicio Andaluz de Salud (en adelante SAS) es de 1986.

²⁸² A la que será de aplicación por tanto la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Pública 39/2015, de 1 de octubre.

²⁸³ Así reza su página web rica en contenidos y actividades, que puede verse en: <http://www.easp.es/la-escuela/>

²⁸⁴ Recuérdese en este sentido la referencia realizada en el apartado anterior respecto de la participación de los profesionales de la Salud pública que en virtud de lo dispuesto en el artículo 91 señala:

«1. La Consejería competente en materia de salud impulsará los instrumentos de la efectiva participación de los profesionales en la mejora y desarrollo de las funciones de salud pública.

2. Se fomentarán y reconocerán las iniciativas profesionales dirigidas a la mejora del servicio de salud pública, así como la implicación de los profesionales en la formulación de las propuestas de carácter general dirigidos a promover los objetivos de la presente ley.

3. Igualmente se impulsará el uso de plataformas o redes de cooperación y comunicación entre los profesionales de la salud pública y otros profesionales públicos y privados implicados en el desarrollo de la salud pública.»

Interesante resulta por lo demás resulta la inclusión de la noción de corresponsabilidad y la previsión entonces a la conectividad y lo que es más interesante en la definición de acciones la previsión de la elaboración de disposiciones normativas que puedan atender a estas finalidades, como es el caso del objetivo de impulsar una Ley de información sanitaria en Andalucía o la Ley de Derechos y garantías de la persona en el proceso de la muerte. Norma esta última que tuvo plasmación en la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la dignidad de la personas en el proceso de la muerte²⁸⁵, siendo la Comunidad Autónoma Andaluza una de las pocas en incorporar el tratamiento de esta cuestión en su legislación sanitaria. Lo cual conecta por otro lado con el Plan Andaluz de Cuidados Paliativos que para el período que comprende 2008-2012, fue aprobado por la Consejería de Salud y que prevé entre sus líneas de actuación, la investigación en cuidados paliativos, como una parte importante de la atención al cuidado de la salud.

Así, la adecuación de las líneas de investigación de la Comunidad Autónoma, a las necesidades de actuación sectorial conecta con la definición de prioridades y estrategias del Plan Andaluz de Salud y los planes integrales sectoriales que han venido a ser aprobados desde la aprobación del primero y/o en sintonía con el mismo²⁸⁶, además de la necesaria armonización con el Plan Nacional o los Planes Nacionales de Investigación²⁸⁷.

La Ley de Salud Pública crea por lo demás la puesta en marcha del Centro de Investigación de Salud Pública de Andalucía previsto en el artículo 46²⁸⁸ de la Ley, en el capítulo II de la misma, en el marco de la Ley Andaluza de la Ciencia y el conocimiento.

En este contexto, el aseguramiento de mecanismos que permitan la mejora de la docencia e investigación sanitaria resultan claves en la configuración de la política sanitaria autonómica.

²⁸⁵ BOJA de 7 de mayo de 2010.

²⁸⁶ En este sentido la Ley de Salud pública recoge en el artículo 94.1 como sigue: «La Administración sanitaria pública de Andalucía promoverá la investigación científica en materia de salud pública como instrumento para la mejora y protección de la salud de la población, conforme a las prioridades marcadas por el Plan Andaluz de Salud y teniendo en cuenta las recomendaciones de los diversos planes y políticas relacionados con la investigación en Andalucía, en los ámbitos nacional y europeo».

²⁸⁷ Así nos viene a recordar el artículo 94.2 de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

²⁸⁸ Así señala el artículo 56 de la Ley de Salud Pública: «1. Se crea, en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía y en el marco de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre (LAN 2007, 572), Andalucía de la Ciencia y el Conocimiento, el Centro de Investigación de Salud Pública de Andalucía, como organización donde se integran personas al servicio de la investigación y grupos de investigación, y que tiene como objeto primordial la investigación, el desarrollo y la innovación en materia de salud pública, bajo el principio del fomento de la calidad y la excelencia científica de los proyectos y actuaciones.

2. El Centro de Investigación de Salud Pública de Andalucía desarrollará las actividades que son propias de este tipo de organizaciones, teniendo en cuenta las prioridades definidas en el Plan Andaluz de Salud y en el marco que ofrece la planificación de la I+D+i en Andalucía y en los ámbitos nacional y europeo.

3. Reglamentariamente se establecerán sus estatutos donde se especificarán sus objetivos, funciones, recursos, régimen, organización y funcionamiento.»

Por ello, la Ley 2/98, de Salud de Andalucía vendría a introducir en su artículo 78, la obligación al gobierno autonómico de que velar por la formación de los profesionales de la Salud. Debiéndose²⁸⁹, coordinar los programas de docencia e investigación de los centros universitarios entre las Universidades y las Administraciones públicas que por la vía del concierto puedan participar en la conformación de los mismos. No es el único lugar donde se introduce dicha cuestión, así el artículo 90 de la Ley de Salud Pública de Andalucía, viene a prestar especial atención a la formación en materia de salud pública desde la generación de alianzas y la cooperación. Así las acciones descritas en la norma habilitan la puesta en marcha de formación de grado y de postgrado, en la idea de promover tantos másteres²⁹⁰ como doctorado en la materia.

Además la formación debe ser a lo largo de toda la vida, –lo que en el sentir de las previsiones del Espacio Europeo de Educación Superior implicarán estrategias de formación tanto presencial como virtual²⁹¹, y se contribuye a dicho desarrollo profesional la calidad del sistema y viceversa. De ahí que el I y el II Plan de Calidad de Sistema Andaluz de Salud hayan apostado por la formación y en sucesión de continuidad el documento que vino a aprobar el plan estratégico de formación integral del sistema sanitario público Andaluz²⁹², incorporó, la formación de los profesionales como un macro proceso en el sistema sanitario público de Andalucía.

Respecto de la formación de Grado fue el Real Decreto 1558/86²⁹³, de 28 de junio²⁹⁴ el que introdujo las bases del régimen de conciertos entre las universidades y las instituciones sanitarias. A partir de ahí se ha trabajado en la relación de las instituciones

²⁸⁹ Artículo 78.3 de la Ley 2/98 de Salud de Andalucía.

²⁹⁰ Como sucede por ejemplo con el Máster de Salud Pública y Gestión Sanitaria ofertada por la Escuela Andaluza de Salud Pública, que ha cumplido más de 28 años de vigencia.

²⁹¹ Artículo 90.e) de la Ley de Salud Pública prevé la implantación de enseñanzas virtuales a lo largo de toda la vida, para promover un «aprendizaje relevante y útil en el desarrollo de la vida profesional».

²⁹² Que puede verse en:

http://www.juntadeandalucia.es/agenciadecalidadsanitaria/formacionsalud/gestor/galerias/descarga_documentacion_referencia/Plan_Formacion.pdf

²⁹³ Esta norma fue modificada por RD 1652/1991, de 11 de octubre y por Real Decreto 420/2015, de 29 de mayo. El primero con relación a la redacción dada a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de julio de 1989 (recurso contencioso administrativo núm. 227/1986), que declaró nulo las bases 1.ª, 7.ª, 8.ª, 9.ª, 10.ª, 11.ª, 13.ª y 16.ª del artículo 4.º, así como la disposición transitoria 9.ª y la disposición final 1.ª, del Decreto – que entre otras cuestiones olvida la investigación al regular la jornada de trabajo en las funciones de los Catedráticos y profesores universitarios sometidos al régimen de conciertos. El segundo por cuanto, incorpora la regulación de la creación, reconocimiento, acreditación y autorización de centros universitarios, en desarrollo de la Ley Orgánica de Universidades, 6/2001 de 21 de diciembre.

²⁹⁴ En desarrollo de estas previsiones y de forma complementaria la Ley de Ordenación de Profesiones Sanitarias vendría también a insistir en el régimen de conciertos entre universidades y servicios de salud e instituciones y centros sanitarios. (artículo 14).

universitarias con las Universidades de tal suerte que en Andalucía, se firmó un convenio-marco²⁹⁵ entre la consejería de Salud, la Consejería de Educación y las Universidades Andaluzas para regular las bases de las instituciones sanitarias y las Universidades en la investigación y la docencia. En este contexto el día 7 de julio de 2008, el Consejero de Innovación Ciencia y empresa, la Consejería de Salud, y los Rectores de las Universidades de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla firmaron la Adenda al Convenio-Marco con el fin de permitir un nuevo modelo de colaboración destinado a impulsar la calidad de las prácticas clínicas, asentado tanto sobre la disposición de toda la red asistencial para la formación y la docencia como, en línea con el Modelo de Gestión por Competencias del Sistema Sanitario Público Andaluz, en la participación del conjunto de los profesionales sanitarios en las actividades de formación. Lo que siguió luego fue la implantación del Espacio Europeo de Educación Superior²⁹⁶ y la necesaria adaptación de las enseñanzas al mismo, cuestión que ha supuesto también la integración de las competencias de los profesionales en la verificación de títulos universitarios relacionados con las actividades de formación²⁹⁷.

En este contexto desde la Ley de Ordenación de Profesiones sanitarias, Ley 44/2003, de 21 de noviembre²⁹⁸, prestó especial atención a la acreditación de centros y unidades docentes. Además la regulación de la relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en ciencias de la Salud había sería ya regulada a nivel Estatal por el Real Decreto 1146/2006, de 6 de octubre²⁹⁹. Dicha norma fue seguida en secuencia temporal por el Real Decreto 183/2008 de 8 de febrero³⁰⁰ por el que se clasifican y determinan las especialidades en ciencias de la salud y desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada, su aplicación y desarrollo normativo determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada, su aplicación y el desarrollo normativo que deben asumir las Comunidades Autónomas supondrá la aparición de las unidades docentes multiprofesionales, el establecimiento de modelos de autonomía progresiva de los residentes, la revisión del mapa de la formación especializada así como el desarrollo de mecanismos para la mejora continua de la calidad del proceso formativo.

²⁹⁵ Acuerdo de 3 de octubre de 1995. BOJA de 21 de noviembre de 1995.

²⁹⁶ Previsión en este sentido se había realizado ya en el artículo 94 de la Ley de Salud Pública.

²⁹⁷ En este sentido el artículo 90.b) de la Ley de Salud Pública prevé, el fomento de: «La formación en salud pública en el pregrado y posgrado de todas las titulaciones profesionales que puedan estar relacionadas con la salud pública, promoviendo una amplia oferta de másteres y doctorados en las universidades andaluzas en el marco del Espacio Europeo de Educación Superior».

²⁹⁸ BOE de 22 de noviembre de 2003.

²⁹⁹ BOE de 7 de octubre de 2006.

³⁰⁰ BOE de 21 de febrero de 2008.

Los desarrollos normativos estatales más recientes en este sentido – que han sufrido el envite de la crisis en la reforma operada por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, –han sido los relativos a los requisitos para la acreditación de las unidades docentes multiprofesionales para la formación de especialistas en enfermería familiar y comunitaria. La norma que tiene carácter básico ex artículo 149.1.30, que atribuye la competencia al Estado respecto de la regulación de la obtención, expedición, homologación de títulos profesionales– ha sido objeto de desarrollo por la Orden de Presidencia de 9 de mayo de 2013³⁰¹. Pues bien, en este contexto, en el año 2001, se implantó en Andalucía el Programa Común Complementario para Especialistas Internos Residentes (PCCEIR)³⁰².

Además, y respecto de la formación continua –como nos recuerda el plan integral de formación, se reguló en el Decreto 203/2003, de 8 de julio³⁰³ que establece el procedimiento de las actividades de formación continuada de los profesionales de la Salud, y que creó el Consejo Andaluz de formación continuada de las profesiones sanitarias.

Por último y en conexión con lo anterior va a corresponder a la Fundación Progreso y Salud, –en cuanto que organización dependiente de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, que presta soporte de gestión a la Agencia de Calidad Sanitaria de Andalucía, el desarrollo de la línea IAVANTE³⁰⁴ de formación y evaluación de competencias profesionales.

En relación a la investigación³⁰⁵ y lo que es más significativo la innovación, la Ley de Salud Pública de Andalucía hizo especial mención a la segunda. Así, la Innovación en Salud Pública es objeto de atención en el artículo 96 de la Ley de Salud Pública que además incorpora la técnica de fomento administrativo como medida para mejora de la innovación en salud, al

³⁰¹ BOE de 18 de mayo de 2013.

³⁰² Sobre el funcionamiento del programa puede verse la información contenida en el portal web: <https://www.portaleir.es/>

³⁰³ BOJA de 25 de julio de 2003.

³⁰⁴ <http://www2.iavante.es/es>.

³⁰⁵ Respecto de la Investigación dos previsiones resultan especialmente significativas a considerar de un lado la creación del Centro de Investigación de Salud Pública de Andalucía, cuya regulación señala:

«1. Se crea, en el ámbito del Sistema Sanitario Público de Andalucía y en el marco de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andaluza de la Ciencia y el Conocimiento, el Centro de Investigación de Salud Pública de Andalucía, como organización donde se integran personas al servicio de la investigación y grupos de investigación, y que tiene como objeto primordial la investigación, el desarrollo y la innovación en materia de salud pública, bajo el principio del fomento de la calidad y la excelencia científica de los proyectos y actuaciones.

2. El Centro de Investigación de Salud Pública de Andalucía desarrollará las actividades que son propias de este tipo de organizaciones, teniendo en cuenta las prioridades definidas en el Plan Andaluz de Salud y en el marco que ofrece la planificación de la I+D+i en Andalucía y en los ámbitos nacional y europeo.

3. Reglamentariamente se establecerán sus estatutos donde se especificarán sus objetivos, funciones, recursos, régimen, organización y funcionamiento. Investigación, desarrollo tecnológico y la innovación en salud pública.

decir que la Consejería de Salud «promoverá el compromiso con las innovaciones, la vigilancia constante del entorno, el estímulo de la creatividad y el impulso de las colaboraciones y alianzas». Implica la promoción de la innovación el fortalecimiento pues de alianzas que ya habían sido expresamente enunciadas en el desarrollo profesional del personal o profesional sanitario, y que la norma recoge con especial vehemencia en el artículo 53,³⁰⁶ y recuerda entre los principios de la organización de la sanidad pública, «las alianzas intersectoriales en salud»³⁰⁷. Pero sin duda la innovación más relevante a tomar en consideración no es tanto la innovación técnica que se considera implícita en la necesaria evolución e investigación científico-técnica en sanidad, sino la innovación social. Es éste el concepto que despunta en el texto de la Ley de Salud Pública andaluza. Concepto al que la norma dedica el artículo 100³⁰⁸. Si combinamos ambos elementos innovación y social, nos encontraremos con que si innovar es crear y modificar un nuevo producto en el mercado y «social» se refiere a la sociedad, no tardaremos en concluir que la innovación implica una suerte de creación y modificación de la sociedad y de la producción o estrategia social. Convertida la Innovación Social en uno de los ejes del Programa Horizon 2020 de la unión Europea, es un vocablo que está haciendo tanta fortuna como en su día hizo la expresión «desarrollo sostenible», y se corre el peligro de desvirtuar su contenido y su sentido perdiéndose con ello una oportunidad de generar innovación y talento y de permitir que el instrumento que la norma proporciona en el sistema sanitario público pueda dar respuesta a la necesidad social.

No se puede por tanto innovar socialmente en salud pública desconociendo elementos tales como el código ético, o el principio de la participación activa de la ciudadanía³⁰⁹ en la

4. Se promoverá la creación de redes e infraestructuras de colaboración científica accesibles al personal investigador andaluz bajo una administración y gestión común», y en el artículo siguiente, 95 la creación de los comités científicos consultivos, al decir la norma:

«1. La Administración sanitaria pública de Andalucía podrá crear comités científicos consultivos, que emitirán dictámenes técnicos sobre los asuntos que se les sometan, y, especialmente, sobre riesgos reales o potenciales para la seguridad de los consumidores, la salud pública o el medio ambiente.

2. Reglamentariamente se determinará la creación, la organización y el funcionamiento de los comités científicos consultivos».

³⁰⁶ Que señala: «Se fomentarán las alianzas estratégicas con otras Administraciones públicas, universidades, centros de investigación y otras entidades autonómicas, nacionales e internacionales que aporten elementos de interés para la salud pública en Andalucía».

³⁰⁷ Artículo 43.e) de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

³⁰⁸ Señala el artículo 100:

«1. Las Administraciones públicas de Andalucía apoyarán las innovaciones sociales aplicadas sobre la salud pública, entendidas como nuevas ideas o nuevas relaciones sociales de cooperación para la salud que incrementen la capacidad de la ciudadanía para actuar colectivamente.

2. Las Administraciones públicas de Andalucía promoverán acciones positivas para el desarrollo de la innovación social en el área de salud a través de las siguientes medidas:

- a) Promocionando el talento y el capital social de las personas y grupos innovadores sociales más relevantes.
- b) Promoviendo una cultura colaborativa proclive a la generación de valores compartidos en el área de salud.
- c) Facilitando las iniciativas de investigación y desarrollo sobre las innovaciones sociales en salud.».

³⁰⁹ Este ha sido a su vez enunciado como un principio de organización de la Salud Pública, según dispone el artículo 43.c) de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

gestión del conocimiento y de la prestación de salud pública. Como tampoco es posible la innovación social de espaldas a la realidad y por tanto sin haber realizado previamente un diagnóstico de necesidades y de recursos que permita abordar las carencias y fortalecer las oportunidades. Esto es, las decisiones de fortalecimiento de talento y promoción de la innovación deben partir también de la planificación de la salud. Además, ya no es posible pensar en la atención sanitaria como un proceso aislado –si es que alguna vez lo fue– sino que implica no sólo procesos sino como sistema, integración de redes³¹⁰.

Hemos puesto de relieve a través de estas líneas elementos que permiten configurar la red de investigación o de prestaciones, ahora retomamos esa idea desde la introducción de las nuevas tecnologías y la interoperabilidad en el bien entendido de que el mismo funcionamiento de la Administración Pública, o de la e-Administración camina de la mano de la introducción sinérgica de redes de sistemas de información y comunicación, que permitan definir por ejemplo elementos más próximos a la e-salud³¹¹.

De un lado, el Sistema de Salud Público Andaluz aboga por la creación de redes de investigación de excelencia, siendo la Consejería de Salud la competente para la implantación del sistema de Gestión del conocimiento, que se configura como elemento básico de la prestación del servicio público de salud Pública³¹². De otro lado, la calidad³¹³ del sistema se convierte no sólo en estrategia o desiderátum sino en un objetivo a asegurar con instru-

³¹⁰ Así el artículo 99 de la Ley de Salud Pública señala: Artículo 99. Redes del conocimiento en salud pública «La Administración sanitaria pública de Andalucía dispondrá de redes que generen y transmitan conocimiento científico y favorezcan la participación ciudadana en materia de salud pública. Estas redes se constituyen para servir como plataforma de difusión de la información, intercambio de experiencias y como apoyo a la toma de decisiones a todos los niveles del Sistema Sanitario Público de Andalucía.»

³¹¹ Fascinante resulta en oro orden de ideas las reflexiones sobre la utilidad de la e-salud, su definición y su proyección normativa. Toda vez que existen instrumentos de financiación no ya a escala nacional sino internacional, como los AAL, que aportan un marco de referencia y fomento suficiente para que se convierta en referente del futuro desarrollo del catálogo de prestaciones del sistema sanitario público. No es este el lugar no obstante de detenernos en todo lo que significa su examen y análisis, normativo– y social, toda vez que está generando un auténtico compendio de reflexiones doctrinales –no siempre de la mano de juristas– pero de enorme relevancia para entender los pasos y estrategias futuras del sistema sanitario.

³¹² Artículo 98 de la Ley de Salud Pública Andaluza

³¹³ La Ley se refiere a la calidad en el artículo 101:

«1. El Sistema Sanitario Público de Andalucía perseguirá la calidad y la excelencia de sus actividades. Con ese objeto, determinará parámetros de comparación con las actividades realizadas en el ámbito nacional e internacional, impulsará las actividades que generan la seguridad sanitaria y la equidad en salud y establecerá los procesos de mejora continua.

2. El Sistema Sanitario Público de Andalucía incorporará el principio de excelencia en sus actividades a través de las siguientes medidas:

a) *Fortaleciendo la calidad de las actividades de salud pública.*
 b) *Asegurando la pertinencia de las actividades de salud pública a través de la consulta regular a los órganos que estructuran la gobernanza del sistema.*
 c) *Promoviendo la rendición de cuentas sobre las actividades de salud pública.*
 d) *Impulsando la mejora continua en busca de la excelencia.*

mentos pertinentes tales como la creación del Plan de Calidad³¹⁴ o la Agencia de la Calidad de Sistema Sanitario Público Andaluz³¹⁵.

Calidad que se debe predicar también de las páginas webs, y que se conecta con la transparencia institucional, y con el principio de transparencia enunciado en la Ley 1/2014, de 24 de junio de transparencia de Andalucía.³¹⁶ Implica además como afirmábamos la calidad evaluación previa de las políticas públicas y de ahí que sea preciso incorporar mecanismos que permitan llevar a cabo dicha evaluación³¹⁷.

Finalmente, nada de lo anterior permitiría un avance en innovación y calidad del sistema sino se operara la correspondiente comunicación de los resultados de las investigaciones realizadas, pues ésta comunicación eficaz y orientada a la consecución de resultados debe permitir un avance estratégico, científico y de calidad del conjunto del sistema sanitario público Andaluz³¹⁸.

e) *Atendiendo a las expectativas y necesidades de la ciudadanía y dando cumplimiento a las normas éticas sobre salud pública.*

3. El Plan de Calidad de la Consejería con competencias en materia de salud concretará la definición de las normas de calidad y excelencia.»

³¹⁴ El Plan de Calidad 2010-2014, puede verse en:

<http://www.juntadeandalucia.es/fundacionprogresoysalud/investigamam/PlanCalidaddelSSPA2010-2014.pdf>

o en:
http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/temas/temas_es/P_3_POLITICAS_Y ESTRATEGIAS_DE_CALIDAD/P_1_PLAN_DE_CALIDAD/plan_calidad_2010?idioma=es&perfil=org&tema=/temas_es/P_3_POLITICAS_Y ESTRATEGIAS_DE_CALIDAD/P_1_PLAN_DE_CALIDAD/&contenido=/channels/temas/temas_es/P_3_POLITICAS_Y ESTRATEGIAS_DE_CALIDAD/P_1_PLAN_DE_CALIDAD/plan_calidad_2010&desplegar=/temas_es/P_3_POLITICAS_Y ESTRATEGIAS_DE_CALIDAD/

³¹⁵ La Agencia de Calidad recibe también soporte de la Fundación Progreso y Salud y desarrolla una de sus líneas estratégicas, su página web puede verse en: <http://www.juntadeandalucia.es/agenciadecalidadsanitaria/quienes-somos/que-es-acsa/>

³¹⁶ Al examen de la Transparencia y de la Ley Andaluza de transparencia con las implicaciones que conlleva han dedicado ya los profesores FERNÁNDEZ RAMOS Y PÉREZ MONGUÍO reflexiones importantes en *La Ley de Transparencia de Andalucía*, Instituto de Administración Pública. Consejería de Hacienda y Administración Pública. Sevilla 2015.

³¹⁷ Así, el artículo 102 se dedica a la cuestión y señala:

«Las actividades de salud pública se regirán por el principio de evaluación continuada. A tal efecto, se evaluarán los procesos y los resultados en cuanto a seguridad sanitaria; promoción de la salud, incluida la reducción de las desigualdades; prevención de las enfermedades, y protección de la salud. La función evaluadora de la salud pública tendrá por finalidad determinar, de forma sistemática y objetiva, la relevancia, eficiencia, eficacia, pertinencia, progresos, efectos e impactos de las actividades de salud pública, en función de los objetivos que se pretenden alcanzar, y se realizará con la participación de la ciudadanía y los profesionales.»

³¹⁸ En este sentido destaca el contenido del artículo 51., que señala:

«1. Con independencia de las obligaciones de difusión de los resultados de la investigación, previstas en la Ley de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, las Administraciones públicas competentes en materia de investigación relacionada con la salud establecerán los mecanismos adecuados para que los resultados de los proyectos financiados con fondos públicos que puedan tener aplicación inmediata en la toma de decisiones de política

V. A MODO DE REFERENCIA ORGANIZATIVA

Llegados a este punto resulta de especial relevancia hacer una breve reflexión sobre la organización administrativa que permita la ejecución de las competencias asumidas en nuestra comunidad autónoma, y la consecución de los objetivos, estrategias y planes descritos *ut supra*. No queremos no obstante describir sin más organigramas ni funciones³¹⁹, cuya descripción está realizada de manera prolija en la norma. Sino más bien quedarnos con la expresión de los principios organizativos que permiten orientar la configuración del sistema sanitario público Andaluz a la luz de la Ley de Salud Pública de Andalucía.

En este contexto, podríamos destacar tres tipos de principios, los principios genéricos de actuación de las administraciones públicas (ex artículo 103 de la Constitución) como informadores de la organización administrativa de la Sanidad Andaluza; los principios generales para la ejercicio de las actividades de salud pública y los principios de organización de la salud pública de Andalucía.

En cuanto a los primeros, –mucho se ha escrito ya– quedando entre nosotros la expresión del principio de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración, y coordinación. Si bien como es conocido, la Constitución no incorporó específicamente el principio de colaboración o cooperación, el Tribunal Constitucional la integró como un *prius* lógico y ontológico de los demás principios constitucionales, en cierta sintonía con la «*Bundes-treue*» alemana de la que en cierta forma, había bebido en su origen.

Hay que decir no obstante que en el caso del sistema sanitario público Andaluz –y entraríamos en el conjunto de la segunda categoría de principios– el principio de cooperación y colaboración están expresamente enunciados. Lo hace así el artículo 51 y 52 de la Ley³²⁰.

sanitaria, especialmente en el tratamiento de enfermedades de alto impacto en la población, sean comunicados inmediatamente a las Administraciones sanitarias. En todo caso se garantizará la defensa de los derechos de propiedad intelectual e industrial que correspondan.

2. Las Administraciones sanitarias evaluarán, de manera conjunta, el impacto en salud de la población de los resultados de las investigaciones financiadas con fondos públicos.
3. En el establecimiento de acuerdos con grupos de investigación las Autoridades competentes darán preferencia a aquellos grupos cuyos resultados hayan dado lugar a aplicaciones y usos efectivos por parte de las Administraciones sanitarias.»

³¹⁹ Como realiza por ejemplo el artículo 44 de la Ley de Salud Pública respecto de las competencias de la Consejería de Salud.

³²⁰ Así en el artículo 51 y 52 de la Ley de Salud Pública de Andalucía
Artículo 51:

1. En el marco de la Administración sanitaria pública de Andalucía se potenciará el sistema de trabajo cooperativo centrado en las formas de colaboración más convenientes entre personas o grupos de personas que deben realizar una tarea común en el seno de la organización administrativa.
2. La Administración sanitaria de la Junta de Andalucía fomentará el uso de las tecnologías adecuadas para la cooperación que permitan potenciar la comunicación, la colaboración y la coordinación de actividades y tareas entre las unidades administrativas que actúen en el ámbito de la salud pública.

Principio de la colaboración al que hay que sumar el de transversalidad de la salud, que implica que ésta está presente en todas las políticas públicas, ex artículo 50³²¹ de la Ley de Salud Pública. Lo cual conecta irremisiblemente con la expresión de la salud ambiental, o la salud en aspectos sectoriales como hemos tenido ocasión de examinar ut supra en la descripción del catálogo de prestaciones y la cartera de Salud Pública Andaluza. Se suma como principio específico el de orientación de las actividades a la satisfacción de la necesidad en salud de la población. Principio que tiene una formulación genérica pero precisa en cuanto permite modular el ejercicio de los anteriores.³²²

Así las cosas entraríamos en el terreno específico de los principios organizativos de la sanidad pública andaluza que han sido objeto detallado del artículo 43 cuya enumeración pasamos a enumerar, a saber:

- a. El reconocimiento de los derechos y las garantías de la ciudadanía.
- b. La defensa de la salud colectiva.
- c. La participación activa de la ciudadanía.

3. La Administración de la salud pública fomentará el uso de plataformas electrónicas con capacidad para articular la efectiva participación de los profesionales de salud pública que las utilicen y donde se puedan compartir recursos y elaborar procedimientos comunes de trabajo.

Artículo 52. La cooperación interadministrativa

1. Las Administraciones públicas de Andalucía competentes en materia de salud pública ajustarán su actuación a los principios de colaboración, coordinación y cooperación que rigen las relaciones interadministrativas, haciendo posible una utilización eficaz y eficiente de los recursos humanos y materiales de que dispongan y con el objetivo de alcanzar un elevado nivel de protección de la salud pública.
2. Con la finalidad de fomentar la necesaria cooperación interadministrativa, la Administración de la Junta de Andalucía establecerá fórmulas de cooperación con las Administraciones locales para el desarrollo de las competencias de salud pública y de los respectivos planes de salud

³²¹ El artículo 50 enuncia:

- «1. Se reconoce el carácter transversal de la salud pública, que comprende la integración de la perspectiva de la salud pública en el ejercicio de las competencias de las distintas políticas y acciones públicas, desde la consideración sistemática de los determinantes de salud, la igualdad de oportunidades y la equidad en salud.
2. Los poderes públicos potenciarán que la perspectiva de la salud pública esté presente en la elaboración, ejecución y seguimiento de las disposiciones normativas y de las políticas en todos los ámbitos de actuación, considerando sistemáticamente las prioridades y necesidades propias de la salud colectiva, teniendo en cuenta su incidencia en la situación específica de las personas y grupos de población, al objeto de adaptarlas para mitigar los efectos discriminatorios y fomentar la equidad en salud.
3. La transversalidad se ejercerá a través de la coordinación y cooperación intersectorial y multidisciplinaria, como elemento de cohesión de las políticas públicas de las entidades e instituciones con responsabilidades sobre la salud pública.
4. Se dará prioridad a la intersectorialidad en las áreas de educación, bienestar social, políticas de igualdad, medio ambiente, agricultura, consumo, empleo y vivienda.».

³²² La ley de Salud Pública Andaluza se refiere a este principio en el artículo 49, que titula «Principio orientador de la Administración sanitaria pública de Andalucía.

La Administración sanitaria pública de Andalucía orientará su actuación a la satisfacción de las necesidades en salud de la ciudadanía, ejerciendo una buena administración, con la participación de la ciudadanía, y que se articula en forma de red desplegada para la eficaz y eficiente provisión de los servicios públicos de salud pública.

- d. La gobernanza en salud pública.
- e. Las alianzas intersectoriales en salud.
- f. La integración y transversalidad de la salud pública.
- g. La transparencia e independencia en sus actuaciones.
- h. La modernización y actualización de los servicios y estructuras de la salud pública.
- i. La investigación e innovaciones aplicadas en salud pública.
- j. El fortalecimiento del desarrollo profesional de las personas que prestan servicios en salud pública y la creación de nuevos perfiles profesionales en salud pública.
- k. La evaluación de las actividades y la calidad, entendida como excelencia, pertinencia y orientación a la obtención de resultados.
- l. Reforzamiento progresivo del sector público en el sistema de salud.

Como puede apreciarse un vasto catálogo de principios que permiten arbitrar una sanidad pública completa en cuanto a prestaciones y instrumentos de gestión pero que requiere de suficientes recursos económicos que garanticen su sostenibilidad.

VI. REFLEXIONES DE CONJUNTO

La Ley de Salud Pública de Andalucía, con la que la Comunidad Autónoma se dota de un marco normativo específico en salud pública, viene a completar el marco regulatorio autonómico en la materia, introduciendo los elementos de análisis precisos para la aplicación en sede autonómica no sólo de las previsiones de carácter básico contenidas en la legislación estatal de Salud Pública, sino en la Ley de Salud de Andalucía de 1998. Su contenido, en los aspectos examinados en este capítulo abordan un amplio catálogo de prestaciones de salud pública que conectan con legislación sectorial dispersa y en desarrollo, y que permiten dibujar una Administración dinámica comprometida con el desafío que supone atender todos los aspectos incorporados en la salud pública. Aspectos tan en teoría alejados de la materia como la ordenación urbanística o edificatoria, la ordenación de los transportes y la atención a las condiciones de trabajo se revelan como elementos esenciales de la configuración de la salud de la población. La interacción y coordinación interadministrativa resultan entonces imprescindibles. La integración del operador público y de los profesionales que dibujó en su momento la calificación de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud se convierte así en piedra angular del sistema que aboga por la puesta en valor de los recursos disponibles y que ha sufrido con los envites de la crisis económica un importante traspás.

De otro lado navega la investigación en salud pública, y el fomento de la investigación científica y técnica enmarcada en laboratorios, o universidades y centros de investigación especializados. Sin ellos, las acciones de salud pública carecerían de suficientes elementos de contraste, análisis y expresión para poder ser desarrolladas. Pero la investigación revela avances técnicos cuyo reflejo en el mundo jurídico merece una especial atención para el legislador ordinario, por ello es precisa una adaptación y continua comunicación de la investigación científica con su entorno y los parámetros que le sirven de referencia, y una vez más los esfuerzos no pueden ser única y

exclusivamente de un colectivo o respecto de un sector, sino que deben ser integrados y coherentes con la política sanitaria no sólo de la Comunidad Autónoma sino del Estado.

La Ley de Salud Pública de Andalucía, avanza de manera decidida en la construcción de un sistema de salud pública que sin embargo no se asienta sobre el vacío sino sobre un conjunto de disposiciones ya existentes con carácter previo que como nos recordara el Consejo Consultivo de Andalucía en su dictamen al anteproyecto de Ley, exige esa delicada coordinación para evitar solapamientos y discordancias.

Tras la aprobación de la Ley de Salud Pública y en paralelo las medidas de austeridad y equilibrio presupuestario aprobadas a nivel estatal, han afectado también a la provisión y promoción de la salud pública en Andalucía.

Si bien, las medidas de la Comunidad Autónoma han intentado en alguna medida paliar los efectos de la reducción en el gasto público destinado a la Salud. Muestra de la preocupación generada en el sector es el Anteproyecto de Ley de Garantías y Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de Andalucía de Junio de 2015, que se encuentra en la actualidad en elaboración. Texto que partiendo de un escenario completo y diverso de disposiciones normativas incorpora como garantía la de la perdurabilidad del Sistema Sanitario Público, además integrando el carácter público de la prestación sanitaria, como un elemento configurador del sistema de Salud Pública Andaluza.

Queda un largo camino por recorrer para asegurar el cumplimiento de la perdurabilidad sin afecciones y restricciones –tanto en materia de personal como en el ámbito específico de la reorganización administrativa y de funciones. Ni que decir tiene que los avances científicos y técnicos, a la par que la realización de las previsiones sobre innovación social que la Ley contempla abren un escenario esperanzador, pero deben arbitrarse mecanismos que permitan –en múltiples ocasiones pasar del Soft-Law administrativo a la acción.

En este contexto, la construcción de redes de investigación, colaboración y promoción de la salud se tornan una de las fortalezas de nuestro sistemas que en el contexto de la innovación tecnológica y en el contexto de las reformas operadas en sede de procedimiento Administrativo y del sector público en general pueden potenciar la inversión realizada en recursos en nuestra Comunidad Autónoma permitiendo que en sinergia con otras políticas transversales también –como la ambiental, por ejemplo– permitan un avance significativo en la calidad del sistema Sanitario Público Andaluz.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BELTRÁN AGUIRRE, LUIS:

«La Universalización de la asistencia sanitaria operada por la Ley 33/2011, de 4 de octubre», en *Revista Aranzadi Doctrinal* núm. 9/2012, Pamplona 2012.

«Varapalo del Tribunal Constitucional a los recortes en el acceso a la asistencia sanitaria pública», en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 5/2014, Madrid.

BORRELL, Carme; GARCIA-CALVENTE, María del Mar y MARTI-BOSCA, José Vicente. La salud pública desde la perspectiva de género y clase social. *Gac Sanit* [online]. 2004, vol.18, suppl.1 [citado 2015-11-01], pp. 02-06. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112004000400002&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0213-9111.

CAAMAÑO RODRÍGUEZ, *La autonomía de los entes locales en positivo: la carta europea de la autonomía local como fundamento de la suficiencia financiera*, Madrid, 2003.

CALVETE OLIVA, «Estrategia de Salud de la Unión Europea: Salud Pública para las personas europeas», en *Revista Española de Salud Pública*, núm. 82, 2008, Págs, 273-281.

CASADO PÉREZ, DEMETRIO, *Coordinación Pública en y entre la rama de los Servicios Sanitarios y Sociales*, Hacer Editorial, 2008

CASTILLO JIMÉNEZ, Cinta «La Nueva realidad Ambiental de Andalucía, Junta de Andalucía, on line.

CASTIEL, ALVÁREZ DESDET: «Las tecnologías de la información y la comunicación en salud pública: las precariedades del exceso», en *Revista Española de Salud Pública*, Vól. 79, núm. 3. 2006.

CAYÓN DE LA CUEVA, JOAQUIN, *Derecho y Salud como realidades interactivas*, Aranzadi, 2015.

CRUZ VILLALÓN:

Comentarios al Estatuto de Autonomía de Andalucía, Sevilla, Parlamento Andaluz, 2012. «Las Estructuras de Salud Pública en España». *Gaceta Sanitaria*.

DOMENECH PASCUAL, Gabriel Régimen Jurídico de la fármaco vigilancia, Cívitas, Madrid. 2009.

ESPIN BALBINO, Jaime et alii «Cuestiones controvertidas en evaluación económica (III): Intervenciones sanitarias en tres situaciones especiales: enfermedades raras, tratamientos al final de la vida y externalidades en las evaluaciones» en *Revista Española de Salud Pública*, núm. 89, 2015.

ESQUALERA URQUIAGA M. ANTIGUA: «Organización de la Salud Pública en Andalucía», en *Revista de Administración Sanitaria*, 2004: 2(2):213-21.

ESTEBAN ALONSO, ALFONSO: *Contaminación Acústica y Salud*, Observatorio Medioambiental, Madrid. 2003.

ETIENNE G. KRUG, LINDA L. DAHLBERG, JAMES A. MERCY, ANTHONY B. ZWI Y RAFAEL LOZANO, *Informe Mundial sobre la Violencia y la Salud*, OMS, Organización Panamericana de la Salud. Washington. 2003.

FERNÁNDEZ FARRERES; «La posición de la Carta Europea de la Autonomía Local en el sistema de fuentes del Derecho español: una reflexión crítica» en CAAMAÑO RODRÍGUEZ, *La autonomía de los entes locales en positivo: la carta europea de la autonomía local como fundamento de la suficiencia financiera*, Madrid, 2003.

FERNÁNDEZ MONTALVO, RAFAEL: «La presencia de la Carta Europea de la Autonomía Local en los pronunciamientos jurisprudenciales sobre la Autonomía Local», en *Anuario de Gobierno Local*, núm. 1, 2004. Pp. 307-334.

GARCÍA GÓMEZ, M et al. «La vigilancia de la salud de los trabajadores expuestos al amianto: ejemplo de colaboración entre el Sistema de Prevención de Riesgos Laborales y el Sistema Nacional de Salud». *Rev. Esp. Salud Publica* [online]. 2006, vol.80, n.1 [citado 2015-10-29], pp. 27-39. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272006000100004&lng=es&nrm=iso>.

GARCÍA MONTORO, Lourdes, «Seguridad alimentaria: impacto del nuevo real decreto 176/2013, de 8 de marzo, que deroga determinadas reglamentaciones técnico-sanitarias y normas de calidad referidas a productos alimenticios», *Revista CESCO de Derecho del Consumo*, núm. 6/2013.

GÓMEZ JIMÉNEZ, MARÍA LUISA:

Estudio Comparado de la provisión de Servicios Sociales: España-Costa Rica. Luces y sombras desde el derecho Administrativo, la Economía, la sociología y el Trabajo Social. Colección de Estudios Centroamericanos. 01., Universidad de Málaga. FLACSO, y PEN Costa Rica. Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Málaga. 2015. (Dir)

«Sistema de Información Sanitaria y gestión del Gasto Público» *Revistaesalud*, Vol. 8, N. 32, 2012. Madrid.

«Bio-bancos e investigación biomédica: algunas reflexiones a la luz de la normativa española», en *RIIPAC*, núm. 2 de junio de 2013.

Aspectos Básicos de la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, Tecnolex, 2011

Sostenibilidad social y Rehabilitación de Vivienda, Dykinson, Madrid, 2015. (Dir)

Estudios de Casos y Propuestas en el Acceso y la Rehabilitación de Vivienda en Andalucía, Colegio de Arquitectos, Málaga, 2015. (Dir)

«Sostenibilidad financiera y ambiental, en la rehabilitación de vivienda social al amparo de las competencias propias del artículo 25 de la Ley de racionalización y sostenibilidad del gobierno Local», en *I Congreso Nacional sobre Vivienda Social*, Real Fundación del Patronato de la Vivienda de Sevilla, pág. 375-393. 2014

JORDANA FRAGA: «Andalucía: simplificación administrativa en leyes ambientales y reconsideración razonable del impacto en salud», en Observatorio de Políticas Ambientales, 2015, coord. por LÓPEZ RAMÓN FERNANDO, Y ALENZA GARCÍA Juan Francisco.

MARTÍN MATEO, Martín

Derecho Ambiental, Instituto de Estudios de Administración Local, 1977.

Tratado de Derecho Ambiental, Trivium. 1991.

«*Medicina preventiva, Economía y Derecho. Un sistema inescindible*» Revista de Administración Pública núm. 145, Madrid. 1998. Págs. 29-50.

MARTIN MORENO, JOSÉ MARÍA, «Hacia un modelo de cooperación y armonización en el campo de la salud pública en España», en *Revista Española de Salud Pública*, núm. 76, 2002. vol.76, n.6 [citado 2015-10-31], pp. 637-643. Disponible en:

<http://www.scielosp.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272002000600001&lng=en&nrm=iso>. ISSN 1135-5727. <http://dx.doi.org/10.1590/S1135-57272002000600001>.

MASA CALLES, J; LÓPEZ PEREA, NOEMÍ; VIARCE TORRES DE MIER, MARÍA de: «Vigilancia epidemiológica en España del Sarampión, la Rubéola y el Síndrome de Rubéola congénita», *Revista Española de Salud Pública*, 2015, 89: 365-379.

MENÉNDEZ REXACH, *Estudios Jurídicos sobre seguridad alimentaria*, en Marcial Pons, Madrid. 2015.

MÍNGUEZ GONZALO, Miguel. El «nuevo reglamento sanitario internacional»: RSI (2005). *Rev. Esp. Salud Publica* [online]. 2007, vol.81, n.3 [citado 2015-10-31], pp. 239-246.

MÍNGUEZ GONZALO, MIGUEL. El «nuevo reglamento sanitario internacional»: RSI (2005). *Rev. Esp. Salud Publica* [online]. 2007, vol.81, n.3 [citado 2015-11-01], pp. 239-246. Disponible en:

<http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-57272007000300001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1135-5727.

MUÑOZ MACHADO, S: *La Formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Alianza Editorial Madrid. 1995.

MUÑOZ RUIZ, ANA BELÉN: «Problemas recientes sobre vigilancia de la salud: los casos de las empresas «Transportes Intercity» y «Servicios Integrales KTZ»» en *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2015. Págs. 67-75.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD INFORMES

Violencia contra las mujeres Un tema de salud prioritario.OMS/OPS; 1998

Reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud» WHA62.14, de la 62 Asamblea Mundial de la Salud,

PÉREZ MONGUIÓ / FERNÁNDEZ RAMOS *La Ley de Transparencia de Andalucía*, Instituto de Administración Pública. Consejería de Hacienda y Administración Pública. Sevilla 2015.

QUIRÓS HM, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ H, VALDERRAMA VERGARA JF. «Armonización de la vigilancia sanitaria interfronteriza una propuesta vinculante en salud internacional». *Rev. Panam. Salud Pública*. 2011; 30(2):148–52

RAMIRO, JULIA: «La reforma de la protección de la infancia: impacto sobre los derechos de los niños», en *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 39, mayo 2015.

REAL PATRONATO DE LA DISCAPACIDAD, *Libro Blanco de la Atención Temprana*, de la Federación Estatal de Asociaciones de Atención Temprana (GAT), Documento 55/2005. Madrid.

REBOLLO PUIG, «Sanidad Preventiva y Salud Pública en el marco de la Actual administración Sanitaria española», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 239. Madrid. 1988.

REGIDOR Y GUTIÉRREZ-FISAC, RODRÍGUEZ, *Diferencias y Desigualdades en Salud en España*, Díez de Santos, Madrid, 1994

RUIZ BURSÓN, Javier «La adaptación del Servicio Andaluz de Salud a la Ley 9/2007, de 22 de Octubre, de Administración de la Junta de Andalucía» en *Revista General de Derecho Administrativo*, IUSTEL, núm. 23, 2010.

SAMPERE NAVARRO, (DIR), *Estudio de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, general de salud pública y del RDley 16/2012, de 20 de abril, sobre sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud*, Aranzadi. Navarra. 2012.

SANDIN –VÁZQUEZ, MARÍA Y SARRIA SANTAMERA, ANTONIO: «Evaluación del Impacto en la Salud: valorando la efectividad de las políticas en la salud en las poblaciones», en *Revista Española de Salud Pública*, núm. 82 de 2008, pps. 261-272.

SÁNCHEZ BURSÓN, J.M.: «La Gobernanza en la nueva Ley de Salud Pública en Andalucía», en *Revistaesalud.com*.

SOUVIRÓN MORENILLA, J. M. «Reforma en la Asistencia Sanitaria Pública: Racionalización o cambio de modelo?» *Revista Andaluza de Administración Pública*, Enero-abril, 2013.

THOMSON. H, SIAN THOMAS, «Housing Improvements for health and associated socio-economic outcomes», *Institute of Health and Well being Glasgow*. 2015

VÁZQUEZ GÓMEZ, EVA MARÍA: *Los instrumentos Jurídicos de la cooperación territorial en Europa: especial referencia a Andalucía*. Sevilla, Consejería de Presidencia. Junta de Andalucía 2014.

ZAMBONINO PULITO, MARÍA, *Gobernanza, Derecho Administrativo y Políticas Públicas en España y Marruecos*, Dykinson, 2015.

Capítulo III LA ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN ANDALUCÍA

Elsa Marina Álvarez González

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, nuestra Comunidad Autónoma, accedió a su autonomía por la vía del artículo 151 de la CE, lo que implicaba asumir en su Estatuto de Autonomía las competencias recogidas en el artículo 149 de la CE, las cuales se hicieron efectivas desde el traspaso de las funciones y servicios necesarios para ello. Así, desde 1984, año en el que recibe los últimos traspasos del Estado necesarios para gestionar la asistencia sanitaria, Andalucía se ha caracterizado en esta materia por ser de las primeras en desarrollar su propio sistema sanitario público, que hoy en día se ha consolidado como el garante del derecho de los ciudadanos a la protección de la salud, de forma universalizada y equitativa, sin que nadie se vea discriminado por razones económicas, sociales, raciales, geográficas o por cualquier otra circunstancia¹.

Sin embargo, y en lo que a la ordenación farmacéutica se refiere, Andalucía no regula hasta el año 2003 lo relativo a las farmacias, a diferencia del resto de Comunidades Autónomas que lo hicieron mucho antes². Esta tardanza en el ejercicio de sus competencias

¹ El Sistema Sanitario Público de Andalucía se configura como el conjunto de recursos, medios organizativos y actuaciones de las Administraciones sanitarias públicas de la Comunidad Autónoma o vinculados a las mismas, orientados a satisfacer el derecho a la protección de la salud a través de la promoción, la prevención y la atención sanitaria (art. 43 Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía). En él se integran todas las funciones y prestaciones sanitarias que son responsabilidad de los poderes públicos, y él, a su vez, forma parte del Sistema Nacional de Salud.

² Así, podemos destacar, entre otras, la Ley 4/1996, de 26 de diciembre, de Ordenación del Servicio Farmacéutico de Castilla-La Mancha (derogada por la Ley 5/2005, de 27-06-2005, de Ordenación del Servicio

legislativas ha supuesto la aplicación en Andalucía de la normativa básica estatal dictada al amparo del art. 149.1.16ª de la CE, así como la regulación preconstitucional, vigente en ese momento, dictada en la materia con carácter supletorio³, lo que ha planteado algunos problemas como la falta de regulación de determinadas cuestiones como, por ejemplo, los criterios excepcionales de apertura o la proliferación de situaciones abusivas como la autorización de aperturas o traslados próximos a centros de salud, o, en fin, la concesión de autorizaciones de nuevas aperturas de oficinas de farmacia a farmacéuticos que superaban los 90 años de edad. Pero sobre todo, el principal problema que ha sufrido Andalucía durante ese periodo en el que no existía una ordenación propia en la materia ha sido las carencias de la población en la prestación sanitaria de los medicamentos a través de las oficinas de farmacia.

Además, en el año 2003 lo que se aprueba es el Decreto 353/2003, de 16 de diciembre, por el que se establece la planificación farmacéutica y los procedimientos de autorización relativos a oficinas de farmacia en Andalucía. Se trata de un reglamento que mejora la planificación farmacéutica y actualiza los procedimientos de autorización, dotándolos de mayor agilidad y transparencia, con baremos más congruentes y justos, y que hace efectiva la apertura de farmacias en zonas donde verdaderamente se necesitaban y favoreciendo, por tanto, una mayor accesibilidad a los medicamentos por parte de los usuarios-pacientes. Pero, en cambio, no regula, la transmisión –en especial, la mortis causa y su procedimiento– de las oficinas de farmacia; los botiquines; la posibilidad de contratar farmacéuticos adjuntos según los niveles de dispensación y prestación farmacéutica; el baremo aplicable a los concursos en los que algunos colectivos (discapacitados, desempleados o farmacéuticos) en situaciones de penosidad y aislamiento (en municipios o pedanías de pocos habitantes) casi no se ven favorecidos, o la dificultad para que los farmacéuticos jóvenes (edad inferior a 33-34 años) accedan a una nueva apertura de oficina de farmacia. Estas cuestiones, unidas a la necesidad de regular una materia (la ordenación farmacéutica) tan íntimamente relacionada con el derecho a la protección de la

Farmacéutico de Castilla-La Mancha, modificada por Ley 2/2015, de 19 de febrero); Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario de Castilla y León (derogada por la Ley 13/2001, de 20 de diciembre, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad de Castilla y León); Ley 31/1991, de 13 de diciembre, de ordenación farmacéutica de Cataluña; Ley 3/1996, de 25 de junio, de Atención Farmacéutica de Extremadura (derogada por la Ley 6/2006, de 9 de noviembre, de Farmacia de Extremadura); Ley 5/1999, de 21 mayo, de ordenación farmacéutica de Galicia; Ley 19/1998, de 25 de noviembre, de Ordenación y Atención Farmacéutica de la Comunidad de Madrid; Ley 3/1997, de 28 de mayo, de Ordenación Farmacéutica de la Región de Murcia; Ley 11/1994, de 17 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Autónoma del País Vasco; Ley 6/1998, de 22 de junio, de Ordenación Farmacéutica de la Comunidad Valenciana.

³ En concreto, la normativa estatal que se ha aplicado en Andalucía ha sido la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de los servicios de oficinas de farmacia y el RD 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión o integración de las Oficinas de Farmacia. Así como su normativa de desarrollo, como la Orden Ministerial de 17 enero 1980, por la que se desarrolla el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, por el que se regula el establecimiento, transmisión e integración de las Oficinas de Farmacia, y la Orden Ministerial de 21 noviembre 1979, por la que se desarrolla el Real Decreto 909/1978, de 14 de abril, sobre establecimiento, transmisión e integración de Oficinas de Farmacia.

salud del art. 43 de la CE –y su correlativo art. 22.1 del EAA–, hizo que algunos autores exigieran su regulación por ley, al igual que en la mayoría de Comunidades Autónomas⁴.

Así, en 2007 se aprueba la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía, que viene a constituir el desarrollo normativo de esta materia en el ámbito de Andalucía respetando la regulación básica establecida por el Estado. En ella se planifica la distribución de las oficinas de farmacia, se determinan los criterios de autorización y funcionamiento de los establecimientos y servicios farmacéuticos además de en las oficinas de farmacia, en hospitales, en distritos de atención primaria, en centros sociosanitarios y en establecimientos penitenciarios, reforzando los mecanismos de evaluación y control por parte de la Consejería competente en materia de salud, a fin de asegurar la disponibilidad de los medicamentos y productos sanitarios necesarios para la población, además de garantizar la correcta prescripción y utilización de los mismos. Se introduce la figura del concurso público para la autorización de nuevas oficinas de farmacia; se regula el régimen de traslados y de transmisión de las mismas; se establecen los criterios generales para la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios, partiendo de la dilatada experiencia del sistema sanitario público de Andalucía en las políticas de uso racional del medicamento. También, se establece la utilización de la receta electrónica como medio para hacer más ágil, más segura y más accesible la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios; y se establecen una serie de derechos de la ciudadanía en materia de atención farmacéutica y de prescripción de medicamentos y productos sanitarios, que persiguen reforzar la relación entre las personas y el Sistema Sanitario Público de Andalucía en las materias que regula la Ley, asegurando la accesibilidad y la calidad del servicio. Pues bien, al análisis de estas cuestiones que constituyen la ordenación farmacéutica en Andalucía dedicamos las siguientes páginas, aunque, con carácter previo, se analiza tanto la asunción de competencias en la materia por nuestra Comunidad Autónoma como la naturaleza jurídica de la prestación farmacéutica que se realiza en las oficinas de farmacia.

II. LAS COMPETENCIAS DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA EN MATERIA DE ORDENACIÓN FARMACÉUTICA

Antes de entrar en el análisis de las competencias que tiene asumidas nuestra Comunidad Autónoma en materia de ordenación farmacéutica, es preciso recordar que la distribución constitucional de las competencias en materia de sanidad entre el Estado y las Comunidades Autónomas se asienta en los artículos 148.1.21^a (competencia de las Comunidades Autónomas sobre sanidad e higiene) y 149.1.16^a (competencia exclusiva del Estado sobre sanidad exterior; bases y coordinación general de la sanidad; y legislación sobre productos farmacéuticos).

⁴ En este sentido, MORENO TORAL, E., «Planificación farmacéutica y procedimientos de autorización de farmacias en Andalucía», *Actualidad Profesional. Derecho farmacéutico*, vol 23, núm.2, 2004, pág.69.

En ninguno de estos preceptos, como puede observarse, se recoge como título competencial propio la ordenación farmacéutica, lo que nos lleva, en primer lugar, a determinar cuál sería su encuadre constitucional. En principio, podríamos plantearnos dos posibilidades, ya que la ordenación farmacéutica podría entenderse incluida bien en el título competencial sobre sanidad, o bien en el título sobre legislación sobre productos farmacéuticos.

Con respecto a la legislación sobre productos farmacéuticos, el Estado asume la competencia legislativa –normativa, alcanzando, por tanto, a la reglamentación–, pues, como ha recordado el Tribunal Constitucional⁵, la misma abarca toda la función normativa y exclusiva del Estado. Una vez sentado este principio, el problema reside en qué debemos entender por «productos farmacéuticos» y si ahí se incluirá también lo relativo a las oficinas que los dispensan (las farmacias) y su normación. La Ley General de Sanidad ha interpretado que las competencias de legislación en sentido amplio y exclusivo se refieren sólo al producto en sí y a la fase de producción del mismo. Así, es competencia del Estado tanto la reglamentación, autorización y registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, pueden suponer un riesgo para la salud de las personas. Cuando se trate de medicamentos, productos o artículos destinados al comercio exterior o cuya utilización o consumo pudiera afectar a la seguridad pública, la Administración del Estado ejercerá las competencias de inspección y control de calidad, como la reglamentación y autorización de las actividades de las personas físicas o jurídicas dedicadas a la preparación, elaboración y fabricación de los productos antes mencionados, así como la determinación de los requisitos mínimos a observar por las personas y los almacenes dedicados a su distribución mayorista y la autorización de los que ejerzan sus actividades en más de una Comunidad Autónoma. Cuando estas actividades se refieran a los medicamentos, productos o artículos aludidos, la Administración del Estado ejercerá las competencias de inspección y control de calidad (art. 40.5 y 6).

No obstante, fue la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, la que aclaró el concreto ejercicio de esta competencia exclusiva del Estado. En efecto, en su artículo 2 se señalaba qué preceptos de la misma son legislación farmacéutica, y como tal competencia exclusiva del Estado, y cuales otros tienen la consideración de normas básicas o de coordinación general de la sanidad. En este sentido, la fabricación, elaboración, control de calidad, circulación, distribución, régimen de precios, comercialización, información y publicidad, importación, exportación, almacenamiento, prescripción, dispensación, evaluación, autorización y registro de los medicamentos de uso humano y veterinario, así como la ordenación de su uso racional y la intervención de estupefacientes y psicótopos,

⁵ La STC 71/1982, de 30 de noviembre, establece que «cuando el artículo 149.1.16ª de la CE utiliza el vocablo «legislación» para determinar la competencia del Estado sobre una materia, lo hace en su acepción material y, no en la formal, constreñida a las leyes, en la acepción de las normas que emanan de quienes ostentan el poder legislativo, o de quienes, por excepción o por delegación pueden producir normas con valor de ley, comprendiéndose también los reglamentos de desarrollo, complementarios o integradores de la ordenación de que se trate (STC de 30 de junio de 1982)».

son funciones que tienen la condición de legislación sobre productos farmacéuticos de acuerdo con lo establecido en el art. 149.1.16ª de la CE. Por tanto, sobre todo lo demás relativo a productos farmacéuticos (principios, normas, criterios y exigencias básicas sobre la eficacia, seguridad y calidad de los productos sanitarios y de higiene personal), la Administración del Estado únicamente tiene la competencia de fijación de bases.

El ejercicio de estas funciones estatales, manifestación de la competencia estatal de legislación sobre productos farmacéuticos, ha sido reordenado en la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud de 2003. En ella se establece que el ejercicio de las competencias de la Administración General del Estado en materia de farmacia corresponde al Ministerio de Sanidad y Consumo, y en concreto, la evaluación, registro, autorización, vigilancia y control de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los productos sanitarios, así como la decisión sobre su financiación pública y la fijación del precio correspondiente –en los términos previstos en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento–, sin perjuicio de las competencias ejecutivas de las Comunidades Autónomas (art. 30).

El Tribunal Constitucional también ha determinado que debe entenderse por «legislación sobre productos farmacéuticos», estableciendo que se trata del conjunto de normas que tienen por objeto la ordenación de los medicamentos en cuanto «sustancias» cuya fabricación y comercialización está sometida –a través de las correspondientes actividades de evaluación, registro, autorización, inspección y vigilancia– al control de los poderes públicos, en orden a garantizar los derechos de los pacientes y usuarios que los consumen (STC 98/2004, de 25 de mayo). Afirma el Tribunal que *«la regulación del régimen de producción o elaboración de los medicamentos constituye un aspecto central de la legislación sobre productos farmacéuticos por la especial incidencia que dicho régimen tiene en la salud de todos los ciudadanos como potenciales consumidores de medicamentos. Esta es una competencia de regulación completa que se extiende, incluso, al ámbito reglamentario, pues la expresión «legislación» debe entenderse en sentido material (STC 152/2003, de 17 de julio).*

Ahora bien, cuando se trata de la dispensación de medicamentos, el Tribunal Constitucional ha señalado que la legislación sobre productos farmacéuticos se yuxtapone con la de establecimientos farmacéuticos: *«podemos entender que en la dispensación es discernible una doble vertiente: por una parte, la que tiene que ver con el medicamento mismo; y, por otra, la que tiene que ver con la función de la farmacia al dispensar aquél. Cada uno de dichos aspectos o vertientes es susceptible de una regulación diferenciada, respectivamente encuadrable en títulos competenciales asimismo diferentes. Y así nada cabe oponer a que el régimen jurídico de la dispensación de medicamentos, en todo aquello que resulte necesario para garantizar la seguridad de los tratamientos que se han prescrito, se incardine en la materia relativa a la «legislación sobre productos farmacéuticos», puesto que ello se aviene perfectamente con el sentido que tiene la referencia a esta materia en el número 16 del art. 149.1 CE, junto con las «bases y coordinación general de la sanidad». En efecto, la protección de la salud, encomendada al Estado en su dimensión básica, se*

encuentra reforzada por la atribución al propio Estado de una competencia más amplia, que se extiende a la plenitud legislativa, en lo relativo a la regulación de los productos farmacéuticos y en su seno a los medicamentos de uso humano, lo que encuentra su justificación en la potencial peligrosidad de estos productos» (STC 152/2003, de 17 de julio).

En lo que respecta a la competencia ejecutiva de las Comunidades Autónomas de la legislación del Estado en materia de productos farmacéuticos, la misma fue asumida por aquéllas por una doble vía: las Comunidades Autónomas que accedieron a su autonomía por la vía del artículo 151 de la CE recogieron esta competencia en sus Estatutos⁶; mientras que el resto de Comunidades –las llamadas de segundo grado o de vía lenta–, la asumieron en virtud de la Ley Orgánica 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por la vía del artículo 143⁷, incluyéndola posteriormente en sus Estatutos de Autonomía⁸. Así pues, todas las Comunidades Autónomas han venido ejerciendo, en su ámbito territorial, las funciones de ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos, en los términos establecidos en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento, y normas de desarrollo y, en especial, las relativas a⁹: a) Autorización de los mensajes publicitarios para difusión

⁶ Véase art. 20.3 L.O. 6/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía para Andalucía; art. 17.3 L.O. 4/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Cataluña; art. 54.3 L. O. 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; art. 33.3 L.O. 1/1981, de 6 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Galicia; art. 18.3 L.O. 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco.

⁷ En su artículo 4 se transfiere a las Comunidades Autónomas de Asturias, Cantabria, Región de Murcia, La Rioja, Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León Extremadura, Islas Baleares, Madrid y la competencia de ejecución de la legislación del Estado sobre productos farmacéuticos

⁸ Véase art. 12.8 L.O. 7/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía del Principado de Asturias; art. 26.8 L.O. 8/1981, de 30 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Cantabria; art. 12.1.7a L.O. 4/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía para la Región de Murcia; art. 11.12 L.O. 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja; art. 39.1.12a L.O. 8/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Aragón; art. 33.8 L.O. 9/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; art. 36.7 L.O. 4/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Castilla y León; art. 28.1.10a L.O. 3/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid; art. 9.8 L.O. 1/1983, de 25 de febrero, de Estatuto de Autonomía de Extremadura; art. 12.12 L.O. 2/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares.

⁹ Pues así se recoge en los Reales Decretos sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración General del Estado a las Comunidades Autónomas en materia de ejecución de la legislación sobre productos de farmacéuticos. Véase el Real Decreto 2468/1996, de 2 de diciembre, por el que se traspasa a Canarias; el Real Decreto 1047/1997, de 27 de junio, por el que se traspasa a Cataluña; el Real Decreto 1318/1997, de 1 de agosto, por el que se traspasa a Navarra; el Real Decreto 1379/1997, de 29 de agosto, por el que se traspasa a Galicia; el Real Decreto 1755/1998, de 31 de julio, por el que se traspasa a Castilla y León; el Real Decreto 612/1999, de 16 de abril, por el que se traspasa a Aragón; el Real Decreto 851/1999, de 21 de mayo, por el que se traspasa a la Comunidad Valenciana; el Real Decreto 1004/1999, de 11 de junio, por el que se traspasa a Islas Baleares; el Real Decreto 2082/1999, de 30 de diciembre, por el que se traspasa a Asturias; el Real Decreto 1845/2000, de 10 de noviembre, por el que se traspasa a La Rioja; el Real Decreto 510/2001, de 11 de mayo, por el que se traspasa a la Región de Murcia; y el Real Decreto 430/2003, de 11 de abril, por el que se traspasa a Extremadura.

limitada a la Comunidad Autónoma; b) Control de la promoción dirigida a profesionales sanitarios; c) Verificar que los laboratorios farmacéuticos realizan los controles exigidos; d) Acciones inspectoras que desencadenen suspensión o revocación de las autorizaciones; e) Programas de control de calidad de los medicamentos; f) Información de las reacciones adversas a los medicamentos; g) Inspección en materia de ensayos clínicos; h) Inspección de ejecución de la legislación de productos farmacéuticos; i) Potestad sancionadora en materia de productos farmacéuticos; j) Cierre temporal de establecimientos; k) Realización de inspecciones de buenas prácticas de laboratorios.

Pues bien, dado que en el título competencial de legislación sobre productos farmacéuticos no tiene cabida la ordenación de las farmacias, pues el mismo queda limitado al producto farmacéutico, es decir, al medicamento, entendido éste en sentido amplio, parece que la ordenación farmacéutica debe estar incluida dentro de la competencia sobre sanidad¹⁰.

Así, lo ha entendido también el TC. En efecto, según el TC las oficinas de farmacia son configuradas en la Ley General de Sanidad como «establecimientos sanitarios», lo que determina que «las regulaciones sobre la caducidad de las autorizaciones y transmisibilidad de las farmacias al afectar de modo sustancial al régimen jurídico de dichos establecimientos, se incardinan en la materia de «sanidad» (STC 109/2003, de 5 de junio). Asimismo, en las SSTC 32/1983, de 28 de abril y 80/1984, de 20 de julio, se establece que «la determinación con carácter general de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos, estructuras, organización y funcionamiento de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios (...) debe entenderse como una competencia de fijación de bases, que es, por tanto, en virtud del mandato del artículo 149.1.16º de la Constitución, de titularidad estatal en cuanto trata de establecer características comunes en los centros, servicios y actividades de dichos centros».

Estas bases, por tanto, según esta doctrina del TC, deben considerarse siempre como mínimos, y las Comunidades Autónomas con competencia en la materia pueden establecer medidas de desarrollo legislativo y añadir a los requisitos mínimos otros adicionales. En ese sentido, las Comunidades Autónomas, a través de sus Estatutos de Autonomía, han asumido diferentes competencias relacionadas con la ordenación farmacéutica y las

¹⁰ En este sentido se pronuncian también FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J., «La planificación farmacéutica», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 6, núm. 1, 1998, pág. 105; RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., «La competencia de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 20, 1995, págs.. 69 a 94; y BELTRÁN AGUIRRE, J.L., « Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la Ley del medicamento», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 11, 1991, págs.. 67 a 76, y en «La propiedad y la titularidad de oficinas de farmacia: su reformulación a la luz del interés público», *Revista Derecho y Salud*, Vol.5, núm. 2, 1997, donde señala que «la ordenación farmacéutica es un subsistema del sistema sanitario, esto es, que se trata de una materia integrada dentro de la más genérica de sanidad, por lo que el Estado también detenta competencia para fijar las bases de la ordenación farmacéutica». En contra de esta interpretación, MARTÍN MATEO, R., «La ordenación de las oficinas de farmacia», *Revista Derecho y Salud*, Vol.3, núm. 1, 1995, pág. 167.

oficinas de farmacia. Así, algunas asumen competencias exclusivas sobre ordenación farmacéutica¹¹; otras, sobre ordenación de establecimientos farmacéuticos¹²; algunas Comunidades Autónomas tienen competencias para la ejecución de la legislación del Estado en materia de ordenación farmacéutica¹³; otras Comunidades Autónomas la tienen para la ejecución de la legislación del Estado en materia de establecimientos y productos farmacéuticos¹⁴, y otras, en fin, no tienen atribución estatutaria alguna al respecto.

Se produce así en este apartado una gran diversidad y muchas diferencias competenciales entre las distintas Comunidades Autónomas, lo que supuesta la competencia del Estado en este punto, podría dar lugar a muchas interpretaciones, entre ellas, y para el último caso citado, que las Comunidades Autónomas asumen implícitamente competencias de ordenación farmacéutica; o por el contrario, que en virtud de la cláusula residual del art. 149.3 de la CE, corresponde al Estado regular las materias no asumidas por los Estatutos de Autonomía.

En todo caso, los problemas comienzan por lo que deba entenderse por ordenación farmacéutica, pues ni la CE, ni los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas, ni la Ley del Medicamento proporcionan su definición. Desde la interpretación gramatical, el término «ordenación» tiene el significado de disposición, prevención, colocación de las cosas en el lugar que les corresponde, mandato, orden, precepto. Por tanto, se trataría de la planificación y/o normación, referida, en este caso, al ámbito farmacéutico. Por su parte, el Tribunal Constitucional, como hemos visto, ha indicado que la competencia autonómica de ordenación farmacéutica ha de ejercerse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 149.1.16ª de la CE, y debe entenderse referida a la ordenación de los establecimientos de venta al público de productos farmacéuticos, puntualizando que la competencia de «ordenación» conlleva una serie de funciones y facultades cuyo ejercicio no siempre puede hacerse a través de normas con rango de Ley (SSTC 71/1982 y 32/1983).

En el mismo sentido, el Dictamen del Consejo de Estado núm. 53/1995, de 29 de junio, establece, ante la ausencia de referencia a la ordenación farmacéutica en los preceptos

¹¹ Véase art. 10.15 L.O. 3/1979, de 18 de diciembre, de Estatuto de Autonomía para el País Vasco; art. 9 L.O. 4/1979, de 18 de diciembre, Estatuto de Autonomía de Cataluña (aunque en el nuevo Estatuto se recoge dicha competencia en el marco del art. 149.1.16ª de la CE); art. 49.19 L.O. 1/2006, de 10 de abril, de Reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana; art. 35.42 L.O. 8/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Aragón; art. 32.4 L.O. 9/1982, de 10 de agosto, Estatuto de Autonomía de Castilla-La Mancha; art. 9.12 L.O. 3/1982, de 9 de junio, de Estatuto de Autonomía de La Rioja.

¹² Art. 30.31 L.O. 10/1982, de 10 de Agosto, Estatuto de Autonomía de Canarias.

¹³ Art. 34.8 L.O. 4/1983, de 25 de febrero, Estatuto de Autonomía de Castilla-León; art. 28 L.O. 1/1981, de 6 de abril, por la que se aprueba el Estatuto de Autonomía de Galicia; art. 11.14 L.O. 2/1983, de 25 de febrero, del Estatuto de Autonomía para las Islas Baleares.

¹⁴ Véase art. 58.1.g) L.O. 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

constitucionales, su inclusión dentro de la materia de sanidad. Sin duda, la ordenación, entendida como planificación y regulación de la prestación del servicio farmacéutico a la población, forma parte del deber que el artículo 43 de la CE atribuye a los poderes públicos de establecer las prestaciones y servicios necesarios para tutelar y organizar la salud pública.

En el caso de Andalucía, el Estatuto de Autonomía de 1981 no recogía pronunciamiento alguno sobre la ordenación farmacéutica en su art. 20, y por tanto, las competencias en esta materia debíamos entender que se encontraban implícitamente recogidas en el art. 20.1 cuando decía: «*Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado en materia de sanidad interior*». En cambio, el art. 55.1 del Estatuto de Autonomía de 2007 ya sí la incorpora expresamente en los siguientes términos: «*Corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como en el marco del artículo 149.1.16.^a de la Constitución la ordenación farmacéutica*». Dando por sentado, pues, la ubicación de esta materia en el título competencial de la sanidad y no en el de la legislación sobre productos farmacéuticos, y correspondiéndole tanto las facultades de desarrollo legislativo de las bases fijadas por el Estado como las facultades ejecutivas en la materia.

En concreto, podemos afirmar que el contenido de la competencia sobre ordenación farmacéutica de la Comunidad Autónoma de Andalucía –al igual que para el resto de Comunidades Autónomas– comprende, entre otras, facultades de planificación general (distribución territorial y poblacional de las oficinas de farmacia, distancias mínimas, etc.); determinación de las exigencias mínimas, materiales, técnicas, etc., de las oficinas de farmacia; determinación reglamentaria de las condiciones de dispensación en tales oficinas, y especificación de los farmacéuticos adicionales necesarios en estos establecimientos y en los servicios farmacéuticos.

Por último, señalar que casi todas las Comunidades Autónomas han legislado sobre ordenación farmacéutica. En concreto, Cataluña, País Vasco, Extremadura, Castilla-La Mancha, Región de Murcia, La Rioja, Valencia, Galicia, Islas Baleares, Madrid, Aragón, Navarra, Cantabria y Castilla y León. No obstante, dado que el ámbito objetivo de esta obra se circunscribe al derecho propio de Andalucía, sólo se analizará lo relativo a la ordenación farmacéutica de Andalucía.

III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRESTACIÓN FARMACÉUTICA A TRAVÉS DE LAS OFICINAS DE FARMACIA

Antes de entrar en el análisis del régimen jurídico de las farmacias en nuestra Comunidad Autónoma, resulta de interés dedicar este apartado previo al análisis de la naturaleza jurídica de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia, pues si bien se trata de una prestación sanitaria, en ella confluyen determinados elementos que la hacen singular y que ha motivado un debate doctrinal de enorme calado.

1. Su consideración como servicio público impropio o de interés general

En primer lugar, la prestación farmacéutica, entendida, en lo que a nosotros nos interesa, como dispensación de medicamentos a los ciudadanos, es un servicio sanitario que satisface el derecho a la protección de la salud reconocido en el art 43 de la CE –así como en el art. 22.1 del EAA–. En concreto, en el apartado 2 del art. 43 de la CE se establece que «*Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*». En este sentido, es preciso recordar que el derecho a la protección de la salud en su reconocimiento por la CE, a pesar de la expresión que ésta utiliza, y dada su ubicación sistemática, no es un auténtico derecho subjetivo de naturaleza fundamental, sino un derecho de configuración legal. Ello hay que deducirlo a la vista de la ubicación del mismo dentro de los «principios rectores», y del propio artículo 43.2 de la CE que específicamente consagra el derecho a la salud precisando expresamente que «*la ley establecerá los derechos y deberes al respecto*». Será, pues, el legislador ordinario el que concrete –delimitándolo– el derecho a la salud proclamado por la CE, y consecuentemente, también las medidas y prestaciones que, para garantizarlo, deben proporcionar los poderes públicos.

Ahora bien, ello no significa que el legislador, sin vinculación alguna por la previsión constitucional, goce de absoluta libertad para definir dicho derecho, e incluso para hacerlo o no. Más bien al contrario, pues de su reconocimiento constitucional derivan una serie de consecuencias que delimitan su alcance y su forma de prestación¹⁵.

En efecto, podemos afirmar que la concreción legal del derecho a la salud resulta obligada para el legislador como consecuencia del expreso artículo 43.2 («*Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública*»). Existe así un mandato que el legislador debe cumplir, aunque éste pudiera tener en principio libertad en cuanto al contenido del derecho y modo de satisfacerlo. Pero es que, además, tal y como el derecho a la salud se reconoce en la CE, podemos acotar algunas dimensiones constitucionalmente prefijadas que vincularían al legislador que lo desarrolle.

En primer lugar, el derecho a la salud es un derecho del sujeto a prestaciones sanitarias a satisfacer –con mayor o menor densidad– mediante la actividad de los poderes públicos, y ello en un doble plano: el preventivo y el efectivamente asistencial («*a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios*» dice el art. 43.2 de la CE in fine). En segundo lugar, el carácter universal e igualitario del derecho a la salud (por la conexión del art. 43 con otros preceptos de la CE: arts. 9.2, 14 y 149.1.1ª de la CE), lo que significa que la simple condición de ciudadano es cualidad suficiente para ser beneficiario de las prestaciones sanitarias. En tercer lugar, la garantía constitucional de un mínimo asistencial en

¹⁵ Un análisis detallado del reconocimiento del derecho a la salud en la CE y su alcance puede verse en nuestra obra *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública: Sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Ed. Comares, 2007. págs. 229 a 237.

la determinación de las prestaciones sanitarias, que deriva del propio artículo 43.2 cuando contempla «*las prestaciones y servicios necesarios*». Determinación ésta que obliga al legislador y las Administraciones públicas a proporcionar un nivel tal de prestaciones y servicios que asegure de forma suficiente y haga efectivamente reconocible el derecho a la asistencia sanitaria. Nivel de suficiencia que ha de entenderse en un sentido dinámico, es decir, el mínimo asistencial garantizado estará constituido por las prestaciones que en cada momento se considere indispensable para la protección de la salud, un mínimo básico sin el cual no tendría sentido siquiera hablar de protección de la salud.

La consecuencia más significativa de estas dimensiones del derecho a la salud reconocidas constitucionalmente es que el desconocimiento de las mismas por la ley que en concreto regulara dicho derecho, podría fundamentar la declaración de su inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional. Con lo que tales dimensiones vienen al cabo a definir una suerte de «contenido esencial», cierto que distinto del de los derechos fundamentales reconocidos en el Capítulo II del Título I de la CE, y sin la garantía funcional de que para su defensa específicamente recoge el artículo 53 de la CE (recurso de amparo), pero no menos justificado en su articulación conceptual, vista la estrecha conexión entre el derecho a la salud y el derecho más importante de los derechos fundamentales, el derecho a la vida y la integridad física.

Ahora bien, dicho esto, y al margen de las previsiones de la CE expuestas, no existen determinaciones constitucionales que puedan condicionar al legislador en su potestad de configuración del derecho a la salud y de organizar, en su caso, el servicio sanitario público. Ni sobre las concretas fórmulas organizativas (prestaciones directas, a través de conciertos con entidades privadas, pago a los profesionales sanitarios por sueldo, en función del número de personas a las que atienden o por cada acto médico, etc.), ni sobre las fórmulas de financiación (sistema de seguro obligatorio con financiación contributiva o sistema de servicio nacional financiado a través de impuestos generales o con utilización, en algunos casos, de tarifas a cargo del usuario por cada prestación), etc. Salvo quizá –eso sí– la necesaria construcción de la protección de la salud como un verdadero sistema, es decir, como una organización sanitaria integrada basada en la unidad, armonía, coherencia y coordinación.

Pues bien, con estas premisas, el legislador ordinario al concretar el derecho a la protección de la salud en la Ley General de Sanidad ha establecido que su prestación se hace efectiva con la organización del servicio público sanitario a través del Sistema Nacional de Salud, integrado por «*todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud*» (art. 44.1 LGS) y por «*todos los recursos sanitarios públicos*» (art. 46 c) LGS). Integración de estructuras y servicios públicos sanitarios que se produce bajo la responsabilidad de las Comunidades Autónomas, ya que según artículo 52.2 LGS: «*La ordenación territorial de los servicios será competencia de las Comunidades Autónomas y se basará en la aplicación de un concepto integrado de la atención a la salud*», y con el reconocimiento al Estado de poderes normativos básicos y de la correspondiente coordinación y planificación sanitaria

como instrumentos de reconducción a la unidad del sistema sanitario a nivel de todo el conjunto estatal.

Por tanto, en el Sistema Nacional de Salud se integran «*todas las funciones y prestaciones sanitarias que (...) son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud*» (art. 45). De ahí que, al regular la prestación farmacéutica, el legislador estatal haya diseñado la prestación farmacéutica como un servicio sanitario al que tienen derecho los ciudadanos con respecto a la Administración pública sanitaria, tal y como se concreta en el art. 10.14 de la LGS («*A obtener los medicamentos y productos sanitarios que se consideren necesarios para promover, conservar o restablecer su salud*»), pero configurado de forma distinta en función del sujeto que custodie, conserve o dispense el médico. Así, los servicios de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud realizan una actividad de dispensación de los medicamentos de titularidad pública, mientras que cuando esa actividad se realiza en las oficinas de farmacia legalmente autorizadas, esa actividad ya no es de titularidad pública sino privada¹⁶. Esta segunda modalidad de prestación es la que a nosotros nos interesa en este momento, y su singularidad reside en que al ser una actividad privada que satisface una prestación pública, el legislador ha organizado dicha actividad dentro del Sistema Nacional de Salud estableciendo toda una reglamentación y control sobre su ejercicio.

En puridad, lo que ha hecho el legislador dentro de su libertad constitucional para organizar el servicio sanitario público, y en concreto, el servicio farmacéutico, es establecer una titularidad pública de la actividad pero sin reserva exclusiva, pudiendo, prestarse en concurrencia con los particulares. De ahí que la doctrina haya asignado a la oficina de farmacia el carácter de servicio público impropio o servicio de interés general, pues se basa en una intervención administrativa instrumental: no existe reserva pública de actividad –servicio público propio o estricto– y, por tanto, el prestador privado cuenta con una autorización administrativa. Así, se pasa de un Estado titular de servicios a un Estado regulador de los mismos, sin intervenir en el régimen de propiedad, que protege los intereses públicos a través de la regulación más que de la intervención directa¹⁷. Aunque lo cierto es que el sector

¹⁶ Tal y como deriva del art. 103 de la LGS.

¹⁷ Sobre la teoría del servicio público, puede verse; ARIÑO ORTIZ, G. *El nuevo servicio público*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997; DIEZ-PICAZO L.M. «La idea de servicios de interés económico general» *Revista Española de Derecho europeo* núm. 2, 2002; FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. «Empresa pública y servicios público: el final de una época», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 81, 1996; FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy» *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999; GARRIDO FALLA, F. «El concepto de servicio público en Derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994; GONZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. «Del servicio público a la regulación: ¿y de la regulación a la desregulación?», *Derecho de los negocios*, 2001; MALARET GARCIA, E. (dir.) *Régimen jurídico de los servicios públicos*. CGPJ, Madrid, 1997; MARTIN REBOLLO, L., «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica» *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983; MUÑOZ MACHADO, S. *Servicio público y Mercado. Fundamentos*. Civitas Madrid, 1998; SENDIN GARCÍA, M.A. *Hacia un servicio*

farmacéutico es especialmente singular en este sentido pues existe un intervencionismo regulador sin que haya existido nunca una titularidad pública del mismo de carácter previo.

Esta consideración de la oficina de farmacia como servicio público impropio o servicio de interés público también ha sido señalada de forma reiterada por el Tribunal Supremo¹⁸.

2. Su consideración como actividad empresarial de carácter privado

Ya hemos visto como la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia, a pesar de satisfacer un interés general y formar parte de las prestaciones y servicios que garantizan el derecho a la protección de la salud constitucionalmente reconocido, constituye una actividad de carácter privado integrada, entre otros elementos, por un conjunto de bienes con valor económico y susceptibles de tráfico jurídico. Así se desprende del propio art. 103 de la LGS cuando establece en su apartado segundo que «Las oficinas de farmacia abiertas al público se consideran establecimientos sanitarios a los efectos previstos en el título IV de esta Ley» y en su apartado cuarto que recoge que «Sólo los farmacéuticos podrán ser propietarios y titulares de las oficinas de farmacia abiertas al público». Y a mayor abundamiento, el art. 10 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia, que reconoce expresamente el carácter privado de los establecimientos farmacéuticos. Es preciso a este respecto destacar que el Título IV de la LGS, al que remite el art. 103, está dedicado a las actividades sanitarias privadas, y en su capítulo II regula a las entidades sanitarias reconociendo en su art. 89 la libertad de empresa en el sector sanitario, conforme al artículo 38 de la CE. Artículo éste que, como es sabido, consagra dicha libertad y define nuestro sistema económico como un sistema de economía de mercado, según la cual las relaciones económicas han de desarrollarse conforme al mercado y sus fundamentos (propiedad, libre empresa, libre competencia). Pero no dentro de una economía puramente liberal de mercado –no vinculada por otros referentes que no sean el propio mercado y su autorregulación–, sino de la economía social de mercado, en la medida que éste, la competencia y la libre empresa deben compatibilizarse con las claves (la solidaridad y el progreso social) y objetivos (distribución justa de la renta, aseguramiento

público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos. Comares, Granada, 2000; SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. *La actividad de la Administración y el servicio público.* Comares, Granada, 1998; TRONCOSO REIGADA, A. «Dogmática administrativa y derecho constitucional. El caso del servicio público» *Revista española de Derecho Constitucional* núm. 57, 1999; VILLAR ROJAS, *Privatización y servicios públicos.* Tecnos, Madrid, 1993.

¹⁸ Así, podemos destacar las sentencias de 28 de septiembre de 1983 que califica la oficina de farmacia como «servicio público impropio»; de 30 de septiembre de 1986 que establece que «la actividad farmacéutica, si bien no es un servicio público en sentido técnico y propio, sí es una actividad privada de interés público»; y la de 30 de junio de 1995 que recuerda que «los motivos o finalidades por los que nuestro Derecho abandona un sistema de libre concurrencia y configura la actividad de asistencia farmacéutica con los caracteres de servicio público impropio o de servicio de interés público, sujetándola a determinadas limitaciones y exigencias, son diversos, y no sólo, de manera excluyente, la más cómoda prestación del servicio farmacéutico al público, aunque sea la calidad y eficacia de éste, sin duda, el interés prevalente en la norma».

de prestaciones vitales a los ciudadanos, etc.) del Estado Social y a cuya garantía deberá dirigirse especialmente la actuación de los poderes públicos.

Este necesario carácter social de la economía de mercado no es una mera connotación añadida al mercado sino un condicionante intrínseco del mismo y un componente esencial del sistema económico. De ahí que en la Constitución la libertad de empresa y el mercado queden expresamente imbricados con las exigencias de la economía general y en su caso la planificación (art. 38 in fine) y consagrados tanto aquellos objetivos sociales como la legitimación –es más, la vinculación– de los poderes públicos para su logro.

Por tanto, parece claro de su reconocimiento constitucional que la libertad de empresa no ha de entenderse en términos absolutos, pues al Estado corresponde modularla a través de la planificación de su ejercicio. Así ocurre también en el ámbito que nos ocupa, pues el art. 103.3 de la LGS establece que «*Las oficinas de farmacia estarán sujetas a la planificación sanitaria en los términos que establezca la legislación especial de medicamentos y farmacias*». Y dicha legislación ha realizado esa planificación de las oficinas de farmacia mediante la regulación de una intervención administrativa en la materia que abarca desde la necesidad de autorización administrativa a la limitación del número de establecimientos farmacéuticos o a la regulación de su transmisión. Estas restricciones en el ejercicio de la libertad de empresa, aunque amparadas en el interés general, han sido objeto de un intenso debate en la doctrina¹⁹. Por ello, entendemos que resulta de interés detenernos en el significado y alcance del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa.

En primer lugar, debemos destacar como posición de partida que la empresa constituye un fenómeno económico-social complejo en el que confluyen intereses sociales heterogéneos, y por tanto, sujeta a la regulación y acción ordenadoras del Estado. Pero, esa regulación ha de tener unos límites para que la libertad de empresa y la economía de mercado –de la que la primera es condición ineludible– no resulten irreconocibles. A la vista del contenido literal del art. 38 de la CE y su posición sistemática, la libertad de

¹⁹ Las causas del mismo derivan, a nuestro entender, de la propia evolución que ha sufrido la ordenación de las oficinas de farmacia lo largo del tiempo en España y a su distinta configuración en los países de nuestro entorno. En efecto, las oficinas de farmacia eran en España un sector controlado de forma casi exclusiva por el gremio de los farmacéuticos y sometido al principio de libre concurrencia, y por tanto, totalmente liberalizado, hasta que se aprueba la Ley de Sanidad de 28 de noviembre de 1855 que establece por primera vez la sujeción de esta actividad a la técnica autorizatoria, y el Decreto de 24 de enero de 1941 que implantó el modelo limitativo regulando el establecimiento de farmacias en función del número de habitantes y de la distancia entre oficinas. A partir de este momento, las legislaciones que la han sucedido a nivel estatal y las leyes que se han ido dictado por las Comunidades Autónomas, no sólo han mantenido el intervencionismo administrativo, sino que han ido incrementando las restricciones al ejercicio de esta actividad. Hemos pasado pues de un sistema no intervencionista y desregulado a un sistema totalmente intervenido y reglamentado. Puede entenderse, entonces, la exigencia constante de las corporaciones de farmacéuticos, que en defensa de sus propios intereses, reclaman la necesidad de liberalizar el sector. Ello unido a la existencia de regímenes en los que existe libertad absoluta de establecimiento o ausencia de planificación que regule los criterios de apertura de farmacias, como es el caso de Inglaterra, Irlanda, Alemania y Holanda, todavía ayuda a avivar más el debate.

empresa constituye elemento básico de todo el sistema constitucional de las relaciones económicas. Así resulta ser en términos lógicos (los poderes públicos podrán, como un «ex post», regularla e incluso limitarla o restringirla –STC 227/1993, de 9 de julio–, pero no «otorgarla»); sistemáticos (pues las potestades y facultades reconocidas por la CE a los poderes públicos –exigencias de la economía general en el art. 38, reservas e iniciativa pública en el 128.2, planificación en los arts. 38 y 131.1, etc.– tiene como referente la libertad de empresa y el mercado, y no al revés); y estrictamente jurídicos, pues toda actuación de los poderes públicos que pueda moralizarla queda vinculada por el respeto de su contenido esencial (art. 53.1 de la CE).

Este último dato, e incluso si la libertad de empresa constituye un derecho subjetivo, ha sido, no obstante, discutido²⁰. Para unos resulta indubitable que la libertad de empresa reconocida en la CE no sólo es un derecho subjetivo sino un derecho fundamental. Otros autores han visto en ella un derecho subjetivo abstracto, en el sentido de que los particulares sólo podrían oponerse al legislador invocando la libertad de empresa cuando la medida legislativa restrictiva de ésta no sea adecuada a los fines de interés general o desproporcionada. Otros, en fin, han querido ver en ella, con la holgura de configuración que ello dispensaría al legislador, y en la medida que está íntimamente ligada a la economía de mercado constitucionalmente garantizada, sólo una garantía institucional, en postura a la que no hay duda ha coadyuvado la reticente posición mantenida en algún caso por el Tribunal Constitucional para reconocer a la libertad de empresa «per se» el carácter de derecho. Entendemos que, coexistiendo en este caso esa doble faceta de la libertad de empresa –garantía institucional y derecho subjetivo– y dando, por lo demás, como artificiosa a este efecto la oposición entre derecho fundamental y garantía institucional, el carácter de derecho subjetivo de la libertad de empresa no puede discutirse en términos jurídicos sistemáticos tal y como la reconoce nuestra CE, consagrándola en su art. 38 en plano bien distinto al de los principios rectores del Capítulo Tercero del Título I. Otra cosa es que, frente a los derechos fundamentales de la Sección Primera del Capítulo Segundo de ese mismo Título, no goce del recurso de amparo, pero ello no le priva de la restante protección derivada del art. 53 de la CE.

El problema estriba en la delimitación de la libertad de empresa y su eventual contenido esencial frente a la ordenación que puedan establecer los poderes públicos. A este respecto, también se ha pronunciado la doctrina. Según unos, toda regulación legal limitante de la libertad de empresa sería inconstitucional, operando ésta como un obstáculo insalvable para el legislador, o al menos sin que los principios rectores ni la intervención de la Administración pública puedan operar como límites prevalentes sobre su ejercicio. Para otros, esta posibilidad sería acorde con el modelo económico de la CE, y de hecho así lo ha concluido el Tribunal Constitucional.

²⁰ Al respecto puede verse SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. *La actividad de la Administración y el servicio público*. Comares, Granada, 1998, págs. 179-183, de donde extraemos el análisis que efectuamos.

Entendemos que la libertad de empresa podrá ser «delimitada» por el legislador en equilibrio con las demás previsiones de la CE, interpretadas armónicamente. Para empezar, las que la CE expresamente establece (las exigencias de la economía general y en su caso la planificación –art. 38–, y las derivadas necesariamente de los bienes jurídicos que expresan los principios rectores del sistema económico social). Es en tales previsiones, que delimitan el propio contenido esencial de la libertad de empresa, donde hallará su fundamento y su límite el legislador al regular la libertad de empresa. De ahí que la planificación no puede pasar de indicativa o que iniciativa pública en la actividad económica no puede alcanzar niveles que desvirtúen el carácter que la libertad de empresa ha de tener como marco referencial básico de nuestro sistema económico.

Pues bien, llevando estas reflexiones generales a nuestro objeto de estudio, tenemos que destacar que tanto la jurisprudencia como la mayoría de la doctrina justifican las restricciones impuestas a la libertad de empresa en las oficinas de farmacia. Así, el Tribunal Constitucional en su sentencia 83/1984, de 24 de abril, declara que *«nada hay en la Constitución que impida regular y limitar el establecimiento de las oficinas de farmacia –aún en su consideración de establecimientos privados– en razón del mandato contenido en el artículo 43.2 de la Constitución y de cualquier otra finalidad u objetivo no enunciado en los principios rectores que contiene el Capítulo III del Título II de la Constitución, pero tampoco prohibido por ellos»*. Y el Tribunal Supremo, en las Sentencias de 28 de septiembre de 1983 y 30 de septiembre de 1986, ha reconocido expresamente la prevalencia del interés público en la organización del servicio farmacéutico sobre los intereses de los profesionales que lo prestan, de tal manera que es el interés público el que marca el criterio interpretativo que debe prevalecer al aplicar las normas en vigor relativas a la apertura de farmacias. Además, tal consideración justifica y explica su sometimiento a la función planificadora.

De hecho, el artículo 103.2 de la LGS –que tiene carácter básico– ha calificado a las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios, lo que significa que esta dimensión se sitúa por encima de su consideración como empresa. Y es que, en efecto, antes y por encima de empresa es un establecimiento sanitario mediatizado por la tutela administrativa de su función socio-sanitaria, de tal manera que los elementos civiles y mercantiles se integran en una estructura de orden administrativo donde radica su consistencia²¹. El Tribunal Supremo también ha reiterado esta prevalencia en varias sentencias. Así, en la sentencia de 2 de noviembre de 1993 establece que *«es dudoso que el amplio concepto de empresa pueda ser aplicado como definidor de una oficina de farmacia, que además de ser eso es también un establecimiento sanitario sometido por ello a normas específicas que sobrepasan los aspectos derivados de ser una actividad económica»*. Y en su sentencia de 30 de junio de 1995, insiste en esto al decir que el art. 103.2 de la LGS considera

²¹ Así lo recoge BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «La propiedad y la titularidad de oficinas de farmacia: su reformulación a la luz del interés público», *Revista Derecho y Salud*, Vol.5, núm. 2, 1997, pág. 30.

las oficinas de farmacia como establecimientos sanitarios a los efectos de lo previsto en el Título IV de la propia Ley, lo que «*excluye su mera consideración mercantil o industrial*».

Esta consideración de los establecimientos farmacéuticos como servicios sanitarios de interés público, es la que habilita a los poderes públicos para regularlos en uso de la potestad que les confiere el artículo 43.2 de la CE, y sin que el artículo 38 de la CE sea obstáculo para tal regulación, tal y como ha declarado el Tribunal Supremo en su Sentencia de 22 de diciembre de 1994.

En definitiva, la finalidad de la legislación básica en materia de oficinas de farmacia es la de garantizar una eficaz asistencia farmacéutica de la mayor calidad posible y convenientemente distribuida territorialmente de forma que toda la población pueda acceder a ella. Este común denominador deberá ser respetado por el legislador autonómico que estructurará su legislación con el propósito de asegurar la adecuada asistencia farmacéutica de la población sobreponiendo en lo necesario este criterio a los intereses de los profesionales prestadores del servicio²².

3. Su consideración como ejercicio de una profesión titulada

Además de todo lo anterior, la dispensación de medicamentos en las oficinas de farmacia tiene un elemento configurador más, y es que estos establecimientos sanitarios sólo pueden ser propiedad y titularidad de un farmacéutico que es un profesional sanitario al que el art. 35 de la CE reconoce el derecho al ejercicio libre de la profesión, y además, se trata de una profesión titulada que requiere para su ejercicio de la previa colegiación en el colegio profesional de farmacéuticos, tal y como deriva del art. 36 de la CE, que establece que «*la ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas*». Ambos aspectos constitucionales (derecho al libre ejercicio y profesión titulada) son contemplados en el art. 88 de la LGS.

Es preciso señalar que lo que el art. 36 de la CE, en consonancia con el resto de la CE, impone es que, respetando las características esenciales de la institución colegial (naturaleza corporativa, sistema de adscripción obligatoria para determinadas profesiones y exclusividad territorial), el legislador estatal regule las bases de la legislación colegial (art. 149.1.18.^a de la CE), y ello garantizando la igualdad de trato dentro del territorio nacional y la garantía de la libertad de circulación (art. 139 de la CE). La norma que en la actualidad establece las disposiciones generales a las que se han de acoger los colegios profesionales, es la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre colegios profesionales (en ade-

²² En el mismo sentido, BELTRÁN AGUIRRE, J.L., « Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la Ley del medicamento, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 11, 1991, pág. 69.

lante, LCP), que a pesar de su carácter preconstitucional siguen siendo la norma vigente en la materia²³.

Y en lo que se refiere a la regulación de las profesiones tituladas²⁴, deben darse dos presupuestos para que la ley que regule una profesión titulada no sea inconstitucional: a) afectación real del interés público por las actividades profesionales que se vinculan en exclusiva; b) una relación determinante entre la titulación que se vincula en exclusiva a la competencia profesional – y en particular del contenido de los planes de estudio de superación necesaria para su obtención– y las actividades profesionales integradoras de tal competencia profesional²⁵. Pero, no puede obviarse que la regulación misma de una profesión supone per se el establecimiento de límites para su ejercicio. La libertad de elegir una profesión (art. 35 de la CE) no tiene límites jurídicos. Sin embargo, sucede lo contrario cuando nos referimos al ejercicio de la profesión, más aún cuando ésta se encuentra bajo la tutela de un colegio profesional entre cuyas funciones se erigen el control y la autorregulación de la profesión. El colegio profesional puede considerarse como un elemento organizativo de la profesión y también de la regulación profesional, manifestado en el principio de colegiación obligatoria²⁶.

²³ Y ello a pesar de los intentos por adaptar esta Ley a los dictados de la Unión Europea. Pues, con la aprobación de la Directiva 2006/123/CE, de servicios de mercado interior, se produce una reforma en profundidad del sector servicios que afecta de forma significativa a los colegios profesionales. Por ello, en 2009 se modifica la LCP a través de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, (Ley ómnibus). No obstante, la regulación de las profesiones cuya colegiación es preceptiva para el ejercicio de las mismas (obligaciones de colegiación) quedó remitida a una ley que el Gobierno debía elaborar con posterioridad. En el año 2013 se publicó el Anteproyecto de la Ley de Servicios y Colegios Profesionales que tenía por objeto, además de regular las obligaciones de colegiación (en aquellos supuestos en los que fuera necesario el control del ejercicio profesional para la mejor defensa de los destinatarios de los servicios y en aquellas actividades que pudieran tener incidencia en materias de especial interés público, como las relacionadas con la protección de la salud y de la integridad física o la seguridad personal o jurídica de las personas físicas), establecer los principios, bases y directrices necesarios para garantizar el libre acceso a las actividades profesionales y su libre ejercicio, y desarrollar el derecho a la libre elección de profesión u oficio, ordenando las restricciones que puedan imponerse a dicho derecho en defensa del interés general, de la mejor protección de los consumidores y usuarios de servicios profesionales y estableciendo condiciones de libre competencia. Sin embargo, este anteproyecto paralizó su tramitación en los primeros meses del año 2015 y nunca llegó a ver la luz.

²⁴ Definida por el Tribunal Constitucional con el siguiente tenor: «una profesión es titulada cuando para ejercerla se exigen títulos académicos o estudios superiores específicos» (STC 83/1984 y 42/1986).

²⁵ GONZÁLEZ CUETO, T. Informe: El concepto de profesión regulada a que se refiere el documento la organización de las enseñanzas universitarias en España. Ministerio de Educación y Ciencia. 2007. <http://www.uco.es/organizacion/ees/documentos/nuevastitulaciones/reforma/informe-mec-prof-reguladas.pdf> .

²⁶ Así, el Tribunal Constitucional establece como excepcionalidad de las corporaciones de derecho público, la necesidad de servir al interés público: «... el legislador al hacer uso de la habilitación del art. 36 CE, deberá hacerlo en forma que restrinja lo menos posible y de forma justificada, tanto el derecho de asociación como el de libre elección profesional o de oficio, y al decidir en cada caso concreto la creación de un colegio profesional en cuanto tal, haya de tener en cuenta que, al afectar la existencia de éste a los derechos fundamentales

Por tanto, en el caso que nos ocupa, estamos ante el ejercicio de una profesión –la de farmacéutico– que, además, es sanitaria, lo que implica que en este sector resulta de necesaria aplicación la Ley 44/2003, de 21 noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias. Y también, la legislación sanitaria al ordenar las oficinas de farmacia ha regulado la profesión, pues existe una íntima relación entre la titularidad de una oficina de farmacia y el ejercicio por cuenta propia de la profesión, ya que sólo los farmacéuticos pueden ser propietarios de oficinas de farmacia. Pero ello, no puede confundirse con el derecho a ejercer la profesión, que les otorga su título profesional y les reconoce con carácter general el art. 88 de la LGS²⁷. En efecto, una cosa es la profesión farmacéutica cuyo ejercicio se incardina en la Ley de Colegios Profesionales y otra bien distinta es la regulación de la actividad que realiza el legislador sanitario²⁸.

Es cierto, por lo demás, que el derecho a la libre elección de profesión que el artículo 35.1 de la CE reconoce pudiera parecer difícilmente compatible con el actual sistema regulatorio de las oficinas de farmacia, pero así lo ha defendido el Tribunal Supremo al señalar que *«el sistema de limitación de farmacias representa una excepción al principio general de libre ejercicio de las profesiones liberales»*²⁹. Además, debe tenerse en cuenta, que la profesión de farmacéutico no se ejerce de forma exclusiva en las oficinas de farmacia, pues, al margen de otras formas de ejercer la profesión, la propia la dispensación de medicamentos puede llevarse a cabo en los servicios de farmacia de los hospitales, centros de salud y otros establecimientos legalmente autorizados para ello en la LGS y en la Ley del Medicamento³⁰.

4. Incidencia del Derecho comunitario en la prestación farmacéutica

El análisis de estas tres notas configuradoras de la prestación farmacéutica a través de las oficinas de farmacia –su carácter como servicio público impropio o de interés general, su consideración como actividad privada y en la que se ejerce una profesión titulada, debe cerrarse haciendo referencia a las imposiciones que en materia de competencia y libertad de establecimiento ha establecido la Unión Europea, pues aunque a nivel europeo no exista un marco normativo sobre la dispensación de medicamentos en las oficinas de

mencionados, sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir a un interés público»(STC 89/1989).

²⁷ Así se recoge en el Auto del Tribunal Constitucional 158/1992, de 28 de mayo.

²⁸ Esta misma matización la realiza el Tribunal Supremo en su sentencia de 10 de abril de 1990 al advertir de la necesidad de distinguir entre la regulación de la profesión farmacéutica y la regulación de las oficinas de farmacia, y así lo recoge BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la Ley del medicamento», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 11, 1991, pág. 80.

²⁹ Sentencia de 28 de septiembre de 1993.

³⁰ Así se recoge en el Auto del Tribunal Constitucional 158/1992, de 28 de mayo.

farmacia³¹ y, en particular, sobre el libre establecimiento de las mismas, pues se trata de una materia inserta dentro de la provisión y organización de los servicios sanitarios que es competencia exclusiva de los Estados miembros, no debe perderse de vista que a nivel europeo se consagra la integración económica en el seno de la Unión, lo que hace que sea enormemente difícil separar la integración económica europea de las responsabilidades puramente nacionales en materia de sanidad, ya que el sistema sanitario también constituye una parte fundamental de la economía. Es imposible regular uno de ellos sin afectar al otro. Y es que la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales significa también el libre movimiento de profesionales sanitarios, de usuarios, de medicamentos, de tecnología, de servicios sanitarios, etc. De ahí, que la relación entre la Unión Europea y los sistemas sanitarios se esté convirtiendo en una cuestión cada vez más compleja.

En cualquier caso, y en lo que a nosotros nos interesa, de acuerdo con el derecho de la Unión las restricciones a la libertad de establecimiento sólo son admisibles cuando: están justificadas en razones de imperioso interés general (necesidad), son proporcionadas a dicho objetivo introduciendo la mínima distorsión competitiva (proporcionalidad), permiten alcanzar el objetivo que persiguen (idoneidad) y se aplican de forma no discriminatoria (no discriminación)³². En lo que respecta a la libre competencia, ésta sólo es restringible en la medida en que la aplicación de las normas de competencia, impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica encomendada a las empresas encargadas de la gestión de servicios económicos de interés general³³. Y en lo que se refiere a la libre prestación de servicios, ésta se aplica a todos aquellos servicios que se prestan habitualmente a cambio de remuneración, siempre que no estén regulados por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas³⁴. No obstante, se excluyen de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios aquellas actividades que estén relacionadas con el ejercicio del poder público³⁵.

Pues bien, en desarrollo de estas previsiones, se han aprobado distintas Directivas que concretan la efectividad de estas libertades comunitarias y que también podrían incidir en mayor o menor medida en el sector farmacéutico.

³¹ Tan sólo se han regulado algunos aspectos relacionados con la calidad y seguridad de los medicamentos como la Directiva 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia; y la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal.

³² Véanse los arts. 49 y ss. del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³³ Véanse los arts. 101 y ss. de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³⁴ Véanse los arts. 56 y ss. de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

³⁵ Véase el arts. 51 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Es preciso señalar que dicha exclusión queda limitada por una interpretación restrictiva: las exclusiones recogen únicamente aquellas actividades y funciones específicas relacionadas con el ejercicio del poder público; y para que la exclusión abarque toda una profesión, es necesario que toda su actividad esté consagrada al ejercicio del poder público o que la parte que a él se consagra no sea separable de las otras.

Así, podemos destacar la Directiva 2005/36/CE de Reconocimiento de Cualificaciones Profesionales, modificada por la Directiva 2013/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de noviembre de 2013³⁶, que ha consolidado un sistema de reconocimiento mutuo de un número limitado de profesiones, sobre la base de requisitos de formación mínimos armonizados (profesiones sectoriales), un sistema general de reconocimiento de títulos de formación y un reconocimiento automático de la experiencia profesional, estableciendo un nuevo régimen de libre prestación de servicios. Este sistema se ha visto reforzado con la modificación operada en 2013, cuya novedad más significativa es la creación de una tarjeta profesional europea para facilitar la movilidad temporal y el reconocimiento en virtud del sistema de reconocimiento automático, así como para promover un procedimiento simplificado de reconocimiento en el marco del sistema general³⁷. Sobre su aplicabilidad al ámbito farmacéutico, esta Directiva establece lo siguiente: *«un número significativo de Estados miembros han decidido permitir el acceso a todas las actividades en el ámbito farmacéutico, así como el ejercicio de dichas actividades, sobre la base del reconocimiento de las cualificaciones de farmacéutico adquiridas en otro Estado miembro desde la entrada en vigor de la Directiva 2005/36/CE. Dicho reconocimiento de una cualificación profesional adquirida en otro Estado miembro no debe, sin embargo, impedir a un Estado miembro mantener normas no discriminatorias sobre la distribución geográfica de las farmacias en su territorio, puesto que la Directiva 2005/36/CE no coordina dichas normas. No obstante, cualquier excepción al reconocimiento automático de las cualificaciones que aún sea necesaria para un Estado miembro ya no debe excluir a los farmacéuticos ya reconocidos por el Estado miembro que aplique dicha excepción y que ya hayan ejercido lícita y efectivamente como tales durante un cierto período de tiempo en el territorio de ese Estado miembro»*.

La Unión Europea ha regulado también una serie de medidas dirigidas a suprimir los obstáculos a la libre circulación de trabajadores y de servicios entre los Estados miembros. En este sentido, se aprobó la Directiva 2006/123 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios), que trata de suprimir las barreras que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros y garantizar, tanto a los destinatarios como a los prestadores de los servicios, la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales del Tratado. Dado que los obstáculos que entorpecen

³⁶ Por la que se modifica la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y el Reglamento (UE) n° 1024/2012 relativo a la cooperación administrativa a través del Sistema de Información del Mercado Interior («Reglamento IML»).

³⁷ Dicha tarjeta profesional europea se expide a petición de un profesional previa presentación de los documentos necesarios y habiéndose cumplido los procedimientos correspondientes de comprobación por las autoridades competentes. Cuando la tarjeta profesional europea se expida a efectos de establecimiento, debe constituir una decisión de reconocimiento y ser tratada como cualquier otra decisión de reconocimiento con arreglo a la Directiva 2005/36/CE.

el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, se permite que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogándose a la libre circulación de servicios. No obstante, esta Directiva excluye de su ámbito de aplicación determinadas actividades, entre las que se recoge expresamente los servicios sanitarios, por lo debemos entender que la misma no resultaría de aplicación a la dispensación de medicamentos en las oficinas de farmacia³⁸.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha determinado la compatibilidad de la legislación sanitaria española y la libertad de establecimiento comunitaria, en lo referente a los límites y restricciones establecidos a la implantación de los establecimientos farmacéuticos. Así, podemos destacar la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de junio de 2010, dictada en los asuntos acumulados C-570/2007 y C-571/2007, que establece que *«el Derecho comunitario no impone ninguna merma a la competencia de los Estados miembros para ordenar, entre otros, sus servicios sanitarios, entre los cuales se incluyen las farmacias, aunque las normativas correspondientes deben mostrarse respetuosas con los derechos fundamentales»*. Dicho esto, manifiesta también sobre la ordenación territorial y las condiciones referentes a la densidad demográfica y la distancia mínima entre farmacias y al límite de población que *«las restricciones a la libertad de establecimiento pueden estar justificadas por el objetivo de garantizar un abastecimiento seguro y de calidad de medicamentos a la población»*. Además, el Tribunal alude a otras sentencias suyas en las que se ha establecido que *«las infraestructuras y establecimientos sanitarios pueden ser objeto de planificación y que ésta puede comprender una autorización previa cuando del establecimiento de nuevos prestadores de servicios se trate»*.

Ahora bien, es preciso señalar que las restricciones geográficas y de propiedad de las oficinas de farmacia fueron objeto ya en 2006 de un Dictamen Motivado de la Comisión Europea (cerrado por el Colegio de Comisarios de la Unión Europea el 24 de noviembre de 2011) a varios países³⁹, entre ellos España, en el que se destacaba, en lo que a nosotros nos interesa, que los límites cuantitativos al establecimiento de oficinas de farmacia son no sólo desproporcionados sino incluso contraproducentes para obtener los objetivos sanitarios perseguidos.

³⁸ En este sentido, podemos destacar la Sentencia TJUE de 11 julio 2013, en la que se establece que el artículo 2.2.f) de la Directiva de Servicios, debe interpretarse en el sentido de que la exclusión de los servicios sanitarios del ámbito de aplicación de dicha Directiva abarca toda actividad destinada a evaluar, mantener o restablecer el estado de salud de los pacientes, siempre que tal actividad sea ejercida por profesionales reconocidos como tales con arreglo a la legislación del Estado miembro de que se trate, e independientemente de la organización, la forma de financiación y la naturaleza pública o privada del establecimiento en el que se dispensen los cuidados. Corresponde al juez nacional comprobar si los centros de acogida diurna y los centros de acogida nocturna están excluidos del ámbito de aplicación de la referida Directiva teniendo en cuenta la naturaleza de las actividades que en ellos realizan los profesionales de la salud y el hecho de que tales actividades constituyan una parte principal de los servicios ofrecidos por tales centros.

³⁹ En concreto a Francia, Italia, Austria, Alemania, Chipre, Portugal, Bulgaria y Grecia que tienen una normativa similar a la nuestra.

Y con respecto a la restricción por la que el propietario de una oficina de farmacia tiene que ser un farmacéutico titulado, la Comisión consideró que los objetivos de garantía de un servicio de calidad a los usuarios pueden obtenerse con el respeto a las normas deontológicas (obligaciones profesionales de los farmacéuticos) o con el ejercicio de una potestad pública de inspección y control y, por tanto, esta restricción a la libertad de establecimiento no sería necesaria para obtener dicho objetivo.

Esta apuesta de la Comisión Europea por la liberalización del sector llevó al Ministerio de Economía y Competitividad a introducir en el Anteproyecto de la Ley de Servicios y Colegios Profesionales de 2013 algunas medidas de liberalización de las farmacias, como la eliminación de que sólo los farmacéuticos pueda abrir una oficina de farmacia y abriendo esta posibilidad a cualquier persona o empresa, aunque la dirección del establecimiento seguiría estando en manos de los farmacéuticos. Esta iniciativa legislativa, sin embargo, se paralizó en los primeros meses del año 2015 y el Gobierno finalmente la retiró de su tramitación, posiblemente ante la protesta generalizada, no sólo del gremio de farmacéuticos, sino de los Colegios Profesionales afectados por la norma⁴⁰.

Sin embargo, a esta oleada liberalizadora de los servicios farmacéuticos debemos unir, finalmente, el Estudio publicado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) en octubre de 2015 sobre el mercado de distribución minorista de medicamentos en España, en el que se analizan las restricciones de la competencia impuestas por el modelo de ordenación farmacéutica vigente en España y en el que se propone adoptar una serie de medidas que, garantizando la protección de la salud pública, mejoren la competencia en este mercado. En él, la CNMC reconoce la necesaria protección del interés público, inherente a la regulación de este mercado, en lo que se refiere a la seguridad y acceso a los medicamentos, pero destaca que es imprescindible para la defensa del interés general que la regulación se ajuste a los principios de necesidad y proporcionalidad, evitando introducir o mantener restricciones a la competencia injustificadas que impidan o dificulten alcanzar una mayor eficiencia en este mercado. El Estudio señala que la regulación actual de las oficinas de farmacia en España impone restricciones de acceso, propiedad y de ejercicio de la actividad de la distribución minorista de medicamentos. Estas restricciones tienen impacto negativo sobre la competencia y, en consecuencia, perjudican a los pacientes como consumidores de estos productos, incrementan el coste de aprovisionamiento del sector público y reducen el bienestar general. Por ello, la CNMC realiza las siguientes recomendaciones a las autoridades competentes, con el fin de alcanzar un mayor grado de competencia⁴¹:

⁴⁰ Al respecto pueden verse las siguientes noticias de prensa:
http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/12/30/actualidad/1356892930_479487.html
http://cincodias.com/cincodias/2015/04/14/economia/1429034760_837773.html

⁴¹ E/CNMC/003/15 Estudio sobre el mercado minorista de medicamentos en España de 15 de octubre de 2015. (http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2015/20151021_%20E_CNMC_003_15_Farmacia_FINAL.pdf).

- Se recomienda eliminar las restricciones de acceso al mercado vigentes en la normativa: los módulos de población y las distancias mínimas obligatorias, tanto entre oficinas de farmacia como entre éstas y los centros de salud.
- Se propone la supresión de una serie de restricciones al ejercicio de la actividad de dispensación de medicamentos (permitir la venta de medicamentos no sujetos a prescripción médica en otros establecimientos, eliminar la reserva de actividad de las oficinas de farmacia en la venta de medicamentos no sujetos a prescripción médica a través de sitios web y permitir la venta de medicamentos sujetos a prescripción a través de sitios web, con el requisito de que la dispensación se realice por un técnico competente).
- Respecto a las restricciones de propiedad de las oficinas de farmacia, se propone eliminar el requisito de que los propietarios y titulares de oficina de farmacia sean exclusivamente farmacéuticos colegiados y se recomienda permitir la propiedad de más de una oficina de farmacia, así como eliminar la restricción a la integración vertical de las oficinas de farmacia, por ejemplo con la distribución mayorista, mediante la modificación normativa correspondiente.
- Se recomienda la supresión del requisito de colegiación obligatoria para titulares y farmacéuticos en oficinas de farmacia y la eliminación de la reserva de actividad de los Colegios Oficiales de Farmacéuticos en la facturación y cobro de recetas oficiales.
- Se propone la eliminación de otras restricciones que afectan a los horarios y publicidad de las oficinas de farmacia y a los requisitos en los concursos de méritos para la apertura de nuevas farmacias, entre otras.

Este Estudio de la CNMC y la posición expresa de la Comisión Europea favorable también a la liberación del sector farmacéutico, podrían dar pie, en un futuro no muy lejano, a la modificación de los elementos configuradores de la prestación farmacéutica que hemos expuesto en las páginas anteriores.

IV. RÉGIMEN DE LA ORDENACIÓN FARMACÉUTICA EN ANDALUCÍA

1. Aspectos generales de la Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía

La Ley 22/2007, de 18 de diciembre, de Farmacia de Andalucía (en adelante, LFA) tiene como objetivo principal, tal y como establece la propia Exposición de Motivos y el art. 1 de la Ley, la ordenación de los servicios y establecimientos farmacéuticos, así como la regulación de los derechos y obligaciones que se deriven de la atención farmacéutica que se presta a la población, para garantizar, en todo momento, un acceso adecuado y de calidad a los medicamentos, fomentando su uso racional y propiciando la mejora de los niveles de salud para la colectividad. Y ello, con base en el art. 22.1 del EAA que garantiza el derecho constitucional a la protección de la salud (reconocido en el art. 43 de la CE) mediante un sistema sanitario público de carácter universal.

En este sentido, y dentro de lo que constituye la ordenación farmacéutica, la LFA regula la planificación de la atención farmacéutica en nuestra Comunidad Autónoma, atendiendo

al marco general vigente en ese momento establecido por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 16/1997, de 25 de abril, de Regulación de Servicios de las Oficinas de Farmacia y la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios⁴², pero introduciendo algunos criterios de planificación farmacéutica propios que pretenden garantizar el acceso de la ciudadanía a la dispensación de los medicamentos y productos sanitarios en el conjunto del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

En este sentido, la LFA establece como elemento básico para la planificación la unidad territorial farmacéutica, cuya delimitación se realizará teniendo en cuenta la densidad demográfica, características geográficas y dispersión de la población, y atendiendo a criterios territoriales y a factores geográficos, socioeconómicos y sanitarios, con el objetivo de garantizar unas adecuadas condiciones de accesibilidad en la asistencia farmacéutica para la ciudadanía, tomando como referencia las zonas básicas de salud determinadas en el Mapa de Atención Primaria de Andalucía⁴³.

Dichos criterios de planificación se especifican en la propia LFA en relación a los módulos de población, los módulos de distancia entre oficinas de farmacia y el cómputo de habitantes. Así, el módulo de población mínimo para la apertura de oficinas de farmacia es de 2.800 habitantes por establecimiento⁴⁴. La distancia mínima entre oficinas de farmacia es de doscientos cincuenta metros⁴⁵. Y el cómputo de habitantes de las unidades territoriales farmacéuticas, de los municipios y de los núcleos se hará de la siguiente forma: 1.º La

⁴² Téngase en cuenta que la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

⁴³ Las unidades territoriales farmacéuticas para la planificación de las oficinas de farmacia han sido establecidas por Orden de la Consejería de Salud de 23 octubre 2008.

⁴⁴ En todo caso, según el art. 29 de la LFA, en cualquier unidad territorial farmacéutica, municipio, entidad local autónoma (ELA), entidad de ámbito territorial inferior al municipio (EATIM) o núcleo, una vez superadas estas proporciones, podrá autorizarse una nueva oficina de farmacia por fracción superior a dos mil habitantes. No obstante, a fin de garantizar la distribución uniforme y accesibilidad de las oficinas de farmacia, se podrá autorizar la existencia de, al menos, una oficina de farmacia en cada una de las siguientes zonas: a) Unidad territorial farmacéutica; b) Municipio; c) ELA o EATIM; d) Núcleos poblacionales aislados que tengan como mínimo mil habitantes; e) En aeropuertos y otros centros de tráfico de viajeros o mercancías donde por necesidades de la propia actividad se obligue a enlaces o pernoctas; f) En aquellas unidades territoriales farmacéuticas en las que no esté garantizado el acceso a los medicamentos y productos sanitarios de tenencia mínima obligatoria. Si no se cubriesen las previsiones derivadas de la aplicación de estos criterios, por la existencia de excepcionales circunstancias que impidieran la accesibilidad o la distribución uniforme de las oficinas de farmacia, se podrá autorizar la instalación y funcionamiento de una nueva oficina de farmacia. Además, por Orden de la Consejería competente en materia de salud, se podrán definir zonas especiales en las que en función de incrementos estacionales de población, por circunstancias ajenas a lo previsto en el apartado 3 del artículo 31 de la LFA, sea necesario establecer elementos correctores a los criterios establecidos.

⁴⁵ Para las nuevas oficinas de farmacia que se autoricen en núcleos poblacionales aislados que tengan como mínimo mil habitantes, esta distancia mínima será de quinientos metros de la oficina de farmacia más cercana a dichos

población de derecho, en función del Padrón Municipal vigente. 2.º La población de hecho, residente y no censada, mediante la oportuna certificación emitida por el Ayuntamiento o por informe de la entidad correspondiente de donde procedan los datos. 3.º La población estacional⁴⁶, siendo la población total la suma de la población de derecho, la población de hecho no censada y la población estacional.

Se determinan también los criterios de autorización y funcionamiento de los establecimientos y servicios farmacéuticos en hospitales, en distritos de atención primaria, en centros sociosanitarios y en establecimientos penitenciarios, reforzando los mecanismos de evaluación y control por parte de la Consejería de Salud, a fin de asegurar la disponibilidad de los medicamentos y productos sanitarios necesarios de la población, además de garantizar la correcta prescripción y utilización de los mismos. Y se regula como establecimiento farmacéutico principal las oficinas de farmacia ordenando en ellas la adquisición de los medicamentos y productos sanitarios, su custodia y conservación, y la dispensación de los mismos.

En cuanto al régimen jurídico de la autorización administrativa previa necesaria para dispensar medicamentos en las oficinas de farmacia, se introduce en la ley andaluza la figura del concurso público para la autorización de nuevas oficinas de farmacia. Este sistema se justifica por el legislador andaluz desde el entendimiento que el mismo permite la concurrencia y la transparencia en la concesión de las autorizaciones, de acuerdo con los principios generales de la Administración Pública. El sistema de concurso establecido –dice la Exposición de Motivos de la Ley– tiene como finalidad fundamental la protección de la salud, como derecho constitucionalmente protegido, garantizando la adjudicación de todas las oficinas de farmacia convocadas y evitando que la concesión de nuevas autorizaciones a farmacéuticos titulares de otras oficinas de farmacia prive a la población atendida por las mismas del nivel de atención farmacéutica alcanzado.

Asimismo, se regula el régimen de traslados y de transmisión de las oficinas de farmacia. En este sentido, se introducen también mecanismos de transparencia y de concurrencia

núcleos. Para las sucesivas oficinas de farmacia que pudieran autorizarse en cada uno de estos, la distancia mínima entre las oficinas de farmacia será de doscientos cincuenta metros.

No obstante, La distancia mínima entre oficinas de farmacia y cualquier centro asistencial del Sistema Sanitario Público será de doscientos metros, con independencia de la unidad territorial farmacéutica, municipio o núcleo al que pertenezcan. En el caso de municipio, ELA, EATIM y núcleo de farmacia única, la distancia mínima a cualquier centro sanitario del sistema sanitario público será de cien metros, salvo que esta distancia suponga en la práctica la imposibilidad de instalación de la oficina de farmacia, en cuyo caso no será exigible este requisito.

⁴⁶ Si se trata de zonas con afluencia turística, se llevará a efecto contabilizando las plazas de alojamientos turísticos en sus distintas modalidades, según los datos oficiales del Instituto de Estadística de Andalucía, multiplicadas por ciento ochenta y cuatro y divididas por trescientos sesenta y cinco días. La población estacional, si se trata de segunda residencia, se contabilizará multiplicando el número de viviendas por 3,5. La cifra resultante se multiplicará por noventa y dos días y se dividirá por trescientos sesenta y cinco días. Para el cómputo de población estacional por razones de afluencia turística, se considerarán zonas con afluencia turística aquellas en las que las plazas de alojamientos turísticos superen el 5% de la cifra de población, según el Padrón Municipal vigente.

en la transmisión de las oficinas de farmacia, creándose un registro de demandantes de oficina de farmacia en las Delegaciones territoriales de la Consejería competente en materia de salud⁴⁷.

La Ley establece, además, los criterios generales para la selección, prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios, partiendo de la dilatada experiencia del Sistema Sanitario Público de Andalucía en las políticas de uso racional del medicamento, a través del desarrollo de sistemas de información adecuados, y de la creación de comisiones de apoyo y asesoramiento para el uso racional de los medicamentos y la seguridad de los pacientes.

La Administración electrónica tampoco es ajena a la prestación farmacéutica, de ahí que se establezca por el legislador andaluz la utilización de la receta electrónica como medio para hacer más ágil, más segura y más accesible la prescripción y dispensación de medicamentos y productos sanitarios. En este sentido, debemos destacar el Decreto 181/2007, de 19 de junio, que regula los procedimientos y requisitos de prescripción y dispensación de medicamentos y de productos sanitarios mediante la receta médica electrónica.

Finalmente, la Ley establece una serie de derechos de la ciudadanía en materia de atención farmacéutica y de prescripción de medicamentos y productos sanitarios, que persiguen reforzar la relación entre las personas y el Sistema Sanitario Público de Andalucía, asegurando la accesibilidad y la calidad del servicio. Así, tras reconocer en el art. 5 el derecho a la libre elección de oficina de farmacia, el art. 21 recoge los derechos y deberes de los ciudadanos y el art. 57 los derechos de los pacientes en relación con los tratamientos farmacológicos. Con carácter general, la ciudadanía, en materia de asistencia farmacéutica, tiene reconocido

⁴⁷ La LFA hace referencia a las Delegaciones provinciales de la Consejería de Salud, pero esta referencia hay que entenderla realizada a la Delegaciones territoriales de la misma, pues, como es sabido, la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía, en su Capítulo III del Título II regula la organización territorial de la Administración de la Junta de Andalucía, previendo la existencia de las Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía junto a las Delegaciones Provinciales de las Consejerías o, alternativamente, a las Delegaciones Territoriales. Pues bien, el Decreto 342/2012, de 31 de julio, por el que se regula la organización territorial provincial de la Administración de la Junta de Andalucía, desarrolló normativamente ambos modelos estableciendo de manera clara, uniforme y homogénea la regulación de las estructuras ya existentes y regladas de las Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía y las Delegaciones Provinciales de las Consejerías, y regulando ex novo otras, como las Delegaciones Territoriales y las Secretarías Generales Provinciales de las Consejerías. Además, la Administración de la Junta de Andalucía adoptó mediante el mencionado Decreto de 2012 una estructura provincial integrada por Delegaciones del Gobierno de la Junta de Andalucía y Delegaciones Territoriales de la Junta de Andalucía las cuales agrupan servicios periféricos de una o varias Consejerías.

El Decreto de la Presidenta 12/2015, de 17 de junio, de la Vicepresidencia y sobre reestructuración de Consejerías, ha modificado la composición y competencias de varias de las Consejerías que componen la Administración de la Junta de Andalucía, lo que ha llevado a la aprobación del Decreto 304/2015, de 28 de julio, para modificar el Decreto 342/2012, de 31 de julio, con la finalidad de adecuar las Delegaciones Territoriales de la Junta de Andalucía a las adscripciones que correspondan de las Consejerías que resultan afectadas en las competencias adscritas. Así, en lo que a nosotros nos interesa, las competencias en salud han quedado integradas en la Delegación Territorial de Igualdad, Salud y Políticas Sociales.

el derecho, entre otros, a: a) A la asistencia farmacéutica continuada; b) A la dispensación de los medicamentos y productos sanitarios necesarios para promover, conservar o restablecer su salud, y especialmente a la dispensación de los medicamentos y productos sanitarios determinados como de tenencia mínima obligatoria por la Consejería de Salud; c) Recibir atención farmacéutica con garantías de confidencialidad; d) Recibir información objetiva necesaria de forma clara y comprensible para usar adecuadamente los medicamentos y productos sanitarios que se le dispensen; y e) Formular ante la Administración sanitaria cuantas quejas, reclamaciones y sugerencias estime necesarias en relación con la asistencia farmacéutica recibida, para lo cual deberán existir en las oficinas de farmacia las hojas de reclamaciones u otros medios de reclamación que al efecto se determinen.

Mientras que, como pacientes, tienen derecho a: a) La medicación más adecuada a sus necesidades clínicas, en las dosis más ajustadas posibles a sus condiciones individuales y durante el tiempo que sea preciso; b) Los medicamentos necesarios para el tratamiento de sus afecciones, prescritos bajo las condiciones y circunstancias para las que existen pruebas científicas, constatadas y validadas, de su utilidad y seguridad y, por tanto, conforme a lo establecido en sus respectivas autorizaciones; c) Ser informados por su médico sobre los beneficios y riesgos de los tratamientos farmacológicos que les prescriba y a recibir las instrucciones necesarias sobre posología, pautas de administración, duración del tratamiento y, en su caso, prohibiciones y precauciones que deben adoptar; d) Recibir en el acto de la dispensación de los medicamentos la información necesaria para una correcta administración y, en su caso, manipulación, reconstitución y condiciones de conservación.

Pues bien, en los apartados siguientes nos vamos a centrar en el análisis del régimen jurídico de las oficinas de farmacia como establecimiento farmacéutico. En concreto, vamos a analizar las medidas que impone el legislador a dichos establecimientos sobre la adquisición de los medicamentos y productos sanitarios, su custodia y conservación, y la dispensación de los mismos. Así como los requisitos técnicos que dichas oficinas deben cumplir y el régimen de los horarios de apertura. También será objeto de estudio la intervención administrativa sobre las oficinas de farmacia, en particular, el procedimiento de adjudicación de las nuevas oficinas de farmacia, la autorización de instalación y puesta en funcionamiento, así como las transmisiones y traslados de las mismas. Y por último, se analizarán los problemas jurídicos que, dentro del régimen de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, está originando la selección de los medicamentos a través del procedimiento de subasta.

2. Los establecimientos farmacéuticos: las oficinas de farmacia

La prestación farmacéutica constituye, como hemos visto, un servicio sanitario al que tienen derecho los ciudadanos como parte del derecho a la protección de la salud constitucional y estatutariamente reconocido. Este servicio se presta a través de los establecimientos farmacéuticos que son los que hacen posible el acceso a los medicamentos para toda la población con independencia del lugar en el que se resida. En el ámbito de

Andalucía son establecimientos y servicios autorizados para la dispensación de medicamentos de uso humano tanto las oficinas de farmacia⁴⁸ (incluyendo en ellas los botiquines farmacéuticos) como los servicios farmacéuticos de atención primaria y especializada, así como los de los centros sociosanitarios y centros sanitarios extrahospitalarios. Los almacenes mayoristas, por su parte, son establecimientos autorizados sólo para la distribución de medicamentos y productos sanitarios para uso humano.

Estos establecimientos y servicios farmacéuticos están sujetos, con carácter general, a las siguientes determinaciones, tal y como preceptúa el art. 7 LFA:

- a) Autorización administrativa sanitaria previa otorgada por la Consejería de salud para su instalación y funcionamiento, ampliación, modificación, cambio de titularidad, traslado y cierre.
- b) Inscripción en el Registro de centros y establecimientos sanitarios dependiente de la Consejería de salud.
- c) La elaboración y comunicación a la Administración sanitaria de cuanta información relacionada con su actividad les sea requerida de acuerdo con la legislación vigente.
- d) El cumplimiento de las obligaciones derivadas de los principios de coordinación, solidaridad e integración sanitaria, en casos de emergencia sanitaria o peligro para la salud pública.
- e) El control y la inspección del cumplimiento de los requisitos establecidos en la normativa vigente de aplicación.
- f) La comprobación de la inexistencia de algún tipo de incompatibilidad profesional del personal que presta sus servicios en los establecimientos farmacéuticos.

Pues bien, de estos establecimientos y servicios farmacéuticos, la Ley dedica una especial atención a las oficinas de farmacia, regulando, entre sus funciones, desde la adquisición por ellas de los medicamentos y productos sanitarios, su custodia y conservación, hasta la dispensación de los mismos. Pero además, se regulan también los requisitos técnicos sanitarios que las mismas deben reunir, así como el horario de apertura de las oficinas de farmacia. Al análisis de estas cuestiones dedicamos las siguientes páginas.

A) La adquisición de medicamentos

El art. 11 de la LFA establece que las oficinas de farmacia deben adquirir los medicamentos, medicamentos prefabricados y principios activos para la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales necesarios para asegurar a la población el suministro continuado de los medicamentos⁴⁹. Además, la adquisición la harán en los laboratorios y almacenes de distribución legalmente autorizados.

⁴⁸ Con carácter excepcional, las oficinas de farmacia podrán disponer de protocolos de dispensación a domicilio de medicamentos y productos sanitarios, cuyos requisitos y excepciones serán establecidos por la Consejería de salud. (Art. 4.2 LFA).

⁴⁹ Según el art. 11.4, las oficinas de farmacia no podrán adquirir:
a) *Medicamentos no autorizados en España.*

El problema está en determinar qué entendemos por medicamentos necesarios para asegurar a la población el suministro continuado de medicamentos. No obstante, parece que la respuesta podemos encontrarla en el Decreto 104/2001, de 30 de abril, por el que se regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las oficinas de farmacia y almacenes farmacéuticos de distribución. En él se establecen las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios de las que deberán disponer tanto las oficinas de farmacia como los almacenes farmacéuticos de distribución, ubicados en la Comunidad Autónoma Andaluza. Por tanto, entendemos, que esas existencias mínimas reguladas reglamentariamente son las que garantizan la continuidad de un abastecimiento suficiente a las oficinas de farmacia y, por ende, de ésta a la población.

Además, debemos recordar que la dispensación de los medicamentos y productos sanitarios determinados como de tenencia mínima obligatoria es un derecho de los ciudadanos reconocido en el art. 21 de la LFA. En este sentido, es interesante señalar la STC 145/2015, de 25 de junio, en la que se plantea la posible vulneración del derecho a la objeción de conciencia, que forma parte del contenido del derecho a la libertad ideológica (art. 16.1 de la CE), de un farmacéutico andaluz por no disponer en la oficina de farmacia de la que es titular de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel 0'750 mg. (coloquialmente conocido como «píldora del día después»). El Tribunal Constitucional entiende que aunque Andalucía, a diferencia de otras Comunidades Autónomas, carece de una regulación específica de rango legal sobre el derecho a la objeción de conciencia de los profesionales farmacéuticos, esa ausencia de reconocimiento legal no se extiende a la totalidad de las normas que disciplinan el ejercicio de la profesión farmacéutica en el ámbito territorial en el que ejerce su profesión el demandante. El derecho a la objeción de conciencia, dice el Tribunal, *«está expresamente reconocido como «derecho básico de los farmacéuticos colegiados en el ejercicio de su actividad profesional» en el art. 8.5 de los Estatutos del Colegio de Farmacéuticos de Sevilla (corporación profesional a la que pertenece el recurrente); asimismo se reconoce en los arts. 28 y 33 del Código de ética farmacéutica y deontología de la profesión farmacéutica, invocados también por el recurrente, que «la responsabilidad y libertad personal del farmacéutico le faculta para ejercer su derecho a la objeción de conciencia respetando la libertad y el derecho a la vida y a la salud del paciente» (art. 28) y que «el farmacéutico podrá comunicar al Colegio de Farmacéuticos su condición de objetor de conciencia a los efectos que considere procedentes».*

Por tanto, reconocido el derecho a la objeción de conciencia de los farmacéuticos, estando inscrito el demandante como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de

b) Medicamentos en envase clínico, salvo para su dispensación a clínicas u hospitales y depósitos de medicamentos de los centros sociosanitarios, penitenciarios y otros centros y servicios sanitarios previstos en la presente Ley y con las excepciones establecidas en la normativa de aplicación.

c) Medicamentos de uso hospitalario, salvo para su dispensación a clínicas u hospitales, y otros centros y servicios con los que tengan constituidos depósitos de medicamentos autorizados.

Las oficinas de farmacia que dispensen los medicamentos y presentaciones citadas a centros hospitalarios y otros centros contemplados en la Ley deberán comunicar esta circunstancia a la Consejería de salud, para justificar su adquisición (art. 11.5).

Sevilla, y a la vista de la ponderación efectuada sobre los derechos e intereses en conflicto, pues en las actuaciones no figura dato alguno a través del cual se infiera el riesgo de que la dispensación «de la píldora del día después» se viera obstaculizada, amén de que la farmacia regentada por el demandante se ubica en el centro urbano de la ciudad de Sevilla, dato este del que se deduce la disponibilidad de otras oficinas de farmacia relativamente cercanas, ninguna otra circunstancia permite colegir que el derecho de la mujer a acceder a los medicamentos anticonceptivos autorizados por el ordenamiento jurídico vigente fuera puesto en peligro, determina el Tribunal que «*la sanción impuesta por carecer de las existencias mínimas de la conocida como «píldora del día después» vulnera el derecho demandante a la libertad ideológica garantizado por el art. 16.1 CE»*. En cambio, falla que el incumplimiento de la obligación de disponer (y, en consecuencia, dispensar) de preservativos en la oficina de farmacia que regenta, queda extramuros de la protección que brinda el precepto constitucional indicado. Por tanto, la renuencia del demandante a disponer de profilácticos en su oficina de farmacia no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que dimana de la libertad de creencias reconocida en el art. 16.1 de la CE. Ningún conflicto de conciencia con relevancia constitucional puede darse en este supuesto.

B) Custodia y conservación de medicamentos

Sobre la custodia y conservación de medicamentos y productos sanitarios, la LFA establece la obligación general de las oficinas de farmacia de custodiar los medicamentos y productos sanitarios garantizando las condiciones de seguridad que sean necesarias, tales como mantener las condiciones de temperatura, humedad y luz apropiadas que garanticen la adecuada conservación de cada medicamento y producto sanitario. Asimismo, en las oficinas de farmacia no deberá hallarse disponible para la dispensación ningún medicamento o producto sanitario caducado, inmovilizado o retirado por la autoridad sanitaria. Para evitar cualquier confusión, los medicamentos o productos sanitarios que se encuentren en esta situación estarán claramente separados del resto de las existencias y señalizados hasta su devolución al laboratorio o su destrucción. En garantía del cumplimiento de esta obligación, las oficinas de farmacia establecerán procedimientos de revisión periódica de las existencias, con objeto de detectar los medicamentos o productos sanitarios que se encuentren caducados o próximos a caducar o incursos en cualquier programa de revisión y retirada.

Igualmente, aquellos medicamentos o productos sanitarios que se encuentren deteriorados o que ofrezcan dudas sobre su calidad o estado de conservación deberán ser rechazados para su dispensación y devueltos al proveedor, o destruidos si la devolución no es posible. En este último caso, la destrucción deberá llevarse a cabo según dispone la legislación vigente sobre eliminación de residuos e impacto ambiental.

C) La dispensación de medicamentos

Por lo que respecta a la dispensación de medicamentos, el legislador andaluz reconoce que es la función propia y primordial de las oficinas de farmacia. La dispensación consiste en el acto profesional de poner un medicamento a disposición del paciente por el farma-

céutico o bajo su supervisión, de acuerdo con la prescripción médica formalizada en la receta⁵⁰. Pero también forma parte de dicho acto suministrar a los pacientes la información sobre su correcta administración y, en su caso, manipulación, reconstitución, condiciones de conservación y cualesquiera otras actuaciones de atención farmacéutica que pudieran corresponder. Entre dicha obligación de informar al paciente, corresponde al farmacéutico, por ejemplo, advertirles sobre aquellos medicamentos cuyo plazo de caducidad sea breve o se halle próximo a cumplirse en el momento de la dispensación (sin que se puedan dispensar productos cuya fecha de caducidad sea previa a la finalización del tratamiento), o de la necesidad de conservar la cadena del frío en los medicamentos termolábiles y mantener unas condiciones adecuadas de conservación en los demás medicamentos.

La dispensación de medicamentos en las oficinas de farmacia se debe realizar garantizando la continuidad del suministro de medicamentos a la ciudadanía y de acuerdo con los criterios básicos de uso racional de medicamentos. Quedando prohibida:

- a) La dispensación de medicamentos o productos sanitarios no reconocidos legalmente y autorizados.
- b) La dispensación de remedios secretos.
- c) La dispensación o distribución al público de muestras gratuitas de medicamentos.
- d) La dispensación de especialidades farmacéuticas en forma fraccionada, salvo en el supuesto de medicamentos prefabricados, o como unidosis, en cuyo caso se estará a lo dispuesto reglamentariamente.
- e) La dispensación de medicamentos de uso hospitalario o en presentación de envase clínico, salvo los destinados exclusivamente a clínicas, hospitales y otros centros sanitarios.
- f) La dispensación de productos en fase de investigación clínica.

En principio, como hemos dicho, la dispensación de medicamentos siempre ha de hacerse siguiendo la prescripción médica recogida en la receta. No obstante, no se dispensa ningún medicamento cuando surjan dudas racionales sobre la autenticidad o validez de la receta presentada. Y en el caso de que existieran dudas sobre la prescripción, por errores, adecuación a las condiciones de la persona enferma, medicación concomitante u otras circunstancias, el farmacéutico deberá subsanar la deficiencia detectada, incluso, llegado el caso, contactando, si es posible, con el profesional que haya realizado la prescripción.

⁵⁰ Según el art. 14.2 de la LFA sólo podrán dispensarse sin receta aquellos medicamentos calificados y autorizados como tales, conforme a lo establecido en el artículo 19.4 de la Ley 29/2006, de 26 de julio. Téngase en cuenta que la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. El art. 19.4 queda redactado ahora con la siguiente redacción: «La Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios podrá calificar como medicamentos no sujetos a prescripción médica aquéllos que vayan destinados a procesos o condiciones que no necesiten un diagnóstico preciso y cuyos datos de evaluación toxicológica, clínica o de su utilización y vía de administración no exijan prescripción médica, de modo que dichos medicamentos puedan ser utilizados para autocuidado de la salud, mediante su dispensación en la oficina de farmacia por un farmacéutico, que informará, aconsejará e instruirá sobre su correcta utilización».

Además, el farmacéutico, en el acto de la dispensación, podrá sustituir un medicamento prescrito que, por causa legítima, no se disponga de existencias en la oficina de farmacia, con conocimiento y conformidad de la persona usuaria. La sustitución no puede suponer, con carácter general, perjuicio económico para la ciudadanía o el sistema de aseguramiento sanitario correspondiente.

Sobre la sustitución de medicamentos, queremos destacar, primero, que la misma puede ser de dos tipos: sustitución genérica y sustitución terapéutica. En la sustitución genérica se sustituye un medicamento genérico por uno de marca registrada. Sin embargo, ambos medicamentos tienen el mismo ingrediente químico activo, la misma forma y fuerza en la dosis; mientras que, en la sustitución terapéutica el farmacéutico sustituye el medicamento prescrito por el médico por un medicamento químicamente diferente. El medicamento sustituido por el farmacéutico es de la misma clase farmacológica o terapéutica. Sin embargo, como los dos medicamentos tienen estructuras químicas distintas, pueden también producir resultados adversos para el paciente.

Y además, que la sustitución de medicamentos se configura en el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional del medicamento de 2015⁵¹ con carácter excepcional, de forma que sólo cuando por causa de desabastecimiento no se disponga en la oficina de farmacia del medicamento prescrito o concurren razones de urgente necesidad en su dispensación, el farmacéutico podrá sustituirlo por el de menor precio. Y, en todo caso, deberá tener igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación. Además, cuando la prescripción se realice por denominación comercial, si el medicamento prescrito tiene un precio superior al precio menor de su agrupación homogénea, el farmacéutico sustituirá el medicamento prescrito por el de precio más bajo de su agrupación homogénea y, en caso de igualdad, dispensará el medicamento genérico (art. 89).

Por tanto, entendemos que la regulación andaluza de esta materia hay que interpretarla a la luz de lo establecido en la ley básica estatal que impone mayores condicionantes que la LFA como su carácter excepcional, la sustitución por el de menor precio que deberá tener igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación, y en caso de igualdad de precio, dispensar el medicamento genérico.

Por último, con carácter general, las recetas no sujetas a facturación, por parte del Servicio Andaluz de Salud u otra entidad de gestión sanitaria pública o privada, deben quedar depositadas en la oficina de farmacia durante al menos un año desde la dispensación, en original o copia sellada, como documento acreditativo del acto de dispensación. Igual tratamiento recibirán los albaranes de suministro a los depósitos de medicamentos autorizados, como documentos acreditativos del acto de suministro. En cambio, con respecto a las recetas sujetas a facturación, el farmacéutico está obligado a acreditar la dispensación

⁵¹ Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

efectuado de forma que ésta permita la localización si ello es preciso, a efectos de las pertinentes comprobaciones por la autoridad sanitaria. Con la implantación de la receta electrónica, la constancia de la dispensación efectuada se realiza mediante la impresión en el acto de dispensación, de un justificante de la misma, en el que se incluirán los datos de identificación del titular o titulares de la oficina de farmacia que realiza la dispensación, el número de identificación de la prescripción y de la dispensación, fecha de esta última y se adherirá el cupón o cupones precinto correspondientes. Dicho justificante estará a disposición del órgano competente en la gestión de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, tal y como se recoge en el art. 8.7 del Decreto 181/2007, de 19 de junio, por el que se regula la receta médica electrónica.

La LFA establece, además, algunas particularidades sobre la elaboración y dispensación de las fórmulas magistrales y preparados oficinales en las oficinas de farmacia. No obstante, en esta materia tenemos que destacar la STC 181/2014, de 6 de noviembre de 2014 que declara la inconstitucionalidad de muchos de sus aspectos. En concreto, toda la regulación recogida en el art. 13 de la LFA sobre los requisitos que debían reunir las materias primas utilizadas en la preparación de fórmulas magistrales y preparados oficinales, así como los supuestos excepcionales para utilizar un medicamento como materia prima por desabastecimiento de alguna de las sustancias medicinales, y la prohibición de la publicidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales, ha sido declarada nula de pleno derecho por el Alto Tribunal. Y ello, al entender que *«los apartados 4, 5, 6 del art. 13 de la Ley de farmacia de Andalucía, regulan la elaboración de los medicamentos, en concreto de las fórmulas magistrales y productos oficinales, pues establecen los componentes que se pueden utilizar y los métodos de elaboración, tanto en supuestos normales como excepcionales de desabastecimiento. El apartado 7 de este mismo precepto prohíbe la publicidad en términos idénticos a los utilizados por el art. 44.3 de la Ley 29/2006. Estando afectada la elaboración y publicidad de los medicamentos, y con ellos los derechos de los pacientes cuya protección justifica esta competencia legislativa más amplia del Estado, el título competencial para su regulación es el de «legislación sobre productos farmacéuticos», que corresponde a la competencia exclusiva del Estado. Al carecer la Comunidad Autónoma de Andalucía de competencia para regular la elaboración y publicidad de los medicamentos, procede declarar la inconstitucionalidad de los apartados 4, 5, 6, y 7 del art. 13 de la Ley de farmacia de Andalucía, sin tener que entrar a valorar si existe o no contradicción entre la regulación autonómica y la Ley estatal 29/2006, pues conforme a la doctrina de este Tribunal, «la reproducción de normas estatales por leyes autonómicas, además de constituir una deficiente técnica legislativa, incurre en inconstitucionalidad cuando esa reproducción normativa se concreta en normas relativas a materias en las que la Comunidad Autónoma carece de competencia [entre otras, SSTC 62/1991, de 22 de marzo, FJ 4, b); 147/1993, de 29 de abril, FJ 4; y 341/2005, de 21 de diciembre, FJ 9]» (STC 172/2013, de 10 de octubre, FJ 5)».*

Por tanto, de la regulación sobre la elaboración y dispensación de las fórmulas magistrales y preparados oficinales en las oficinas de farmacia tan sólo mantiene su vigencia la necesidad de contar con la autorización previa de la Consejería de salud para su elaboración en

las oficinas de farmacia, pues, según el Tribunal Constitucional, se trata de una competencia ejecutiva que no contradice lo establecido en la Ley 29/2006, y que tiene cabida en la competencia autonómica para la ejecución de la legislación de productos farmacéuticos (art. 55.3 del EAA) siempre y cuando se interprete que la remisión al reglamento no lo es para regular las condiciones materiales de las instalaciones en las que se elaboren este tipo de medicamentos, sino para meros aspectos organizativos, pues, una vez más, debemos reiterar que la competencia legislativa del Estado sobre los medicamentos no sólo comprende la regulación por ley sino también la regulación por reglamento⁵².

También es constitucional el que la elaboración y dispensación de fórmulas magistrales y preparados oficinales solo pueda ser realizada por el farmacéutico titular o bajo su dirección, asumiendo la plena responsabilidad sobre los medicamentos que se elaboren en su oficina de farmacia, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir el resto del personal de la oficina de farmacia que intervenga en estas actividades, siempre que se interprete de conformidad con el Tribunal Constitucional, pues el mismo entiende, en este caso, que en cuanto a la dispensación de medicamentos, la Ley 29/2006 no contempla unas específicas garantías sustantivas de dispensación de los medicamentos en las farmacias. Siendo el art. 5 de la Ley 16/1997, el que establece la presencia y actuación profesional de un farmacéutico como condición y requisito inexcusable para la dispensación al público de medicamentos, y no lo hace en ejercicio de la competencia estatal de legislación de productos farmacéuticos, sino en ejercicio de su competencia básica en materia de sanidad. La reserva al titular de la oficina de farmacia de la función de dispensación de las fórmulas magistrales y productos oficinales, por tanto, puede incardinarse en la competencia autonómica de ordenación de las farmacias y definición del modelo farmacéutico, por cuanto se trata de regular la forma de actividad farmacéutica, asociando la propiedad de la oficina a la obligación de realizar en ella una actividad profesional, sin que esté en modo alguno en juego la salud y derechos de los pacientes, –ya garantizados con la exigencia de la presencia de un farmacéutico–, sino la organización y el modelo de establecimiento por el que el legislador autonómico ha optado en el marco de las bases estatales. No existe tampoco, dice el Tribunal, contradicción alguna entre esta previsión y la norma básica del art. 5 de la Ley 16/1997, que se limita a establecer la intervención de un farmacéutico titulado en la actividad de dispensación de cualquier medicamento y no sólo de fórmulas magistrales y productos oficinales y le hace responsable de garantizar el servicio a los usuarios. No cabe, sin embargo, llegar a la misma conclusión

⁵² Es preciso señalar la aprobación, una vez cerrado este trabajo, del Decreto 155/2016, de 27 de septiembre, por el que se regulan los requisitos técnico-sanitarios, de espacios, de señalización e identificación de las oficinas de farmacia, así como los procedimientos de autorización de las mismas para la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales. En concreto, el Reglamento regula, entre otras cuestiones, los procedimientos de autorización de las instalaciones donde se elaboren las fórmulas magistrales y preparados oficinales en las oficinas de farmacia, según dispone el art. 13.2 de la LFA, así como el procedimiento de autorización de oficinas de farmacia que realicen una o varias fases de la elaboración o control de fórmulas magistrales y preparados oficinales para terceros, según disponen los arts. 42 y 43 del Texto Refundido de la Ley de Garantías y Uso Racional de los medicamentos (Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio), que requieran prescripción facultativa, para su dispensación en otras oficinas de farmacia.

cuando se trata de elaboración de los medicamentos. La previsión según la cual es el titular quien debe asumir la elaboración o dirección de la preparación de fórmulas magistrales y preparados oficinales que se realicen en su farmacia y responder de ellos, incide directamente en la competencia estatal para la ordenación de los productos farmacéuticos, por lo que, careciendo la Comunidad Autónoma de competencia en la materia, resulta inconstitucional aunque se limitara a repetir la regulación estatal. En definitiva, una vez eliminados los incisos «la elaboración» y «asumiendo la plena responsabilidad sobre los medicamentos que se elaboran en su oficina de farmacia» del apartado 3 del art. 13 de la LFA, el resto del precepto no es inconstitucional.

D) Requisitos técnico-sanitarios de las oficinas de farmacia

La LFA establece en sus arts. 23 a 26 una serie de requisitos técnico-sanitarios que deben reunir todas las oficinas de farmacia⁵³. Así, es imprescindible, tal y como deriva de la legislación básica en la materia, la presencia del farmacéutico titular de la oficina de farmacia durante el horario mínimo obligatorio. No obstante, el art. 23 establece algunas modulaciones en los siguientes supuestos:

- a) En caso de cotitularidad, el requisito de presencia y actuación profesional del farmacéutico se cumplirá por todos los cotitulares mediante un sistema de turnos durante el horario mínimo obligatorio.
- b) En el supuesto de que los cotitulares no puedan cubrir todo el horario de apertura de la oficina de farmacia, la presencia del farmacéutico podrá ser suplida por un farmacéutico adjunto, que adquirirá en este caso la condición de sustituto.
- c) En caso de ausencia temporal justificada por un período no superior a tres días, el farmacéutico titular, regente o sustituto deberá, previa comunicación a la Administración sanitaria, designar a un farmacéutico para cubrir el período de ausencia. En el supuesto de existir farmacéutico adjunto, se designará a este como sustituto.
- d) En el caso de ausencia temporal justificada superior a tres días, deberá designarse un farmacéutico sustituto.

Asimismo, las oficinas de farmacia deberán disponer del espacio, distribución de las áreas de trabajo, del equipamiento y de las condiciones higiénico-sanitarias necesarias para prestar una asistencia farmacéutica correcta. La superficie útil y mínima de los locales de oficinas de farmacia será de ochenta y cinco metros cuadrados, siendo la planta de acceso a la vía pública de treinta y cinco metros cuadrados, como mínimo. En el caso de oficinas de farmacia ubicadas en municipios o conjunto de viviendas asentadas en una o

53 Estos requisitos han sido desarrollados por el Decreto 155/2016, de 27 de septiembre, por el que se regulan los requisitos técnico-sanitarios, de espacios, de señalización e identificación de las oficinas de farmacia, sí como los procedimientos de autorización de las mismas para la elaboración de fórmulas magistrales y preparados oficinales, aprobado una vez cerrado este trabajo.

varias urbanizaciones en los términos definidos en el art. 2. ñ)⁵⁴, con una población inferior a 1.000 habitantes, será suficiente una superficie útil total de sesenta metros cuadrados, con treinta metros cuadrados como mínimo en la planta de acceso a la vía pública.

En caso de que la oficina de farmacia tenga autorizada otras actividades además de la asistencia farmacéutica, la misma deberá cumplir las condiciones materiales, requisitos técnicos y de distribución que se establezcan reglamentariamente.

En cualquier caso, los locales de las oficinas de farmacia dispondrán en todo caso de accesos o zonas de uso colectivo accesibles para personas con alguna discapacidad de acuerdo con la normativa vigente al respecto.

Por último, todas las oficinas de farmacia deben estar convenientemente señalizadas para su fácil identificación por parte de los usuarios. Las condiciones, requisitos y procedimiento de autorización de dicha señalización e identificación, se remiten a un desarrollo reglamentario posterior.

E) Horarios y servicios de guardia

El art. 27 de la LFA reconoce, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 6 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, el derecho de las oficinas de farmacia a prestar sus servicios en régimen de libertad y flexibilidad horarias, pero garantizando a la población la asistencia farmacéutica permanente. Para ello, el apartado 2 del citado artículo establece que la Consejería competente en materia de salud establecerá las normas básicas en relación con los horarios de atención al público, horarios mínimos obligatorios, módulos de apertura, servicios de guardia y el cierre temporal voluntario de las oficinas de farmacia, en función de las características poblacionales y geográficas de cada unidad territorial farmacéutica, municipio, núcleo o entidad poblacional.

Dichas normas básicas no han sido aún establecidas por la Consejería de salud, debiendo entender aplicable en esta materia, hasta que dicha regulación se produzca, el Decreto 116/1997, de 15 de abril, por el que se regulan las jornadas y horarios de las oficinas de farmacia. No obstante, debemos tener en cuenta que dicho reglamento andaluz se dicta en desarrollo del Real Decreto Ley 11/1996, de 17 de junio, de ampliación del servicio farmacéutico a la población, derogado por la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia –aprobada con posterioridad a nuestro Decreto andaluz–, que es la que impone, como ya hiciera el Real Decreto Ley de 1996, en materia

⁵⁴ Art. 2ñ) LFA: «Núcleo: conjunto de viviendas asentadas en una o varias urbanizaciones, con sus correspondientes accesos y viales, que forman un conjunto homogéneo separado del resto de la población, ya sea de uno o varios municipios».

de horario, el régimen de libertad y flexibilidad⁵⁵, aunque respetando los horarios oficiales establecidos por las Comunidades Autónomas. Andalucía, establece un horario mínimo obligatorio constituido por el horario básico y el adicional permitiendo la acumulación del horario del sábado al resto de días no festivos siempre que el número de oficinas de farmacias abiertas en la población sea de dos más un tercio del resto de oficinas existentes, redondeando al entero más próximo (art. 6). Esta regulación encaja perfectamente en la previsión del apartado 1 y 2 del artículo 6 de la Ley estatal sobre cumplimiento de horarios oficiales y el carácter de mínimos de los mismos.

Sin embargo, la Ley estatal permite el funcionamiento de las oficinas de farmacia por encima de los mínimos oficiales sin ninguna limitación dado el régimen de libertad y flexibilidad que proclama con el único requisito de comunicación y mantenimiento de la continuidad establecida por la autoridad sanitaria. En cambio, el Decreto andaluz en su artículo 9.2 introduce dos módulos optativos para ampliar el horario por encima del oficial⁵⁶, lo que supone ciertas restricciones al régimen de libertad y flexibilidad establecido. Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo quién ha declarado contrario a derecho la obligatoriedad de los módulos, interpretando que la libertad horaria de la Ley estatal supone una flexibilidad total para el farmacéutico, por encima del mínimo establecido. En concreto, el Tribunal Supremo respalda la libertad de horarios en las oficinas de farmacia sin la posibilidad de que las franjas horarias puedan restringirse o delimitarse por el sistema de módulos en las Comunidades Autónomas (STS de 23 de junio de 2004). Por tanto, implantar módulos de horarios en franjas temporales que superan los mínimos establecidos es una restricción contraria a derecho ya que la Comunidad Autónoma es titular de la competencia sobre ordenación farmacéutica, pero debe respetar la legislación básica del Estado, de forma que las autonomías sólo tienen facultad para regular los horarios mínimos, dejando el resto sin regular o fijando una normativa que permita las más variadas franjas horarias superiores al mínimo (no sólo de 24 horas).

Estos planteamientos los retoma el Tribunal Supremo posteriormente en su sentencia de 18 de julio de 2006, en la que aclara que el artículo 6 de la Ley 16/97 de 25 de abril, no solo refiere el régimen de libertad y flexibilidad, sino que por un lado, autoriza la interven-

⁵⁵ En efecto, el artículo 6 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, establece que las oficinas de farmacia prestarán sus servicios en régimen de libertad y flexibilidad, sin perjuicio del cumplimiento de los horarios oficiales y normas sobre guardias, vacaciones, urgencias y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, fijadas por las Comunidades Autónomas, al objeto de garantizar la continuidad de la asistencia.

Las disposiciones que adopten las Comunidades Autónomas en esta materia tendrán el carácter de mínimos, permitiéndose, en consecuencia, el funcionamiento de estos establecimientos en horarios por encima de los mínimos oficiales. No obstante, los establecimientos que realicen jornadas u horarios por encima de los mínimos establecidos deberán comunicarlo, con carácter previo, a la Comunidad Autónoma y deberán mantener con continuidad dicho régimen, en los términos en que la autoridad sanitaria les indique.

⁵⁶ Art. 9.2 del Decreto 116/1997, de 15 de abril, por el que se regulan las jornadas y horarios de las oficinas de farmacia: «La ampliación del horario abarca los períodos temporales reflejados en los módulos, a continuación establecidos, que no estén comprendidos en el horario mínimo obligatorio:

a) Módulo 1: De lunes a sábados: De 9,30 a 22,00.

b) Módulo 2: Todos los días de la semana durante veinticuatro horas».

ción de las Comunidades Autónomas, en ese en principio régimen de libertad, por razones de guardias, vacaciones urgencias y demás circunstancias derivadas de la naturaleza de su servicio, y por otro, dispone que cuando se realicen jornadas u horarios fuera de los mínimos, se deberán comunicar a la Comunidad Autónoma, con carácter previo y deberán mantener con continuidad dicho régimen, en los términos en que la autoridad sanitaria les indique, y de ello, es obligado inferir, que esta justificada y autorizada la intervención de la Comunidad Autónoma, aun tratándose, cual se trata, de una norma básica, por razones de la naturaleza del servicio, y que no es dable aceptar sin mas, como se pretende, que la norma establece el régimen absoluto de libertad para los farmacéuticos en fijar cada uno su horario o el horario que tengan por conveniente, al margen de las necesidades del servicio y de lo que pretenda la Comunidad Autónoma, cuando además ésta, la Comunidad Autónoma, esta facultada para intervenir, según el propio artículo 6, como se ha visto, por necesidades del servicio y también para autorizar las peticiones de horario fuera del mínimo establecido. Y concluye la sentencia diciendo que *«la regulación establecida por la Comunidad Autónoma (Canarias) está garantizado el régimen de flexibilidad que establece el artículo 6 citado, al permitirse hasta cuatro módulos a la plena disponibilidad de los farmacéuticos, que permiten los mas distintos y variados horarios de mañana y tarde, incluida la posibilidad apertura durante veinticuatro horas sin restricción alguna, y siendo ello así, no se puede aceptar como se pretende, que se afecte al régimen de libertad, con esos horarios establecidos, por la circunstancia de que esos módulos, a salvo el de apertura de veinticuatro horas, no permitan a un farmacéutico, el único que aquí recurre, abrir la farmacia a las 7,30 horas, o abrirla de 8.00 hasta las 22.30 horas, ni menos cuando no se explícita la causa o razón por la que pretende abrir o cerrar en ese horario que menciona, lo que comporta, cual además refiere la sentencia recurrida, una confrontación entre el criterio subjetivo del recurrente con el de la Administración, y dado que la Administración, como valora la sentencia recurrida, lo que pretende con su sistema es el de tener cubiertas las necesidades de los usuarios del servicio publico farmacéutico, aun en el caso de confrontación de uno y otro criterio, habría que otorgar prevalencia al criterio de la Administración Autonómica»*.

En el ámbito de Andalucía, también se han producido diversos pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía que determinan la ilegalidad del Decreto andaluz en cuanto supone una merma a la libertad y flexibilidad de horarios, lo que ha supuesto que en la práctica no se apliquen los módulos optativos de ampliación de horarios⁵⁷. Sirva por todas, la sentencia del TSJ de Andalucía (Sevilla) de 10 de abril de 2000, en la que se afirma que: *«No cabe duda que los actores están obligados a respetar los horarios mínimos establecidos en el Decreto conforme al artículo 6 de la Ley (antes artículo 4 del Real Decreto Ley) y que la Administración debe velar por el cumplimiento de los mismos. Sin embargo no puede denegar la ampliación comunicada amparándose en un precepto del Decreto que es ilegal al restringir la libertad de horario a unos módulos preestablecidos.*

⁵⁷ Al respecto pueden verse las siguientes noticias de prensa:

<http://www.20minutos.es/noticia/83868/0/farmacias/quieran/Andalucia/>

<http://www.diariosur.es/pg060111/prensa/noticias/Malaga/200601/11/SUR-MAL-000.html>

Por tanto salvando el respeto al horario oficial el recurso debe ser estimado y anuladas las resoluciones impugnadas en cuanto que aplican preceptos contrarios a la Ley que desarrolla, pues el régimen de libertad y flexibilidad en la prestación del servicio reconocido en la Ley obliga a la Administración Autonómica a permitir la ampliación de horario de manera flexible, y no sometida a módulos ni autorización siempre que se garantice la continuidad del servicio. Como el horario propuesto por los actores garantiza esa continuidad (por lo ininterrumpido del mismo), la Administración no puede poner trabas a esa ampliación sin perjuicio del cumplimiento del horario oficial, normas sobre guardias, vacaciones y urgencias como establece el artículo 6 de la Ley».

Esta libertad absoluta en el régimen de los horarios ampliados de las oficinas de farmacia –que también existe en otras Comunidades Autónomas, como Castilla y León, Valencia y Canarias– ha sido muy cuestionada por los colegios oficiales de farmacéuticos, que reclaman la limitación de la libertad de horarios por las situaciones de desorganización y desigualdad que están generando, ya que el único requisito que cumplen las oficinas de farmacia es la obligación de comunicar el horario elegido y mantenerlo durante un año⁵⁸.

Señalar, por último que las oficinas de farmacia están obligadas a exponer al público, en lugar y en condiciones de adecuada visibilidad, el horario y turnos de guardia, y podrán hacer publicidad de sus horarios ampliados y servicios adicionales de las mismas que requieran autorización previa o sean objeto de concertación particularizada.

3. Intervención administrativa sobre las oficinas de farmacia: adjudicaciones, autorizaciones, transmisiones y traslados.

La configuración de la prestación farmacéutica en las oficinas de farmacia como un servicio público impropio o servicio de interés general, justifica la existencia de una intervención administrativa que planifique la actividad o servicio y, en consecuencia, determine qué oficinas de farmacia cumplen los requisitos previamente establecidos para ejercer la actividad de dispensación de medicamentos. En este sentido, ha sido tradicional en el régimen jurídico de las oficinas de farmacia el sometimiento de las mismas a la necesidad de obtener la preceptiva autorización administrativa para poder abrir y poner en funcionamiento una farmacia. Así se recoge en el Ley básica estatal que, tras imponer que la autorización de nuevas oficinas de farmacia se tramitará con arreglo a los principios de publicidad y transparencia, deja en manos de las Comunidades Autónomas la determinación del procedimiento autorizatorio⁵⁹. En la legislación autonómica, con carácter general, estas autorizaciones se han caracterizado por ser de carácter personal, intransferible y sujetas a caducidad, además de tener naturaleza reglada y su predeterminación sobre la base de numerus clausus.

⁵⁸ Puede verse al respecto el siguiente enlace:

<http://www.elglobal.net/noticias-medicamento/articulo.aspx?idart=318277&idcat=504&tipo=2>

⁵⁹ Art. 3 de la Ley16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia.

En el caso de Andalucía, el legislador ha distinguido diferentes tipos de autorizaciones administrativas. Así, se regula para la apertura de una nueva oficina de farmacia la adjudicación por concurso público y la autorización de instalación y funcionamiento (art. 33 LFA). Pero también están sujetas a autorización las siguientes actividades (art. 38 LFA):

- a) Autorizaciones de modificación de instalaciones.
- b) Autorización de traslado.
- c) Autorización de cierre.
- d) Autorización por cambio de titularidad.

El carácter personal y reglado de las adjudicaciones y autorizaciones de oficinas de farmacia se recoge en el art. 33.3 de la LFA al establecer que: *«se otorgarán siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos en la presente Ley y normas de desarrollo. En todo caso, las autorizaciones administrativas que otorgue la Administración sanitaria serán personales al farmacéutico autorizado y referidas al ámbito territorial, locales e instalaciones que se contemplan en las correspondientes resoluciones de autorización»*.

A) Adjudicación de una nueva oficina de farmacia y la autorización de instalación y funcionamiento para la apertura

Con respecto a la adjudicación por concurso público de una nueva oficina de farmacia, La LFA exige el respeto a los principios de publicidad, transparencia, concurrencia pública y mérito⁶⁰. Además, se establecen algunas limitaciones a la participación en el procedimiento y al derecho de adjudicación, pues, no podrán participar en el procedimiento de adjudicación

⁶⁰ Debemos señalar que el art. 33.2 de la LFA, donde se recogen dichos principios, ha sido objeto de impugnación por el Estado ante el Tribunal Constitucional al considerar que invadía sus competencias en la materia. Por lo relevante de su argumentación, transcribimos parte de la fundamentación que el Alto Tribunal realiza al respecto en la STC 181/2014, de 6 de noviembre: *«La regulación de la autorización de nuevas oficinas de farmacia y de su transmisión se inscribe en la materia «sanidad». El Estado tiene competencia ex art. 149.1.16 CE para establecer las bases y coordinación de la sanidad, y en concreto, para la determinación, con carácter general, de los requisitos técnicos y condiciones mínimas para la aprobación, homologación, autorización, revisión o evaluación de instalaciones, equipos estructuras y organización de centros, servicios, actividades o establecimientos sanitarios, en los que están incluidas las oficinas de farmacia. La autorización administrativa exigible para la apertura de nuevas oficinas de farmacia constituye un requisito de funcionamiento y organización de un establecimiento sanitario, cuyo alcance y contenido debe ser examinado de acuerdo con la distribución de competencias en materia de sanidad (STC 161/2011, de 19 de octubre, FJ 3), y lo mismo cabe concluir respecto de la transmisibilidad de la oficina de farmacia (STC 109/2003, de 5 de julio, FJ 8). Esta competencia estatal es básica, en cuanto se trata de establecer características comunes, que «tienen la consideración de mínimos a desarrollar por las Comunidades Autónomas que posean competencias en materia sanitaria» (STC 80/1984, de 20 de julio, FJ 1). Por su parte, el Estatuto de Autonomía de Andalucía atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia en materia de organización, funcionamiento interno, evaluación inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios (art. 55.1)»*.

El arts. 3.2 de la Ley 16/1997, de 25 de abril establece que la autorización de las nuevas oficinas de farmacia se tramitará conforme a los principios de publicidad y transparencia, previo el procedimiento que establezcan las Comunidades Autónomas, en el que se podrán prever la exigencia de fianzas y garantías que aseguren el

de nuevas oficinas de farmacia los farmacéuticos que hayan transmitido su titularidad o cotitularidad sobre una oficina de farmacia en un plazo inferior a cinco años respecto a la fecha de publicación de la convocatoria de concurso; y el titular que tuviese autorizada una oficina de farmacia no podrá ser adjudicatario de las que se oferten, en los concursos de nuevas oficinas de farmacia, en el municipio donde se ubique la que tiene autorizada.

Asimismo, si el adjudicatario es titular o cotitular de otra oficina de farmacia y realizara la cesión o transmisión de ésta, ya fuera total o parcialmente, a partir de la publicación de la convocatoria en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, perderá el derecho a la adjudicación y a las autorizaciones de instalación y funcionamiento de la nueva oficina de farmacia de la que hubiere sido adjudicatario en la convocatoria.

El procedimiento de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia se regula en el art. 41 LFA. En él se establece que se realizará de oficio mediante concurso público, en el que podrán participar los farmacéuticos que reúnan los requisitos establecidos en la Ley. El procedimiento constará de tres fases:

1. En la primera fase sólo podrán participar los farmacéuticos que, a la fecha de publicación de la convocatoria, sean titulares de oficina de farmacia abierta al público en municipios, entidad local autónoma (ELA), entidad de ámbito territorial inferior al municipio (EATIM), o núcleos poblacionales aislados, todos ellos de menos de mil habitantes, de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Asimismo deberán haber mantenido la titularidad sobre la citada oficina de farmacia, como mínimo, durante los diez años anteriores a la fecha de publicación de la convocatoria. En esta fase se adjudicará como máximo el 20% de las oficinas de farmacia convocadas.
2. En la segunda fase podrán participar todos los farmacéuticos interesados, así como aquellos que no hayan resultado adjudicatarios en la fase anterior. En esta fase se adjudicarán las oficinas de farmacia convocadas y no adjudicadas en la primera fase.
3. En la tercera fase se adjudicarán, a los farmacéuticos que no hayan sido titulares de oficina de farmacia, las vacantes que hayan quedado por resultar sus titulares adjudicatarios

correcto desarrollo de las actuaciones. Este artículo, dice el Tribunal Constitucional, «no es formalmente básico de acuerdo con su disposición final primera, tal y como lo corroboró la STC 161/2011, de 19 de octubre, FJ 3. Este Tribunal ya ha afirmado que la regulación por la Ley autonómica de un concurso para la adjudicación de las nuevas oficinas de farmacia lo que, dicho sea de paso, no ha sido impugnado en este proceso, no es contrario a lo establecido en la Ley 16/1997, de 25 de abril, de regulación de servicios de las oficinas de farmacia. Tampoco lo son los criterios de baremación relacionados con el mérito y capacidad, como son los méritos académicos, la formación posgraduada y la experiencia profesional, pues tratándose una «actividad privada» de incuestionable «interés público» (sujeta al régimen de autorización), aun sin tratarse estrictamente del acceso a la función pública, «resulta ineludible aplicar los principios de mérito y capacidad en el acceso al ejercicio de funciones propias del servicio farmacéutico, pudiendo entenderse que estas indicaciones están insitas en el principio de transparencia (recogido en el art. 11 de la Ley 3/1996). Todo ello sin perjuicio de que los principios del mérito y la capacidad resulten constitucionalmente exigibles como consecuencia del deber de la Administración pública, estatal o autonómica de servir a los intereses generales con objetividad (art. 103.1 CE) y de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).» (STC 161/2011, de 19 de octubre, FJ 3).

de otra oficina de farmacia en las dos fases anteriores, así como las que no hubieran sido adjudicadas en dichas fases.

El procedimiento de adjudicación finalizará por medio de una resolución única, en la que se incluirán todas las oficinas de farmacia adjudicadas en las distintas fases del procedimiento. Además, las fases del concurso se realizarán de acuerdo con el baremo que reglamentariamente se establezca y en el que, necesariamente, se tendrán en cuenta los méritos académicos, la formación posgraduada y la experiencia profesional. No obstante, la obtención de una autorización de instalación y funcionamiento de una oficina de farmacia agotará los méritos de experiencia profesional y de formación posgraduada que se le computen al interesado para el concurso en el que resultó adjudicatario.

Desde la fecha en que se produzca la conformidad de la adjudicación, esta es irrenunciable. Así mismo, para los adjudicatarios titulares de oficina de farmacia no ubicadas en territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la renuncia podrá suponer la imposibilidad de concursar en futuras convocatorias en esta. Estos efectos no se producirán cuando la renuncia se funde en alguna causa sobrevenida de carácter personal o familiar determinada reglamentariamente y que resulte debidamente acreditada.

A fin de asegurar que no queda desatendida la población a la que venía prestando asistencia una oficina de farmacia, procederá emitir resolución complementaria del procedimiento de adjudicación, cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que se produzca la caducidad del derecho a las autorizaciones de instalación y funcionamiento de una oficina de farmacia adjudicada en fase tercera.
- b) Que esta oficina de farmacia se hubiese convocado por resultar vacante al ser su titular adjudicatario de otra oficina de farmacia en las dos fases anteriores.
- c) Que se produzca la conformidad a la misma, tras ofertarla a los solicitantes admitidos a esta tercera fase que no hayan resultado adjudicatarios de oficina de farmacia, según el orden de puntuación obtenida.

Por otro lado, la resolución de la autorización de funcionamiento de una nueva oficina de farmacia a favor de un farmacéutico titular de otra oficina de farmacia exige el cierre definitivo de esta última. Y si en lugar de ser titular, el farmacéutico es cotitular de otra oficina de farmacia, la resolución de la autorización de funcionamiento de una nueva oficina de farmacia exigirá: a) La renuncia efectiva a su cotitularidad, sin que suponga negocio jurídico oneroso alguno y con la pérdida del derecho a la transmisión de la misma; y b) El acrecimiento del porcentaje de cotitularidad correspondiente para el resto de cotitulares. No obstante, para asegurar que la población a la que dicho farmacéutico venía prestando asistencia farmacéutica no queda desatendida, la autorización de funcionamiento de la nueva oficina de farmacia quedará condicionada a la entrada en funcionamiento de otra oficina de farmacia en el municipio o núcleo donde, hasta ese momento, hubiese estado abierta la anterior oficina.

El derecho a las autorizaciones de instalación y funcionamiento caducan, según el art. 39 LFA, cuando el farmacéutico adjudicatario no proceda, por causas a él imputables y en el

plazo reglamentariamente determinado por la Administración, a promover dichas autorizaciones y cuando la oficina de farmacia, por circunstancias sobrevenidas, no sea abierta al público. Y las autorizaciones de instalación y funcionamiento concedidas caducan cuando se den las circunstancias previstas en el art. 40 de la LFA⁶¹. En cualquier caso, producida la caducidad de la autorización, la Consejería competente en materia de salud se reserva la potestad de autorizar una nueva oficina de farmacia en aquellos municipios, entidades poblacionales o unidades territoriales farmacéuticas donde se hubiera producido la caducidad.

B) Transmisión de la oficina de farmacia

Como hemos visto, la transmisión de una oficina de farmacia también está sujeta a autorización administrativa⁶². La LFA establece como requisito fundamental para que se pueda

⁶¹ En concreto, por los siguientes motivos:

a) *Por causas referidas a su titular:*

- 1.º Renuncia.
- 2.º Inhabilitación profesional por período superior a dos años.
- 3.º Suspensión definitiva de funciones.
- 4.º Cierre definitivo de la oficina de farmacia.

Si la inhabilitación profesional o la suspensión definitiva de funciones se hubieran producido en el ejercicio profesional en la oficina de farmacia, las autorizaciones caducarán aunque existan cotitulares.

b) *Por no haber transmitido la oficina de farmacia en el plazo de veinticuatro meses, contados a partir de la fecha en que se produzcan los hechos causantes:*

- 1.º Declaración judicial de ausencia.
- 2.º Incompatibilidad legal.
- 3.º Incapacidad laboral permanente, total o absoluta.
- 4.º Fallecimiento.

En los supuestos de cotitularidad de la oficina de farmacia, podrá seguir al frente de la misma aquel cotitular que no se encuentre afectado por el hecho causante.

c) *Por resultar el titular de una oficina de farmacia adjudicatario de otra en un concurso público y obtener por resolución firme las autorizaciones de instalación y funcionamiento de esta nueva oficina de farmacia.*

⁶² Los apartados 1 y 3 del art. 47 de la LFA también fueron impugnados por el Estado ante el Tribunal Constitucional tanto por motivos competenciales, como por vulnerar el derecho a la libre empresa (art. 38 CE) tal y como ha sido configurado en los arts. 89 y 103.2 y 4 LGS. Sin embargo, la STC 181/2014, de 6 de noviembre, considera ambos apartados constitucionales, con la siguiente fundamentación: «El precepto estatal de contraste es el art. 4.1 y 2 de la Ley 16/1997, de 25 de abril, que prevé que la transmisión de las oficinas de farmacia únicamente podrá realizarse a farmacéuticos, mientras que el apartado segundo atribuye a las Comunidades Autónomas la regulación de las formas, condiciones, plazos y demás requisitos de las transmisiones de estos establecimientos. Ambos apartados son formal y materialmente básicos. Formalmente, porque así lo dispone la citada disposición final primera. El apartado 1 del art. 4 es materialmente básico en cuanto establece la regla de la transmisibilidad de las oficinas de farmacia a favor de un farmacéutico, en consonancia con el art. 1 de esta misma Ley que reserva a éstos la titularidad de la oficina de farmacia. Tal y como señaló la STC 109/2003, de 5 de junio, FJ 8, la Ley general de sanidad regula, junto a actividades sanitarias públicas, otras privadas, para cuyos establecimientos reconoce tanto la incidencia del interés público como la libertad de empresa a la que este interés puede sujetar a restricciones diversas. Los distintos modelos de organización que derivan de los distintos grados y formas que puede asumir la libertad de empresa en este ámbito inciden sobre el modo y forma en que los establecimientos privados sirven al interés público, de modo que cuando se trate de elementos estructurales de un determinado diseño de la empresa, estaremos indudablemente ante materia propia de las

bases, siendo la transmisibilidad o no de las oficinas de farmacia uno de esos elementos estructurales. Por ello, concluye esta Sentencia, que el art. 4.1 de la Ley 16/1997, es materialmente básico, y aunque puede ser discutido desde la perspectiva de su eficacia técnica, no puede serlo desde la óptica constitucional, pues conforma un mínimo común normativo para todo el territorio nacional, a la vez que permite expresamente a las Comunidades Autónomas que desarrollen su función planificadora. El carácter materialmente básico del apartado segundo de este mismo precepto, que remite a las Comunidades Autónomas el establecimiento de las condiciones, plazos, forma y otros requisitos de la transmisión, está fuera de toda duda, pues sólo delimita las competencias que estas ostentan de acuerdo con las reglas constitucionales de distribución de competencias». «La exigencia de una autorización previa a la transmisión, la que contempla el art. 47.1 de la Ley de farmacia de Andalucía, tiene cabida en la remisión del art. 4.2 Ley 16/1997 a la competencia de las Comunidades Autónomas para regular los requisitos que deben cumplir las transmisiones de estos establecimientos sanitarios, y no se opone a la única condición que impone la Ley estatal relativa a que la transmisión se realice en favor de un farmacéutico. La determinación de si el ejercicio de un derecho es libre, o bien deben removerse previamente los obstáculos impuestos por la ley para su ejercicio –no otra cosa es la autorización previa de la transmisión–, no excede de lo que cabe entender como requisito del ejercicio de un derecho, pues ni siquiera afecta a su contenido. De otro, el art. 47.3 de la Ley de farmacia de Andalucía exige para la transmisión onerosa de oficinas de farmacia que el transmitente comunique a la Administración sanitaria las condiciones generales de la transmisión. Efectuada esta comunicación, la Administración dará a conocer los nombres de los farmacéuticos inscritos en el registro de posibles adquirentes que tengan la mayor puntuación, según el baremo de méritos que se establezca, de acuerdo con los principios de publicidad y transparencia, y con los apartados 1 y 2 del art. 41 de la Ley de farmacia de Andalucía, debiéndose tener especialmente en cuenta la valoración de la experiencia profesional. La transmisión deberá realizarse a favor del farmacéutico que, teniendo la mayor puntuación, acepte las condiciones y garantías exigidas por el transmitente.

En definitiva, nos encontramos ante un supuesto de limitación de la capacidad de elección del adquirente, perfectamente justificada en el marco de la función que cumplen en el sistema sanitario las oficinas de farmacia, cuyo titular debe ser farmacéutico, según se establece en la Ley estatal que proporciona la norma básica, y coherente con el modelo de oficina de farmacia diseñado, en el ejercicio legítimo de sus competencias, por el legislador autonómico. Un modelo en que el farmacéutico titular es, a la vez, prestador del servicio farmacéutico, motivo por el cual las condiciones personales son determinantes para la selección del número limitado de prestadores del servicio, resultando irrelevante a estos efectos cuál sea la vía utilizada para acceder al mismo, esto es, que los servicios se presten en farmacias de nueva apertura o en farmacias ya existentes.

Este precepto impone una nueva condición al ejercicio de un derecho, el de transmitir la oficina de farmacia, no prevista en la Ley 16/1997, que no se aplica a las primeras transmisiones de las farmacias que hayan sido autorizadas conforme a la regulación anterior, esto es, cuando esta condición no existía. Pues bien, la regulación autonómica sólo podría considerarse contraria a la legislación básica si impidiera que se materializase en el territorio de esa Comunidad Autónoma el criterio normativo común de la transmisibilidad (STC 152/2003, de 17 de julio, FJ 4). El art. 41.3 de la Ley de farmacia de Andalucía no contiene una prohibición absoluta de transmisibilidad de las oficinas de farmacia similar a la establecida por la Ley de Castilla La Mancha 4/1996, y declarada inconstitucional por la STC 109/2003, de 5 de junio, ni contempla una medida de efecto equivalente. Tampoco desnaturaliza esta figura, ya que sólo limita la libre elección del adquirente, dejando en manos del propietario la fijación del resto de condiciones y del precio que estime procedentes. Así pues, como quiera que esta condición impuesta por el art. 47.3 de la Ley de farmacia de Andalucía no impide la aplicación de la regla general de la transmisibilidad de las oficinas de farmacia en la Comunidad de Andalucía, debemos rechazar, también en este punto, la vulneración alegada de la legislación básica.

Pero tampoco vulneran el derecho a la libre empresa que, en contra de lo que afirman los recurrentes, no sólo viene delimitado en el ámbito sanitario por el art. 89, y los apartados 2 y 4 del art. 103 LGS, sino, en lo que se refiere a los establecimientos de farmacia, por la Ley 16/1997 cuyas bases, como acabamos de afirmar, no se han visto vulneradas por la Ley autonómica. Como se afirma en la exposición de motivos de esta última, estamos ante una actividad regulada en razón de la garantía sanitaria, y no liberalizada, pues su ejercicio está sometido a la planificación, mediante la limitación del número de establecimientos farmacéuticos en función de criterios de población y distancias (art. 2), con la que se pretende asegurar la prestación del servicio a toda la

producir la transmisión a favor de otro farmacéutico que el establecimiento haya permanecido abierto al público con la misma persona titular o cotitulares durante un mínimo de cinco años⁶³. Una vez cumplido este requisito, la transmisión puede ser onerosa o gratuita.

En las transmisiones onerosas, el transmitente comunicará a la Administración sanitaria las condiciones generales de la transmisión. Efectuada tal comunicación, la Administración le dará a conocer los nombres de los farmacéuticos inscritos en el registro de posibles adquirentes que tengan la mayor puntuación, según el baremo de méritos que se establezca, de acuerdo con los principios de publicidad, transparencia, y con los criterios establecidos para la adjudicación de una nueva oficina de farmacia, si bien la valoración de la experiencia profesional se tendrá especialmente en cuenta cuando se hubiera desempeñado en municipios, ELA o EATIM, o núcleos poblacionales aislados, todos ellos de menos de mil habitantes.

La transmisión se realizará a favor de aquel farmacéutico que teniendo la mayor puntuación acepte las condiciones y garantías exigidas por el transmitente, y deberá efectuarse en el plazo máximo de cuatro meses. La persona a cuyo favor se haya realizado la transmisión solicitará la oportuna autorización por cambio de titularidad en el plazo máximo de dos meses. El incumplimiento de estos plazos por causa imputable al adquirente, supondrá la baja de éste por un plazo de cinco años en el registro de posibles adquirentes.

También contempla el art. 47 de la LFA la posibilidad de que el adquirente de una oficina de farmacia fuera titular de otra y no la hubiera transmitido al momento de obtener la autorización de cambio de titularidad de la nueva, en cuyo caso, la autorización quedará condicionada a que en el plazo máximo de seis meses realice la transmisión de la oficina de farmacia de la que era titular. Transcurrido este plazo sin haberse efectuado dicha transmisión, la autorización de cambio de titularidad conllevará la caducidad de la autorización de instalación y funcionamiento de la que tuviera abierta.

C) Traslado de las oficinas de farmacia

El traslado de una oficina de farmacia también necesita la preceptiva autorización administrativa. Los traslados pueden ser voluntarios o forzosos. Para el traslado voluntario se tienen que dar los siguientes requisitos recogidos en el art. 43 LFA:

población. A mayor abundamiento, bastará con señalar que los preceptos de la Ley general de sanidad que invocan los recurrentes, se limitan a reconocer este derecho en el ámbito sanitario, a declarar que las oficinas de farmacia son establecimientos sanitarios, y a reservar a los farmacéuticos propiedad de las oficinas de farmacia abiertas al público, sin que quepa deducir de ellos que el legislador ha configurado la libertad de empresa en el ámbito sanitario como un derecho ilimitado. Antes al contrario, la libertad de empresa está obligada a convivir con las limitaciones o restricciones que legalmente se le impongan, por la incidencia que tiene el interés público en la actividad que realizan (STC 109/2003, FJ 8), que en este caso, es la sanidad».

⁶³ El art. 47.2 de la LFA establece que esta plazo no será de aplicación en los supuestos de fallecimiento, incapacidad laboral permanente, total o absoluta, incapacitación judicial o declaración judicial de ausencia de la misma, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 40.1.b) de esta Ley.

- a) Que la población a la que se presta asistencia farmacéutica no quede desatendida y se garantice su accesibilidad, de acuerdo con los criterios de planificación farmacéutica.
- b) Que la oficina de farmacia que pretende trasladarse haya permanecido un mínimo de tres años consecutivos, inmediatamente anteriores a la fecha de solicitud del traslado, en la misma ubicación y con la misma persona titular.
- c) Que se cumplan los requisitos sobre distancias y condiciones de los locales que se establecen en la LFA.

No obstante, no se podrán solicitar traslados voluntarios, definitivos o provisionales, en el ámbito de los municipios, entidades o núcleos de población incluidos en la convocatoria de adjudicación de nuevas oficinas de farmacia, desde su publicación hasta la finalización de los procedimientos de autorización de instalación de las mismas.

El traslado voluntario definitivo supondrá la clausura de la oficina de farmacia sita en los primitivos locales. En caso de traslados voluntarios provisionales, la duración del traslado por motivos de obras de acondicionamiento del local o entornos de acceso en ningún caso podrá superar el período de dos años. Transcurrido dicho plazo sin que la oficina de farmacia hubiera retornado a su lugar de origen, se procederá al cierre del local provisional.

Además de los traslados voluntarios, también se puede producir el cambio de ubicación del local de la oficina de farmacia con carácter forzoso, que puede ser provisional o definitivo. Los traslados forzosos y provisionales se autorizarán condicionados a la obligación del titular de que la oficina de farmacia retorne al local de origen antes de finalizar el plazo que reglamentariamente se determine. Cuando el titular se comprometa a retornar al local originario, una vez reconstruido, se podrá ampliar dicho plazo por el tiempo necesario que exija la reconstrucción. En el plazo de un mes a partir de la finalización de la causa que originó el traslado forzoso provisional, el titular deberá solicitar la autorización de funcionamiento de la oficina de farmacia en el local originario. Transcurrido dicho plazo, se procederá al cierre del local provisional⁶⁴.

En cualquier caso, los locales que se ocupen provisionalmente por traslado forzoso deberán estar ubicados a una distancia mínima de ciento cincuenta metros de otra oficina de farmacia o un centro sanitario asistencial público en un emplazamiento, salvo dificultad justificada, en la zona de influencia de la población a la que prestaba asistencia farmacéutica la oficina de farmacia originaria. En el caso de que no se cumpliesen estas distancias con anterioridad, sólo se permitirá el traslado forzoso siempre que no se disminuyan las distancias ya existentes.

⁶⁴ Si por causa ajena a la voluntad de quien es titular de la oficina de farmacia en situación de traslado forzoso conforme al párrafo anterior no pudiese retornar a sus primitivos locales, podrá solicitar, conforme al procedimiento que se establezca reglamentariamente, la autorización definitiva en los locales que ocupan provisionalmente, si se cumple el resto de los requisitos de distancia, locales e instalaciones previstos en los artículos 25 y 30 de la LFA.

Por último, también se puede producir el cierre temporal o definitivo, voluntario o forzoso de una oficina de farmacia. El cierre voluntario de la oficina de farmacia, temporal o definitivo, necesita una autorización administrativa previa, que requerirá de causa justificada y estará siempre condicionada a que quede garantizada la asistencia farmacéutica a la población. Si el cierre voluntario es con carácter temporal, éste no podrá exceder de dos años. Transcurrido este plazo, su reapertura requerirá de las autorizaciones de instalación y funcionamiento como si de una nueva oficina de farmacia se tratara.

El cierre forzoso de la oficina de farmacia, por su parte, se produce cuando se haya decretado por sanción administrativa o sentencia judicial en los supuestos de inhabilitación profesional, personal o de cualquier otra índole de su titular, y se ejecutará en los términos previstos en la correspondiente resolución.

4. La selección de medicamentos: el procedimiento de subasta

La LFA, dentro de su Título III, dedicado al uso racional de los medicamentos, regula la selección, prescripción, dispensación y administración de medicamentos y productos sanitarios. Así, somete estas actuaciones, con la finalidad de garantizar a los pacientes el adecuado nivel de seguridad y eficacia a los siguientes principios generales (art. 58):

- a) Solamente se podrán prescribir medicamentos legalmente reconocidos y, exclusivamente, para las indicaciones contenidas en las correspondientes autorizaciones, incluidas las de tratamientos compasivos y ensayos clínicos.
- b) El profesional que realiza la prescripción informará adecuadamente al paciente sobre las características del tratamiento prescrito, así como sobre la correcta administración de los medicamentos indicados.
- c) El farmacéutico dispensará los medicamentos y productos sanitarios que se le soliciten, en las condiciones legal y reglamentariamente establecidas.
- d) El farmacéutico velará por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción, informando al paciente sobre las condiciones de conservación, preparación, administración y posología de los medicamentos dispensados.
- e) El farmacéutico en el acto de la dispensación de medicamentos y productos sanitarios está obligado a cumplir las prescripciones económicas y administrativas que determine la normativa reguladora de la dispensación de medicamentos y, en su caso, de productos sanitarios.

Además, la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía comprende todos aquellos medicamentos y productos sanitarios: a) Incluidos en la prestación farmacéutica del Sistema Nacional de Salud; b) Incluidos por decisión del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, con cargo a sus propios presupuestos y en las condiciones que

se determinen⁶⁵; c) Que se adquieran para ser utilizados en los centros sanitarios públicos de acuerdo con los criterios de selección determinados por la Comisión Multidisciplinar de Uso Racional del Medicamento correspondiente; d) Que, conforme a lo establecido en la normativa vigente, cuenten con autorización expresa para uso compasivo por el Ministerio competente en materia de sanidad y consumo; y e) Que sean autorizados por el órgano correspondiente del Ministerio competente en materia de sanidad y consumo exclusivamente para un ensayo clínico, cuando este sea promovido por un centro sanitario del sistema sanitario público de Andalucía.

Pues bien, en lo que respecta a la prescripción y dispensación de medicamentos y de productos sanitarios, la LFA, en su art. 60, dispone que la prescripción, indicación o autorización de dispensación de los medicamentos y de los productos sanitarios, comprendidos en su prestación farmacéutica, se realizará en la receta médica o en la orden de dispensación y, en todo caso, con el menor coste posible en las correspondientes dispensaciones. Para ello, Andalucía ha diseñado un sistema de selección de los medicamentos a dispensar cuando se prescriban o indiquen por principio activo y de los productos sanitarios a dispensar cuando se prescriban por denominación genérica, a través de un procedimiento de subasta en las que podrán participar todos los laboratorios farmacéuticos interesados, para seleccionar, de entre los medicamentos comercializados que tengan un precio autorizado igual o inferior al precio menor correspondiente, establecido en el Sistema Nacional de Salud y vigente en el momento de la convocatoria, aquél que deberá ser dispensado por las oficinas de farmacia cuando, en el marco de la prestación farmacéutica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, se les presente una receta médica u orden de dispensación en las que el medicamento correspondiente se identifica exclusivamente por la denominación oficial de sus principios activos, o, en el caso de los productos sanitarios, cuando se les presente una receta médica, u orden de dispensación, en las que el mismo se identifica, exclusivamente, por su denominación genérica.

Para cada formulación de principio o principios activos, se seleccionará el medicamento del laboratorio farmacéutico cuya propuesta represente para el Servicio Andaluz de Salud el menor coste final de la prescripción correspondiente de entre los propuestos. Para los cálculos oportunos se tendrá en cuenta la diferencia entre el precio autorizado de cada medicamento y la cuantía de la mejora económica ofrecida al Servicio Andaluz de Salud por el laboratorio farmacéutico correspondiente.

A fin de garantizar el suministro, se requerirá que los laboratorios farmacéuticos acrediten una capacidad de producción previa suficiente de medicamentos de forma farmacéutica igual al propuesto, así como declaración expresa de asumir el compromiso de garantizar su adecuado abastecimiento.

⁶⁵ Véase al respecto el Decreto 159/1998, de 28 de julio, por el que se regula la prestación de determinados medicamentos con cargo a fondos propios de la Comunidad Autónoma.

Este procedimiento de subasta de medicamentos se introduce en la LFA a través del Decreto Ley 3/2011, de 13 de diciembre, por el que aprueban medidas urgentes sobre prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, que crea un nuevo art. 60 bis en la LFA. Hasta la fecha, y desde 2012, se han celebrado siete subastas de medicamentos⁶⁶, y se han firmado los correspondientes convenios con los laboratorios adjudicatarios, tal y como expresa el art. 60 quater de la LFA, que establece que los compromisos entre el Servicio Andaluz de Salud y los laboratorios farmacéuticos o las empresas proveedoras de productos sanitarios, derivados de la selección y sus efectos económicos, quedarán establecidos en los convenios correspondientes, suscritos por la persona titular de la Dirección Gerencia del mismo y por los representantes legales de aquéllos, con sujeción a las normas específicas establecidas en esta ley. Dichos convenios tienen la duración prevista en cada convocatoria de selección, que en todo caso no podrán tener un plazo de vigencia superior a dos años.

Sin embargo, este sistema de subasta de medicamentos, pionero en nuestra Comunidad Autónoma, plantea algunos problemas jurídicos de enorme calado que han sido puestos de manifiesto por el Gobierno y los laboratorios farmacéuticos en los diferentes procedimientos judiciales que se han tramitado al respecto. Dada la relevancia y actualidad del tema, merece la pena que le dediquemos una especial atención, pudiendo sintetizar las cuestiones conflictivas que presenta la subasta de medicamentos en las siguientes:

- a) Hasta que punto no resulta de aplicación a la adquisición de medicamentos el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (en adelante, LCSP)⁶⁷, y, en concreto, las disposiciones sobre el contrato de suministro.
- b) Vulneración de las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación sobre productos farmacéuticos y bases y coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE).
- c) Infracción de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.
- d) Vulneración del derecho a la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la prestación farmacéutica.

Con respecto a la primera de las cuestiones, la sujeción del procedimiento de adquisición de medicamentos a la LCSP, debemos destacar que, en principio, parece que la forma más adecuada para la adquisición de medicamentos por la Administración sanitaria sería mediante el contrato de suministro regulado en el art. 9 de la LCSP⁶⁸ y adjudicado a través de los procedimientos previstos en dicha Ley, es decir, procedimiento abierto; restringido;

⁶⁶ Resoluciones de 25 de enero de 2012; 20 de diciembre de 2012; 20 de junio de 2013; 31 de marzo de 2014; 9 de octubre de 2014; 9 de diciembre de 2014 y 15 de mayo de 2015, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Salud (SAS) para la selección de medicamentos.

⁶⁷ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

⁶⁸ Que establece que: «1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

procedimiento negociado y diálogo competitivo⁶⁹. Sin embargo, las resoluciones del Servicio Andaluz de Salud convocando la selección de medicamentos excluyen específicamente la aplicación de dicha normativa, al amparo de lo previsto en el art. 4.1.d) de la LCSP, que excluye de su ámbito de aplicación «*Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales*». Y además, utiliza un procedimiento de adjudicación por «subasta» que ya no existe en la LCSP, pues ahora la adjudicación se efectúa en un procedimiento abierto, en el que el criterio objetivo para la adjudicación más valorado puede ser el precio, pero no el único.

Esta cuestión fue objeto de recurso por Farmaindustria ante el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía (TARCA), quien en su Resolución de 17 de diciembre de 2012, inadmitió el recurso al entender que la selección de medicamentos no es un contrato regido por el LCSP porque la regulación que de la misma realiza la LFA agota en sí misma el marco normativo del procedimiento de selección y no finaliza con un contrato sino con un convenio, pero sin entrar a enjuiciar si la normativa andaluza vulnera la legislación de contratación pública.

En cualquier caso, entendemos que resulta necesario un pronunciamiento sobre la verdadera naturaleza, contractual o no, de la figura utilizada por Andalucía, porque la exclusión de la LCSP atendiendo a que se trata de un convenio y no un contrato, genera algún interrogante, pues los convenios excluidos de la aplicación de la LCSP son los celebrados entre la Administración y los particulares siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en la Ley, y en el caso que nos ocupa, parece claro que nos encontramos ante un contrato de suministro en el que la Administración sanitaria adquiere un producto, en este caso, de carácter sanitario como son los medicamentos.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

- a) *Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.*
- b) *Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.*
- c) *Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando ésta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.*

⁶⁹ Arts. 138 y ss de la LCSP.

Otra de las cuestiones conflictivas que plantea el procedimiento de subasta de medicamentos andaluz, y quizás la más compleja, es la posible vulneración de las competencias exclusivas del Estado en materia de bases y coordinación general de la sanidad y legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE). Esta cuestión se encuentra pendiente de resolución por el Tribunal Constitucional, del que penden dos procedimientos diferentes. En primer lugar, existe un conflicto positivo de competencias planteado por el Gobierno central contra la resolución de la primera convocatoria del concurso para la selección de medicamentos de 25 de enero de 2012⁷⁰, y en segundo término, un recurso de inconstitucionalidad contra el artículo único del Decreto-ley Andaluz 3/2011, de 13 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes sobre la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía, por el que se introduce en la LFA el art. 60 bis que regula el procedimiento de subasta de medicamentos⁷¹.

En ambos procedimientos se argumenta por el Gobierno central que la regulación de la prescripción de medicamentos por Andalucía vulnera la competencia exclusiva estatal en materia de legislación sobre productos farmacéuticos (art. 149.1.16 CE); que la subasta de medicamentos modifica la cartera básica de servicios, aprobada por el Estado, mediante el Decreto 1030/2006, en el ejercicio de su competencia para establecer las bases y la coordinación general de la sanidad (art. 149.1.16 CE), al excluir determinados medicamentos del ámbito de dichas prestaciones básicas, que son susceptibles de ampliación, pero no de restricción por las Comunidades Autónomas; y que las competencias estatales se vulneran al establecer Andalucía un régimen que viene a modificar la cobertura de la prestación de financiación de medicamentos en el Sistema Nacional de Salud, implantando un régimen de financiación que resulta discriminatorio.

No debemos perder de vista, además, que la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, vigente en aquel momento, establecía en su art. 85.4 que cuando la prescripción se realice por principio activo, el farmacéutico dispensará el medicamento de precio más bajo de su agrupación homogénea y, en el caso de igualdad, el medicamento genérico o el medicamento biosimilar correspondiente⁷². Sin embargo, con el sistema de subastas andaluz, la dispensación de medicamentos por principio activo se hace obligatoriamente de entre los seleccionados en los concursos, lo que parece que podría vulnerar la normativa básica estatal en la materia.

⁷⁰ Conflicto positivo de competencias núm. 1092/2013, admitido a trámite por providencia del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 2013.

⁷¹ Recurso de inconstitucionalidad 4539/2012, admitido a trámite por providencia del Tribunal Constitucional de 24 de julio de 2012.

⁷² El Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que ha venido a derogar a la Ley 29/2006, de 26 de julio, también recoge en su art. 87.4 que «cuando la prescripción se realice por principio activo, el farmacéutico dispensará el medicamento de precio más bajo de su agrupación homogénea y, en el caso de igualdad, el medicamento genérico o el medicamento biosimilar correspondiente».

No obstante, y ante la tardanza de tan esperados pronunciamientos del Tribunal Constitucional que arrojen algo de luz al problema planteado, podemos señalar la argumentación esgrimida por el propio Tribunal Constitucional para levantar la suspensión cautelar adoptada sobre la normativa andaluza tras la admisión a trámite de ambos procedimientos⁷³, pues si bien, como dice el Tribunal en su resolución ello no vincula a lo en su día se adopte respecto del debate de fondo, puede ser de utilidad para una mayor comprensión del problema planteado. En este sentido, entiende el Tribunal que *«la sostenibilidad del sistema sanitario público impone a todos los poderes públicos la necesidad de adoptar medidas de racionalización y contención del gasto farmacéutico pues es uno de los principales componentes del gasto sanitario y en el que más pueden incidir las políticas de control del mismo, tanto más necesarias en una situación como la actual caracterizada por una exigente reducción del gasto público. La contención y reducción del gasto farmacéutico es, por tanto, un objetivo a conseguir por la totalidad de las estructuras del Sistema Nacional de Salud»*. De este modo, dice el Tribunal *«las Administraciones públicas con competencias en la materia tienen la obligación de distribuir equitativamente los recursos públicos disponibles a fin de garantizar la sostenibilidad del sistema público de salud favoreciendo el uso racional de los medicamentos e instaurando políticas de contención del gasto»*. Por ello, *«resulta congruente con tal objetivo que sea la Administración sanitaria, y no los particulares, quien resulte directamente beneficiaria de la minoración del precio de los medicamentos»*.

Afirma también que es claro que *«el modelo estatal, con su preferencia por la prescripción por principio activo y la introducción del precio como criterio en la dispensación y sustitución de medicamentos, implica que va a ser siempre dispensada la presentación comercial de precio menor, con independencia de que sea la misma que hubiera venido tomando el paciente con anterioridad, sin que tampoco garantice el derecho a la dispensación de una determinada presentación comercial de un medicamento, pues es claro que la prestación farmacéutica del sistema nacional de salud no se configura en tales términos. Por el contrario, siendo el criterio general la prescripción por principio activo y la dispensación atendiendo al menor coste posible, no se alcanza a comprender, desde la perspectiva cautelar que ahora hemos de adoptar, que la concreción centralizada en toda la Comunidad Autónoma de la dispensación de determinados medicamentos señalados por su principio activo y atendiendo a criterios de coste del medicamento concreto a dispensar, suponga un perjuicio irreparable respecto al que deriva de un sistema en el que esa determinación corresponde al titular de la oficina de farmacia, pues ha de atenderse a consideraciones de precio del medicamento, ya que, en todo caso, ha de dispensarse el de menor precio y, en caso de igualdad del precio, el genérico»*.

Entendemos que si bien es cierto que la subasta de medicamentos no altera el criterio general de prescripción por principio activo y su dispensación atendiendo al menor coste, la prestación farmacéutica del sistema sanitario público de Andalucía debe comprender todos aquellos medicamentos y productos sanitarios incluidos en la prestación farmacéutica

⁷³ Autos 147/2012, de 16 de julio de 2012 y 238/2012, de 12 de diciembre de 2012.

del Sistema Nacional de Salud, tal y como establece el art. 59 de la LFA, lo que difícilmente se cumple al restringir la dispensación de medicamentos exclusivamente a los seleccionados en la correspondiente subasta. Esta cuestión hay que encuadrarla no en la competencia estatal sobre legislación de productos farmacéuticos, sino en la competencia sobre bases y coordinación general de la sanidad, pues se trata de la prestación farmacéutica como prestación sanitaria del Sistema Nacional de Salud, y como tal, el contenido mínimo de la misma y la definición de su ámbito objetivo solo puede fijarlo el Estado pudiendo las Comunidades Autónomas mejorar el mínimo estatal, pero, en ningún caso, empeorarlo (SSTC 136/2012, FJ 5 y 98/2004, FJ).

Siendo así, entendemos que la norma andaluza, en la medida en que obliga a la dispensación de los medicamentos seleccionados, está reduciendo el ámbito objetivo de la prestación, pues en Andalucía se dispensan menos medicamentos que en el resto del Estado, lo que implica una evidente diferencia en las condiciones de acceso de los ciudadanos a los medicamentos, al limitar, con criterios distintos de los básicos, las posibilidades de dispensación, (un «empeoramiento del mínimo estatal», en los términos establecidos por el Tribunal Constitucional), lo que determina, a nuestro juicio, la vulneración de la competencia estatal en la materia.

La tercera cuestión que planteamos es la posible vulneración de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (en adelante, LGUM). Esta Ley regula las disposiciones necesarias para hacer efectivo el principio de unidad de mercado en el territorio nacional, y tiene por objeto, en particular, garantizar la integridad del orden económico y facilitar el aprovechamiento de economías de escala y alcance del mercado mediante el libre acceso, ejercicio y la expansión de las actividades económicas en todo el territorio nacional garantizando su adecuada supervisión, de conformidad con los principios contenidos en el artículo 139 de la CE. Dicha unidad de mercado se fundamenta en la libre circulación y establecimiento de los operadores económicos, en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda obstaculizarla directa o indirectamente, y en la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica.

Pues bien, siendo la prestación farmacéutica, como vimos, una actividad privada de carácter económico sometida a la libertad de empresa, tenemos que analizar si el procedimiento de subasta de medicamentos supondría un obstáculo a la unidad de mercado. Sobre ello se planteó en 2014 por una empresa farmacéutica un procedimiento de defensa de la unidad de mercado ante la Secretaría del Consejo para la Unidad de Mercado⁷⁴, quien

⁷⁴ Es el órgano técnico de coordinación y cooperación continua con las autoridades competentes para la aplicación de esta Ley y tiene las siguientes funciones recogidas en el art. 11 LGUM:

- a) *Supervisión continua de la aplicación de esta Ley y de la adaptación de la normativa del conjunto de las autoridades competentes.*
- b) *Análisis y evaluación de la situación de la unidad de mercado en el territorio nacional.*

en su informe de valoración sobre la reclamación, de 5 de mayo de 2014, estableció que la venta de medicamentos (en este caso, como prestación privada de servicios públicos) constituye una actividad económica y como tal está incluida en el ámbito de aplicación de la LGUM y por tanto, cualquier mecanismo de acceso de los operadores económicos al mercado, en este caso, el sistema de convocatorias públicas para la selección de determinado medicamento, debe respetar los principios de la LGUM. Sin embargo, el uso de un sistema de subastas como mecanismo de asignación o provisión no puede considerarse en sí mismo una restricción de acceso a un mercado en la medida en que su diseño garantice el acceso de los operadores y genere competencia por el mercado ex ante y ex post, y siempre que la subasta no contenga requisitos discriminatorios ni prohibidos por la LGUM en su art. 18, ni requisitos innecesarios y/o desproporcionados que limiten la participación de los operadores en la misma⁷⁵. En consecuencia, parece que en esta cuestión no existe vulneración de la LGUM.

Por último, se plantea también la posible vulneración del derecho a la igualdad de los ciudadanos en el acceso a la prestación farmacéutica. Debemos recordar, en primer lugar, que el art. 88.1 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios⁷⁶, vigente en ese momento, reconocía el derecho de todos los ciudadanos a obtener medicamentos en condiciones de igualdad en todo el Sistema Nacional de Salud, sin perjuicio de las medidas tendentes a racionalizar la prescripción y la utilización de medicamentos y productos sanitarios que puedan adoptar las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias. Por tanto, tales medidas no pueden producir diferencias en las condiciones de acceso a los medicamentos y productos sanitarios financiados por el Sistema Nacional de Salud, catálogo y precios, debiendo ser homogéneas para la totalidad del territorio español y sin producir distorsiones en el mercado único de medicamentos y productos sanitarios.

Sin embargo, dichas condiciones de igualdad entendemos que se ven alteradas en Andalucía con la subasta de medicamentos, pues los andaluces sólo pueden acceder a los

c) *Elaboración de un catálogo de buenas y malas prácticas que tienen efectos sobre la unidad de mercado, que será aprobado por el Consejo para la Unidad de Mercado.*

d) *Elaboración y difusión de indicadores de calidad normativa respecto a la unidad de mercado y su impacto económico.*

e) *Gestión de los mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la unidad de mercado en el marco de lo previsto en el Capítulo VII de la Ley.*

f) *Elaboración de un informe de carácter semestral sobre las letras anteriores con conclusiones y, en su caso, recomendaciones para la revisión o reforma de marcos jurídicos.*

g) *Articulación de acciones de cooperación y actividades conjuntas entre autoridades competentes.*

⁷⁵ Al contenido del informe puede accederse en el siguiente enlace: <http://www.mineco.gob.es/stfls/mineco/economia/gum/ficheros/SANIDADMedicamentos.pdf>

⁷⁶ Y en el mismo sentido se recoge en el art. 91 del Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, que ha venido a derogar a la Ley 29/2006, de 26 de julio.

medicamentos previamente seleccionados, lo que, en definitiva, supone un acceso a la prestación farmacéutica más restringida que los residentes en otras Comunidades Autónomas. En este sentido, es preciso recordar que el Tribunal Constitucional ha declarado que los criterios de igualdad y equidad, en el ámbito de las prestaciones sanitarias, obligan al Estado a garantizar un mínimo común denominador, es decir, un nivel mínimo que debe ser compatible con el desarrollo de situaciones diferenciales en su contenido, formas o requisitos de aplicación⁷⁷. Ello significa que la regulación básica establecida por el Estado, no habilita para exigir o imponer a las Comunidades Autónomas una uniformidad total y absoluta en el nivel de las prestaciones sanitarias, pero sí que todas las Comunidades Autónomas contando con más recursos puedan llegar a que todos los ciudadanos tengan garantizada la igualdad en el servicio público sanitario, y concretamente el farmacéutico.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Constitucional ha establecido, en su sentencia 136/2012, que la decisión acerca de quiénes deban ser beneficiarios de las prestaciones sanitarias y cuáles sean dichas prestaciones, pertenece indudablemente al núcleo de lo básico, pues define los ámbitos subjetivo y objetivo de la propia materia. En efecto, la definición de quiénes pueden considerarse asegurados y en consecuencia tener acceso al Sistema Nacional de Salud, así como las concretas prestaciones sanitarias que deben ser garantizadas a todos ellos, por integrarse en la cartera común, permite establecer un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, el acceso a la sanidad por parte de todos los ciudadanos incluidos en el ámbito subjetivo de la norma, con independencia de su lugar de residencia.

En consecuencia, forma lógicamente también parte del ámbito de lo básico la concreta definición de las diferentes modalidades de prestaciones sanitarias comunes (básicas, suplementarias o de servicios accesorios). Además, también por aplicación de la jurisprudencia constitucional (SSTC 98/2004, de 25 de mayo y 22/2012, de 16 de febrero) cabe considerar como básica la definición del sistema de financiación de la sanidad, lo que incluye tanto la garantía general de financiación pública como, dentro de esta garantía, los supuestos en los que algunas prestaciones comunes que no son básicas (las suplementarias y de servicios accesorios) pueden estar sujetas a una financiación adicional con cargo al usuario del servicio (tasa o copago). En efecto, sostiene el Tribunal que *«la definición de la modalidad de financiación aplicable a las diferentes prestaciones sanitarias, y en qué supuestos procede el pago de aportaciones por sus destinatarios, tiene una incidencia central en la forma de prestación del propio servicio, constituyendo así también un elemento nuclear del propio ámbito objetivo de las prestaciones sanitarias, que en consecuencia debe ser regulado de manera uniforme, por garantizar el mínimo común de prestaciones sanitarias cubierto por financiación pública en todo el territorio nacional»*. Dichas bases habilitan un margen para el desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas de su propia política sanitaria. Éstas podrán, respetando el mínimo formado por las carteras

⁷⁷ SSTC 37/1987, de 26 de marzo, 14/1998, de 22 de enero y 54/1990, entre otras.

comunes, aprobar sus propias carteras de servicios y establecer servicios adicionales para sus residentes.

En definitiva, como decíamos anteriormente, las Comunidades Autónomas podrán mejorar el mínimo estatal, pero en ningún caso empeorarlo, y parece que con la subasta de medicamentos, el derecho a la igualdad en el acceso a los medicamentos se ve conculcado al limitar la cartera de servicios farmacéuticos de carácter básico establecida para el conjunto del Sistema Nacional de Salud. En cualquier caso, tendremos que esperar a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para determinar si el procedimiento de subasta de medicamentos implantado en Andalucía respeta las competencias exclusivas del Estado en la materia y es conforme a la normativa básica estatal.

V. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, E.M., *Régimen jurídico de la asistencia sanitaria pública: Sistema de prestaciones y coordinación sanitaria*, Ed. Comares, 2007.

ARIÑO ORTIZ, G. *El nuevo servicio público*, Ed. Marcial Pons, Madrid 1997.

BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «Las competencias autonómicas sobre ordenación farmacéutica y la Ley del medicamento», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 11, 1991.

BELTRÁN AGUIRRE, J.L., «La propiedad y la titularidad de oficinas de farmacia: su reformulación a la luz del interés público», *Revista Derecho y Salud*, Vol.5, núm. 2, 1997.

DIEZ-PICAZO L.M. «La idea de servicios de interés económico general» *Revista Española de Derecho europeo* núm. 2, 2002.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.J., «La planificación farmacéutica», *Revista Derecho y Salud*, Vol. 6, núm. 1, 1998.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. «Empresa pública y servicios público: el final de una época», *Revista Española de Derecho administrativo*, núm. 81, 1996.

FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R. «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy» *Revista de Administración Pública*, núm. 150, 1999.

GARRIDO FALLA, F. «El concepto de servicio público en Derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994.

GONZÁLEZ CUETO, T. Informe: El concepto de profesión regulada a que se refiere el documento la organización de las enseñanzas universitarias en España. Ministerio de Educación y Ciencia. 2007.

GONZALEZ-VARAS IBAÑEZ, S. «Del servicio público a la regulación: ¿y de la regulación a la desregulación?», *Derecho de los negocios*, 2001.

MALARET GARCIA, E. (dir.) *Régimen jurídico de los servicios públicos*. CGPJ, Madrid, 1997.

MARTÍN MATEO, R., «La ordenación de las oficinas de farmacia», *Revista Derecho y Salud*, Vol.3, núm. 1, 1995, pág. 167.

MARTIN REBOLLO, L., «De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica» *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983.

MORENO TORAL, E., «Planificación farmacéutica y procedimientos de autorización de farmacias en Andalucía», *Actualidad Profesional. Derecho farmacéutico*, vol 23, núm.2, 2004, pág.69.

MUÑOZ MACHADO, S. *Servicio público y Mercado. Fundamentos*. Civitas Madrid, 1998

RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., «La competencia de las Comunidades Autónomas y de la Comunidad Foral de Navarra sobre ordenación farmacéutica», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 20, 1995, págs.. 69 a 94.

SENDIN GARCÍA, M.A. *Hacia un servicio público europeo: el nuevo derecho de los servicios públicos*. Comares, Granada, 2000.

SOUVIRÓN MORENILLA, J.M. *La actividad de la Administración y el servicio público*. Comares, Granada, 1998.

TRONCOSO REIGADA, A. «Dogmática administrativa y derecho constitucional. El caso del servicio público» *Revista española de Derecho Constitucional* núm. 57, 1999.

VILLAR ROJAS, *Privatización y servicios públicos*. Tecnos, Madrid, 1993.

Capítulo IV INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA EN SALUD EN ANDALUCÍA

Manuela Mora Ruiz

I. COMPETENCIAS ESTATUTARIAS Y MARCO LEGAL GENERAL PARA LA ORDENACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN SALUD

La salud, en tanto que ámbito de actuación de los poderes públicos, ha de identificarse como una materia compartida entre Estado y Comunidades Autónomas que, sin embargo, se estructura de forma peculiar, en tanto en cuanto el modelo existente de Sanidad Pública es un modelo integrado territorialmente¹. Por tanto, cualquiera que sea el sector desde el que nos aproximemos a la ordenación concreta del sistema sanitario, debe producirse un encaje perfecto entre las previsiones estatales y las políticas autonómicas en materia de salud que no provoque distorsiones en los derechos de los ciudadanos, y, sobre todo, garantice la dignidad de la persona en tanto que paciente y/o usuario del sistema, sin perjuicio del elemento territorial².

¹ Esta es la caracterización que lleva a cabo el Prof. LÓPEZ GONZÁLEZ en relación con el actual sistema sanitario, «como un sistema público territorialmente integrado y de carácter básico», en el que concurren el derecho constitucional a la protección de la salud y el deber de los poderes públicos de tutelar dicho bien jurídico, en el marco del Estado descentralizado: al respecto, véase J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, «La sanidad y el derecho a la protección de la salud en el Estatuto de Autonomía para Andalucía», en J.M^a PÉREZ MONGUIÓ/ S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El Derecho de Salud de Andalucía: el Sistema Sanitario Público*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía, Sevilla, 2015, p.21.

² Véase T. DE LA QUADRA-SALCEDO, «Igualdad de derechos de los pacientes y cohesión del sistema nacional de salud», en L. PAREJO/A. PALOMAR/M. VAQUER (Coords.), *La reforma del sistema Nacional de Salud: Cohesión, calidad y Estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 12 y 13. El autor señala que las normas más recientes, como la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, han favorecido un cambio en el modelo sanitario, orientado ahora hacia una «subjetivización de la perspectiva sanitaria», reforzada por el proceso de descentralización de competencias en esta materia.

Desde esta perspectiva, el art. 149.1.16ª CE, en el marco de un mandato genérico de los poderes públicos de «organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y servicios necesarios» del art. 43.2 CE, atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre las bases y coordinación general de la sanidad³.

En este sentido, la Comunidad Autónoma de Andalucía, garantiza, en primer término, el derecho constitucional previsto en el art. 43 CE «a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal» tal y como se recoge en el art. 22.1 del Estatuto de Autonomía (en adelante, EAA); y, en segundo lugar, proyecta esta garantía a través de la atribución de su «competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios, así como, en el marco del artículo 149.1.16.ª de la Constitución, la ordenación farmacéutica» (art.55.1 EAA). Sin embargo, el precepto estatutario añade un ámbito diferente en esta competencia, relativo a la «investigación con fines terapéuticos, sin perjuicio de la coordinación general del Estado sobre esta materia»⁴. En consecuencia, y en lo que interesa a este Trabajo, las competencias autonómicas en materia de salud tienen en Andalucía, un ámbito cualificado de desarrollo cual es la investigación con fines terapéuticos, en la medida en que ello constituye una línea de desarrollo del Sistema Sanitario Público de la Comunidad Autónoma⁵, que ha de asumir, así, el fin específico de mejora de la salud y la calidad de la vida de las personas⁶

³ El precepto también otorga al Estado la competencia exclusiva sobre la Sanidad Exterior y legislación sobre productos farmacéuticos. En contraposición, el art. 55.2 Estatuto de Autonomía de Andalucía (aprobado por la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo) reconoce la competencia de la Comunidad Autónoma en esta materia en los términos siguientes: «Corresponde a la Comunidad Autónoma de Andalucía la competencia compartida en materia de sanidad interior y, en particular y sin perjuicio de la competencia exclusiva que le atribuye el artículo 61, la ordenación, planificación, determinación, regulación y ejecución de los servicios y prestaciones sanitarias, sociosanitarias y de salud mental de carácter público en todos los niveles y para toda la población, la ordenación y la ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos, incluyendo la salud laboral, la sanidad animal con efecto sobre la salud humana, la sanidad alimentaria, la sanidad ambiental y la vigilancia epidemiológica, el régimen estatutario y la formación del personal que presta servicios en el sistema sanitario público, así como la formación sanitaria especializada y la investigación científica en materia sanitaria». Además, «corresponde a Andalucía la ejecución de la legislación estatal en materia de productos farmacéuticos», ex art. 55.3 EAA.

⁴ El anterior art. 13.21 del Estatuto para Andalucía sólo recogía la competencia genérica en materia de sanidad e higiene, sin perjuicio del art. 149.1.16ª CE; por su parte, el art. 13.29 disponía que la Comunidad Autónoma tenía competencia exclusiva en investigación y sus instituciones, sin perjuicio, igualmente, de lo dispuesto en el art. 149.1.15ª.

⁵ Téngase en cuenta que el art. 22.2.f) EAA reconoce el derecho al «consejo genético y la medicina predictiva» de los pacientes y usuarios del sistema andaluz de salud, lo que supone admitir una determinada dirección de investigación en el desarrollo de este sistema. Sobre el significado de este derecho en relación con el impulso de la investigación, véase J.I. LÓPEZ GONZÁLEZ, «La sanidad y el derecho a la protección de la salud en el Estatuto de Autonomía para Andalucía»,...*op.cit.* p.63.

⁶ *Ibidem*, p.35.

La investigación científica en el ámbito de la salud, o investigación biomédica, si acogemos la terminología de las normas más recientes⁷, ocupa, pues, un lugar específico entre las competencias autonómicas en materia de salud que, sin embargo, deberá adecuarse a las previsiones constitucionales sobre la investigación, teniendo en cuenta que la intervención de la Administración autonómica ha de tener lugar en el marco del art. 44.2 CE, en cuya virtud «los poderes públicos promoverán la ciencia y la investigación científica y técnica en beneficio del interés general». Por tanto, debe señalarse que, cualquiera que sean los instrumentos de promoción que se planteen en la Comunidad Autónoma, la investigación biomédica habrá de orientarse al interés público, considerado de forma objetiva⁸, y, de acuerdo con la competencia exclusiva del Estado sobre fomento y coordinación general de la investigación científica y técnica.

Desde esta perspectiva, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, incluye un Título dedicado a la Docencia y la Investigación, en el que viene a establecer *grosso modo* el régimen de colaboración y conciertos entre profesionales sanitarios e Instituciones de Docencia, con especial protagonismo de las Universidades⁹.

Junto a ello, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud¹⁰, dedica el Capítulo IV a la investigación en materia de salud¹¹, estableciendo una regulación mínima desde la perspectiva del Estado, ya que el art. 44 de la norma, establece las funciones de garantía y fomento de la investigación que han de corresponderle al Estado, y el art. 45 establece el procedimiento para que la iniciativa sectorial de investigación en salud tenga cabida en el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación tecnológica, de acuerdo con lo apuntado sobre el art. 149.1.15ª CE¹².

A nuestro juicio, las previsiones legales expuestas no permiten reconocer una ordenación de la investigación en materia de salud de carácter general e integral, lo que plantea la necesidad

⁷ En particular, la denominación de la propia Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre Investigación Biomédica, aunque la norma no proceda definir exactamente en qué consiste la misma.

⁸ Se trata de una puntualización que cobra especial sentido cuando la investigación se lleva a cabo con seres humanos, en la medida en que el interés público se convierte en rasero de legitimación de dicha actividad investigadora, sin perjuicio de los beneficios individuales que puedan lograrse para la persona que forma parte de la investigación concreta, en tanto que objeto de la misma. Al respecto, véase J. SÁNCHEZ CARO «Consentimiento informado y salud», en AA.VV., *Salud Pública y Derecho Administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, V/2004, p.166.

⁹ Son sólo dos artículos los que integran este Título, 104 y 105, dándonos una idea de lo limitado de esta regulación de carácter general.

¹⁰ BOE núm. 128, de 29 de mayo.

¹¹ El Capítulo dedica, así, la Sección 1 a la *Investigación en Salud*, y la Sección 2 al *Instituto de Salud Carlos III*.

¹² Sobre el significado de este tipo de planes, véase C. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «La intervención de la Administración en la Educación, la Ciencia y la Investigación», en E. LINDE PANIAGUA, (Coor.), *Parte Especial del Derecho Administrativo*, Ed. Colex, 2007, p. 631.

de acudir a las leyes especiales aprobadas con este objeto en el nivel del Estado para conocer las líneas de la legislación básica que han de estar presentes en la investigación sobre salud¹³, aunando los dos títulos competenciales considerados.

En este contexto, la Comunidad Autónoma andaluza viene a reproducir el modelo estatal señalado, en el sentido de que la investigación en salud es objeto de regulación en leyes de carácter general ordenadoras de este sector, pero precisa una regulación específica en atención a los diversos ámbitos sectoriales en los que vaya a llevarse a cabo dicha actividad investigadora. Así, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía¹⁴ dedica el Título VIII a la «Docencia e Investigación sanitarias», contemplando un mínimo de referencias a la investigación en los términos siguientes:

En primer lugar, se establece un mandato genérico de fomento por parte de las Administraciones Públicas de las actividades de investigación sanitaria, en el marco del Sistema Sanitario Público de Andalucía, y «como elemento fundamental para su progreso», de forma que es claro el interés general y objetivo de esta investigación, con una clara orientación de progreso del modelo sanitario territorial (art. 78.4 Ley 2/1998¹⁵).

En segundo término, la Consejería competente en materia de Salud, sin perjuicio de las competencias de otros órganos de la Administración de la Junta de Andalucía¹⁶, asume diferentes funciones en relación con la investigación que dan carta de naturaleza a la obligación legal de fomento de esta investigación. Así, la Consejería participa «en la definición de las políticas de investigación y en el establecimiento de las prioridades con respecto a la investigación en materia de salud», interviene en la elaboración de los programas de investigación y de asignación de recursos en materia de investigación y ha de «fomentar la investigación en relación a los problemas y necesidades de salud

¹³ A modo de ejemplo, piénsese en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción Humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo); y Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio).

¹⁴ BOJA núm. 74, de 4 de julio.

¹⁵ Téngase en cuenta que el artículo es el único que integra el Capítulo I del Título VII de la Ley, dedicado a los principios generales.

¹⁶ El Decreto 208/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y Servicio Andaluz de Salud (BOJA núm. 136, de 15 de julio) crea la Secretaría General de Investigación, Desarrollo e innovación en Salud, así como la Dirección General de Investigación y Gestión del Conocimiento, ex art. 2. La Secretaría en cuestión está adscrita a la Viceconsejería de Salud, asumiendo, entre otras funciones, «el impulso, desarrollo y coordinación de la política de investigación, desarrollo e innovación de la Consejería de Salud, así como la política de gestión del conocimiento» (art. 6.1.a). Por su parte, la Dirección General desempeña funciones de carácter ejecutivo, como «la autorización de los proyectos de investigación biomédica de conformidad con la normativa vigente» (art. 10.b)).

de la población de Andalucía¹⁷» (art. 79.1.a), b) y c), respectivamente), con el límite del pleno respecto a los derechos de los usuarios¹⁸, tal y como dispone el art. 79.2 de la Ley 2/1998.

Finalmente, la investigación en salud que se desenvuelve en el Sistema Sanitario Público de Andalucía dispone de una herramienta fundamental consistente en la coordinación con las Universidades, especialmente mediante la firma de los oportunos conciertos, a fin de establecer programas de investigación¹⁹. Desde esta perspectiva, ha de destacarse que las Universidades formarían parte del llamado Sistema Andaluz del Conocimiento, definido por el art. 2.b) Ley 16/2007, de 3 de diciembre, de la Ciencia y el Conocimiento de la Comunidad Autónoma, como «el conjunto de recursos y estructuras públicas y privadas que interactúan para promover la generación, desarrollo y aprovechamiento compartido del conocimiento»²⁰. Las Universidades constituirán, así, una pieza clave de esta investigación finalista a la que ya se ha aludido²¹, teniendo proyección directa en la docencia en este sector, tal y como se refleja en el art. 79.1.d), al atribuir a la Consejería la función de «llevar a cabo o coordinar, si procede, programas de investigación y estudios en ciencias de la salud». A mi juicio, se trata de una concepción integradora de las políticas que la Junta de Andalucía puede desarrollar en materia de salud, en el sentido de que investigación y docencia son elementos estructurales del Sistema Sanitario Público Andaluz (en adelante, SSPA)²².

¹⁷ Téngase en cuenta la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (BOJA núm. 255, de 31 de diciembre), cuyo art. 94.1 dispone que la «Administración sanitaria pública de Andalucía promoverá la investigación científica en materia de salud pública como instrumento para la mejora y protección de la salud de la población, conforme a las prioridades marcadas por el Plan Andaluz de Salud y teniendo en cuenta las recomendaciones de los diversos planes y políticas relacionados con la investigación en Andalucía, en los ámbitos nacional y europeo».

¹⁸ El art. 9 de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, de Ciencia y Conocimiento de Andalucía (BOJA núm. 250, de 21 diciembre) exige que las actividades de investigación se realicen de acuerdo a los principios éticos y de responsabilidad social, previendo la creación, con carácter general y sin perjuicio de las especialidades, de un Comité de Ética, adscrito a la Consejería competente en materia de I+D+i. En el caso de la investigación biomédica este tipo de solución organizativa de carácter consultivo constituye una pieza clave de la ordenación del sector que nos ocupa. A ello nos referiremos en el siguiente epígrafe de este Trabajo.

¹⁹ Art. 78.3 en relación con el art. 79.2 Ley 2/1998.

²⁰ El IV Plan Andaluz de Salud dispone, en el objetivo 6.3.1, que el Sistema Sanitario Público de Andalucía «potenciará su papel como agente clave en la generación del conocimiento, en el desarrollo tecnológico y en la innovación en el ámbito de la salud» (accesible en: http://www.juntadeandalucia.es/salud/export/sites/cs salud/galerias/documentos/c_1_c_6_planes_estrategias/plan_estrategico_investigacion_desarrollo_innovacion/lmasl_2014/03_analisis.pdf, p. 24, visitada el 8 de febrero de 2016).

²¹ Al respecto, véase M. CUETO PÉREZ, *Régimen Jurídico de la investigación científica: la labor investigadora en la Universidad*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2002, *in totum*.

²² En este sentido, con carácter previo, el art. 78.2 de la norma analizada conecta, en cierta medida, investigación y docencia, en tanto en cuanto impone al Gobierno de la Junta de Andalucía la obligación de velar para que la formación de los profesionales de salud «consiga una mejor adecuación a las necesidades del Sistema

Por otro lado, el fomento y promoción de la investigación se concreta en la actividad de programación en materia de investigación, en el marco de los Planes Andaluces de Salud.

En el momento de escribir estas líneas se encuentra vigente el IV Plan, en cuya virtud se ha aprobado la Estrategia I+i 2014-2018 de Investigación e Innovación en Salud de Andalucía²³. Entre las líneas estratégicas previstas destaca la obtención de resultados, transferencia y aplicabilidad asistencial y tecnológica de los conocimientos resultantes, junto a la excelencia científica (línea 1); o «la resolución de problemas de salud de la población», de acuerdo con los Planes de Salud de Andalucía, y en conexión con otras estrategias sectoriales de alcance nacional o europeo²⁴ (línea 2). Por otra parte, la investigación en salud en la Comunidad Autónoma debe constituir una pieza fundamental del Sistema Sanitario Público de Andalucía, con especial proyección o relación con la docencia, tal y como antes se ha señalado²⁵. Con ello, es claro que se consolida «un sistema estable de investigación» dentro del aludido Sistema Sanitario (línea 8).

Por otro lado, la Estrategia concreta parte de sus objetivos, limitando el carácter programático de los mismos, mediante la inclusión y descripción de Programas Singulares de investigación, en los que se espera, como señala el documento analizado, «un producto definido», de forma que disponen de una organización específica y una dirección ejecutiva propia. Desde esta perspectiva, deben destacarse los Programas de Innovación en Salud²⁶, Investigación Clínica, e Iniciativa Andaluza de Terapias Avanzadas (esto es, terapia celular y medicina regenerativa; genética clínica y medicina genómica y nanomedicina); así como la previsión de Proyectos Específicos, relativos a la *Historia*

Sanitario Público de Andalucía», lo cual debe incluir, como ya ha quedado expuesto, el impulso de la investigación biomédica.

²³ http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/temas/temas_es/P_5_INVESTIGACION_DESARROLLO_INNOVACION/P_1_PLAN ESTRATEGICO_INVESTIGACION/

²⁴ No debe olvidarse la importancia creciente del llamado Horizonte 2020, y el peso de la investigación orientada hacia los retos de la Sociedad. En este sentido, son tres las acciones específicas o ejes comunes que establece la Estrategia andaluza, a fin de converger con las políticas públicas europeas y nacionales, a saber: a) Impulsar un modelo de ciencia excelente, a través del fomento y apoyo de los investigadores e investigadoras, principalmente; b) Potenciar el liderazgo empresarial en I+D+i, con especial preocupación sobre los cambios administrativos y estructurales necesarios para hacer más ágiles y competitivos a los centros del Sistema Sanitario Público Andaluz; c) Realizar una investigación orientada a los aludidos retos, entre otros: igualdad, consolidación de la ética de la investigación, participación de los profesionales y ciudadanía en el diseño y desarrollo de políticas de investigación, y transparencia (pp.32 y ss).

²⁵ Específicamente, la línea 3 propone «consolidar la investigación como línea de actividad/producción del Sistema Sanitario Público de Andalucía, incluyéndola junto a la asistencia y docencia en todas las estrategias y procesos del Sistema» (p. 30 del documento).

²⁶ Véase pp. 37 y ss de la Estrategia.

*Digital de Salud como plataforma de investigación, y Centro de Investigación en Salud Pública*²⁷.

En definitiva, lo expuesto hasta este momento nos ofrece las líneas esenciales sobre las que la investigación en la Comunidad Autónoma de Andalucía puede desenvolverse, en tanto que elemento integrador y necesario para el desarrollo del SSPA. Con ello, se ha pretendido esbozar el marco general de esta actividad en el sector de la salud, a fin de poder analizar la ordenación concreta de la investigación

En este sentido, y con ello concluimos este epígrafe, la ausencia de una ordenación general de la investigación, de las vías de intervención de la Administración y de los límites de esta actividad, llevan, necesariamente, a la consideración detenida de la investigación regulada por normas especiales, que delimitan la investigación relativa a la salud de las población, en tanto en cuanto se trata de una actividad en la que el objeto y el sujeto de la investigación es el ser humano, lo que otorga unos perfiles específicos tanto a las fórmulas de control y supervisión de esta investigación como a su desarrollo. A ello dedicaremos los siguientes epígrafes.

II. INVESTIGACIÓN BIOMÉDICA

La regulación de la llamada investigación biomédica, en tanto que investigación científica (en contraposición a la investigación sanitaria o clínica en sentido estricto), presenta gran complejidad, derivada, en primer lugar, del hecho mismo de identificar qué investigación es la que se asocia a resultados de salud o se desenvuelve en dicho ámbito, teniendo en cuenta que no existe definición legal al respecto²⁸. Desde esta perspectiva, es la orientación finalista de dicha investigación y su potencial para mejorar la salud y el bienestar de las personas la que permite identificar un cierto ámbito de desarrollo en el que es necesaria la articulación de un marco jurídico²⁹.

²⁷ Este Centro ya estaba previsto en el art. 46 Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, de acuerdo con el art. 33 de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andaluza de la Ciencia y del Conocimiento, como «organización donde se integran personas al servicio de la investigación y grupos de investigación, y que tiene como objeto primordial la investigación, el desarrollo y la innovación en materia de salud pública, bajo el principio de fomento de la calidad y la excelencia científica de los proyectos y actuaciones».

²⁸ Al respecto, véase J.R. SÁNCHEZ PATRÓN, «Los límites a la investigación genética en el marco jurídico-internacional y europeo», en F. SALCEDO BELTRÁN, (Coor.), *Investigación, genética y Derecho*, Tirant Monografías, Valencia, 2008, p. 241. Es interesante destacar que el autor diferencia esta investigación de prácticas médicas ya aceptadas, que pueden representar innovación en la materia, pero que no incorporan un elemento de progreso cualitativo característico de la investigación biomédica. En línea similar, F. FONSECA FERRANDIS, «Autorizaciones en materia de investigación biomédica», en L. PAREJO ALFONSO, (Dir.), *Autorizaciones y licencias, hoy: un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 531, 532.

²⁹ En este sentido, F. FONSECA FERRANDIS, *ibidem*, insiste en la indefinición de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica, en el sentido de que su ámbito de aplicación parece situarse de forma genérica

En este sentido, la investigación biomédica ha sido objeto de regulación en la Comunidad Autónoma en dos momentos diferentes, vinculados, asimismo, a la evolución de la investigación científica orientada a la lucha contra enfermedades crónicas y graves como Diabetes, Parkinson, Alzheimer, Corea de Huntington, o lesiones de médula espinal, y bajo el paraguas de normas estatales que también han abordado estas líneas de investigación³⁰. Desde esta perspectiva, dos son los hitos fundamentales de la regulación autonómica en esta materia que muestran la evolución en las técnicas y el objeto de la investigación biomédica desde una perspectiva estrictamente científica: en primer lugar, la aprobación de la Ley 7/2003, de 20 de octubre, que regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación *in vitro*³¹, una vez se reconoce el potencial de las células madres embrionarias en relación con la reproducción indefinida y originaria de distintos tipos de células especializadas (así lo señala la Exposición de Motivos de la norma). En segundo término, la Ley 1/2007, de 16 de marzo, de Investigación de Reprogramación Celular Terapéutica³², en cuya virtud es posible, y como novedad frente a la investigación con células madre, que «una célula adulta diferenciada retroceda en su etapa adulta hasta convertirse en una célula pluripotencial que puede, a su vez, evolucionar posteriormente a distintas células...». A ello deben sumarse las normas reglamentarias aprobadas en desarrollo de estas leyes y que serán objeto de análisis, así como la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, reguladora del Consejo Genético, de protección de los

tanto en la investigación médica básica, como en la clínica, con excepción de los ensayos clínicos que disponen de régimen jurídico propio (p. 533)

³⁰ Específicamente, hay que hacer referencia a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (BOE núm. 126, de 27 de mayo) y la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica (BOE núm. 159, de 4 de julio). Así, se ha destacado por alguna autora la relevancia del marco jurídico creado por ambas normas, con el objetivo de dotar a esta materia de una cierta seguridad y estabilidad jurídica en relación con las conductas admisibles desde el punto de la investigación científica y cuáles no. En este sentido, piénsese en el art. 11.4 de la Ley 14/2006, que admite la donación de preembriones criopreservados, o el art. 12 en relación con la técnica del diagnóstico preimplantacional, y el art. 33.2 de la Ley 14/2007 respecto de la llamada «clonación terapéutica»: véase C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Los nuevos perfiles de licitud administrativa y penal de las técnicas genéticas (a propósito de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida y la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica», en F. SALCEDO BELTRÁN, (Coor.), ...*op.cit.*, pp. 268 a 270. Asimismo, cfr. C. SAIZ GARCÍA, «La investigación biomédica con seres humanos: especial referencia a la responsabilidad administrativa derivada de la misma», en F. SALCEDO BELTRÁN, (Coor.),...*op.cit.*p. 156: la autora considera que la Ley 14/2007, de 3 de julio, crea el marco legal necesario para la investigación que no consiste en ensayos clínicos farmacológicos, sometidos al Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, que ha sido recientemente derogado por el Real Decreto 1090/2015, de 4 de diciembre, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos, los Comités de Ética de la Investigación con medicamentos y el Registro Español de Estudios clínicos (BOE núm. 307, de 24 de diciembre).

³¹ BOJA núm. 210, de 31 de octubre. La Ley fue objeto de recurso de inconstitucionalidad por el Presidente del Gobierno, el 16 de diciembre de 2003; sin embargo, el Auto 232/2004, de 7 de junio, del TC acuerda tener por desistido al Abogado del Estado en relación con el recurso presentado. En este sentido, téngase en cuenta el Dictamen del Consejo de Estado de 22 de enero de 2004 en relación con la posible invasión de competencias por parte de la Comunidad Autónoma. No obstante lo anterior, la Ley ha sido modificada por la Ley 4/2014, de 9 de diciembre (BOJA núm. 243, de 15 de diciembre).

³² BOJA núm. 63, de 29 de marzo. También modificada por la Ley 4/2014, de 9 de diciembre.

derechos de las personas que se someten a análisis genéticos y de los Bancos de ADN en Andalucía, complementaria de las anteriores en aspectos particulares.

Por otro lado, la complejidad de la regulación de esta investigación también deriva del resultado de la misma o, con mejor criterio, de qué se puede conseguir o hasta dónde se puede llegar con los avances científicos o de acuerdo con el conocimiento de la ciencia; a ello debe añadirse la especialidad del objeto mismo de estudio, que precisa realizarse en seres humanos. Desde la primera perspectiva, se trata de establecer determinados límites éticos y legales que impidan fenómenos que atenten contra los derechos y libertades de las personas³³: las normas que van a considerarse en este Trabajo hacen de la creación y existencia de órganos de asesoramiento a nivel ético, un elemento fundamental del modelo de ordenación que diseñan, junto a la exigencia de autorizaciones administrativas de los centros de investigación y/o de los proyectos, a fin de introducir la ponderación de bienes jurídicos en juego y asegurar la independencia y objetividad de la decisión administrativa³⁴.

La regulación, por tanto, de los Comités Éticos junto a los procedimientos autorizatorios son elementos comunes en las normas estatales y en las autonómicas citadas que abordan la investigación con células madres en un primer momento, y la llamada reprogramación celular, en un momento posterior, en el marco, más amplio, de la investigación biomédica. La exigencia de ambos requisitos se convierte, en este sentido, fundamental para asegurar un cierto equilibrio entre las necesidades y el interés general, y el particular de quien padece la enfermedad.

Por su parte, la investigación debe llevarse a cabo sobre seres humanos, y, en este sentido, el consentimiento de progenitores en el caso de los preembriones humanos, y del propio paciente en otro tipo de investigaciones constituyen un elemento legitimador imprescindible de la actividad investigadora que, sin embargo, precisa garantías para evitar situaciones de abuso o de menosprecio de la dignidad humana³⁵. Los requisitos formales que aseguran el pleno conocimiento del paciente o usuario que va a prestar su consentimiento informado operan como válvulas de seguridad de este elemento que, sin embargo,

³³ Sobre el anclaje constitucional de esta investigación y la garantía de integridad física y psíquica de las personas, véase L. JIMENA QUESADA, «Perfiles constitucionales de la investigación biomédica», en F. SALCEDO BELTRÁN, (Coor.),...*op.cit.* pp. 38 y 39. El autor pone el acento en el art. 3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE (2000/C 364/01), que, tras reconocer el derecho a la aludida integridad de la persona, especifica los límites y garantías que deben existir en el ámbito de la medicina y la biología, destacando la exigencia de consentimiento libre e informado, de acuerdo con la oportuna regulación legal (art. 3.2.a)) y la prohibición de la clonación reproductora de seres humanos (letra d)). En este sentido, el autor insiste en que el fin de estas normas es la protección de la persona frente a los avances científicos y la salvaguarda de la dignidad humana.

³⁴ Véase J., SÁNCHEZ CARO, «Consentimiento informado y salud»,...*op.cit.* p. 166.

³⁵ En este sentido, el consentimiento informado se ha conceptualizado como la manifestación jurídica del principio de autonomía del paciente, que, sin embargo, no es absoluto ni desde la perspectiva de los intereses generales, ni la individual, en la medida en que no puede ponerse en riesgo la dignidad de la persona: al respecto, véase J., SÁNCHEZ CARO, «Consentimiento informado y salud», ...*op.cit.*pp. 158, 163.

no debe percibirse de forma aislada, sino como parte de un sistema integrado con las garantías éticas ya referidas y el sistema de autorizaciones que va a exponerse³⁶. En este sentido, es claro el protagonismo de la Administración autonómica en la articulación de la investigación biomédica, con competencias no sólo en el desarrollo normativo de las bases, sino, también, en la ejecución de la misma a través del SSPA.

En definitiva, la ordenación de la investigación biomédica se justifica, en primer término, por la necesidad de crear un marco capaz de generar progreso para la sociedad en forma de nuevos tratamientos o soluciones a enfermedades concretas, y, en segundo término, por el hecho de que los fines científicos y terapéuticos no son ilimitados, precisándose el establecimiento de garantías y límites. Se insiste, así, en el hecho de que la investigación en salud, como actividad intelectual³⁷, es libre, pero no constituye un poder absoluto; antes al contrario, las normas deberán atender al investigador y su autonomía y aceptabilidad, a la ejecución del proyecto investigador concreto y a los resultados que se obtengan, que han de encontrar el equilibrio entre las necesidades de difusión y conocimiento y la protección de los intereses de los pacientes³⁸.

1. Investigación con preembriones humanos

La Ley 7/2003, de 20 de octubre, que regula la investigación en Andalucía con preembriones humanos no viables para la fecundación *in vitro* encabeza el primer bloque de normas andaluzas que han procedido a la regulación de la investigación en salud de carácter sectorial. Desde esta perspectiva, la Ley se aprueba en el marco de la Ley estatal 35/1988, de 22 de noviembre, sobre técnicas de reproducción asistida³⁹, en un intento de esclarecer el debate social y científico existente en relación con la utilización de preembriones sobrantes de los procesos de reproducción humana asistida, en el sentido de reconocer la valía de los mismos como fuente de células madres preembrionarias⁴⁰.

³⁶ *Ibidem*, nota al pie 32, p. 165.

³⁷ Tal y como dispone el art. 20.1.b) CE.

³⁸ Hacemos nuestras las consideraciones de J.R. SÁNCHEZ PATRÓN, «Los límites a la investigación genética en el marco jurídico-internacional y europeo»...*op.cit.* p. 243. En línea similar, L. JIMENA QUESADA, «Perfiles constitucionales de la investigación biomédica»...*op.cit.*p. 61, con especial consideración del Protocolo Adicional al Convenio sobre Derecho Humanos y Biomedicina (firmado en Oviedo el 4 de abril de 1997) relativo a la investigación biomédica, de 30 de junio de 2004.

³⁹ BOE núm. 282, de 24 de noviembre. La Ley 35/1988 permitía la posibilidad de críoconservación de los preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación *in vitro*, en tanto que no habían sido transferidos al útero, por un plazo máximo de 5 años, sin especificar el destino de estos preembrione (así se señala en la Exposición de Motivos de la Ley autonómica que analizamos). En este contexto, se planteaba la necesidad de utilizar los preembriones con fines de investigación, en primer término, y de forma terapéutica, en segundo lugar.

⁴⁰ Sobre los requisitos temporales y límites en la investigación con preembriones humanos sobrantes en la Ley 35/1988, véase G. ORTEGA REINOSO, «Biotecnología y derechos de la persona. El destino de los preembriones sobrantes», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 15/2015, pp. 3, 4.

En este sentido, la norma andaluza debe ser compatible con la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción Humana asistida, cuyo capítulo IV se refiere a la investigación con gametos y preembriones humanos⁴¹, dictado al amparo del art. 149.1.15ª CE⁴². Junto a ello, la Ley 7/2003, de 20 de octubre, ha sido objeto de modificación por la Ley 4/2014, de 9 de diciembre, que ha procedido a la sustitución del Comité de Investigación con Preembriones Humanos y del Comité de Investigación de Reprogramación Celular (previsto en la Ley 1/2007, de 16 de marzo, que regula la investigación en reprogramación celular) por un único órgano de evaluación de proyectos, esto es, el Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes, de acuerdo con el artículo 37.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre Investigación Biomédica⁴³.

A) Objeto de la intervención administrativa. Delimitación

Tal y como señala la Exposición de motivos de la Ley 7/2003, el objeto de la regulación es permitir o establecer las condiciones legales para llevar a cabo la investigación con preembriones humanos sobrantes, que cumplan determinados requisitos de «viabilidad», si se me permite la expresión.

El art. 1 de la norma dispone, así, que su finalidad es «regular la investigación, con fines de mejorar la salud y la calidad de vida de las personas, utilizando los preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación *in vitro*, que, a los efectos previstos en el art. 15.3.a) de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, por la que se regula las técnicas de Reproducción Asistida Humana, se considerarán no viables por haber transcurrido más de 5 años desde su crioconservación». Del precepto reproducido deben destacarse los siguientes aspectos:

En primer término, y en línea con la aludida libertad en la investigación, la norma no introduce más sesgo en la orientación de esta actividad que la derivada de los fines mismos de la investigación, esto es, la mejora de la salud y calidad de vida de las personas. Cualquier otra finalidad, impediría la consideración misma de la investigación, por las razones ya expuestas relativas al equilibrio con los derechos de las personas. Por tanto, la investigación con preembriones debe estar al servicio del interés general, para poder permitir la puesta en marcha de proyectos de investigación concretos.

⁴¹ Téngase en cuenta el Real Decreto 2132/2004, de 29 de octubre, por el que se establecen los requisitos y procedimientos para solicitar el desarrollo de proyectos de investigación con células troncales obtenidas de preembriones sobrantes (BOE núm. 262, de 30 de octubre).

⁴² Disposición adicional primera Ley 14/2006, de 26 de mayo.

⁴³ Sobre el carácter fragmentario de la ordenación de la investigación biomédica con preembriones humanos, resultando muy compleja la integración de las Leyes 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, y 14/2007, sobre Investigación Biomédica, por todos, véase F., FONSECA FERRANDIS, «Autorizaciones en materia de investigación biomédica», ... *op.cit.* pp. 573 a 575.

En segundo término, el objeto o material de investigación es el que constituyen los preembriones que cumplen los requisitos establecidos por la legislación estatal, de manera que la Comunidad Autónoma sólo regula el desarrollo mismo de la investigación o las condiciones que han de requerir los proyectos, a partir del cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación de reproducción asistida. En este sentido, el mencionado artículo de la Ley 35/1988, exigía que se tratara de preembriones no viables⁴⁴. La vigente Ley 14/2006 exige, con mayor precisión, «que el preembrión no se haya desarrollado *in vitro* más allá de 14 días después de la fecundación del ovocito⁴⁵, descontando el tiempo en el que pueda haber estado crioconservado»(art. 15.1.b)⁴⁶, y siempre y cuando se trate de preembriones sobrantes procedentes de las técnicas de reproducción asistida⁴⁷.

En último lugar, la investigación con preembriones no está previamente delimitada hacia una orientación concreta, como ya se ha señalado, pero los proyectos de investigación si deben orientarse a fines específicos previstos tanto en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de técnicas de reproducción humana asistida, como en la Ley 7/2003, de la Comunidad Autónoma. Así, esta investigación podrá consistir en el desarrollo y aplicación de técnicas

⁴⁴ El art. 15.3 Ley 35/1988 exigía los siguientes requisitos cumulativos para autorizar «la investigación en preembriones con otros fines que no sean de comprobación de su viabilidad o diagnósticos»: a) Si se trata de preembriones no viables; b) Si se demuestra científicamente que no puede realizarse en el modelo animal; c) Si se realiza en base a un proyecto debidamente presentado y autorizado por las autoridades sanitarias y científicas competentes o, en su caso, por delegación, por la Comisión Nacional multidisciplinar; d) Si se realiza en los plazos autorizados.

⁴⁵ Desaparece, pues, la diferencia entre preembriones viables y no viables a partir de la Ley 14/2006. De hecho, la propia Ley delimita el concepto de estos preembriones susceptibles de utilización en la investigación, definiéndolos como «el embrión *in vitro* constituido por el grupo de células resultantes de la división progresiva del ovocito desde que es fecundado hasta 14 días más tarde» (art. 1.2). Sobre el carácter vanguardista de esta Ley, en línea con otros países como Reino Unido, véase C., TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Los nuevos perfiles de licitud administrativa y penal de las técnicas genéticas (a propósito de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida y la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica»...*op.cit.*p. 268.

⁴⁶ Debe advertirse que el art. 15 diferencia entre la investigación orientada al desarrollo y aplicación de nuevas técnicas de reproducción asistida y la investigación relativa a la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares de células troncales embrionarias. Desde esta perspectiva, el precepto no sólo establece el requisito de la «viabilidad» de los preembriones, sino, también, el resto de requisitos de carácter administrativo que aseguran la objetividad y necesidad de la investigación, a saber: el consentimiento escrito de la pareja o, en su caso, de la mujer, «previa explicación pormenorizada de los fines que se persiguen con la investigación» (apartado 1.a); la autorización del centro en los casos de investigación sobre técnicas reproductivas, y solvencia del equipo investigador (letra c)); informe previo favorable de los órganos de asesoramiento competentes en cada tipo de investigación (letra d)); y la especificación de las relaciones entre el centro de investigación y el equipo investigador, así como de las garantías de confidencialidad sobre los datos de los progenitores, gratuidad y ausencia de ánimo de lucro (letra e)).

⁴⁷ Téngase en cuenta que el Anexo de la Ley 14/2006 enumera como técnicas de reproducción asistida las siguientes: Inseminación artificial; fecundación *in vitro* e inyección intracitoplásmica de espermatozoides con gametos propios o de donante y con transferencia de preembriones; y transferencia intratubática de gametos. Por tanto, la fuente de procedencia de estos preembriones podrá ser diferente de la fecundación *in vitro*. Sin embargo, ésta es la técnica contemplada en la Ley autonómica 7/2003, de acuerdo con los arts. 1, 2.1 y 3.1. Es evidente que nada impide considerar una procedencia diferente de los preembriones, puesto que ello se acogería, en todo caso, a las previsiones de la Ley estatal.

de reproducción asistida (art. 15.1.c) Ley 14/2006) y en la investigación relativa a la obtención, desarrollo y utilización de líneas celulares de células troncales embrionarias (ex art.15.1.d) Ley 14/2006 en relación con el art. 2 de la Ley 7/2003, en el que se enumera la temática de los proyectos de investigación que precisan del informe preceptivo del Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejante⁴⁸). Y a ello se añade que queda prohibida expresamente «la clonación de seres humanos con fines reproductivos» (art. 15.3 Ley 14/2006⁴⁹).

Además, los proyectos de investigación deberán ser de interés científico relevante, así como carecer de ánimo lucrativo (art. 2.1 Ley /2003), puesto que se trata de una investigación al servicio del interés general, y ello sin perjuicio de las vías de transferencia de la investigación previstas en el Ordenamiento⁵⁰. En todo caso, la Administración autonómica goza de una amplia discrecionalidad para valorar el interés de cada proyecto, resultando fundamental el procedimiento y requisitos de autorización exigidos por la norma en orden a asegurar la conveniencia de cada proyecto de investigación con preembriones sobrantes de las técnicas de reproducción asistida.

B) Donación de preembriones y consentimiento informado

La investigación con preembriones requiere, en primer lugar, la donación de los mismos por parte de los progenitores. Debe tratarse, en este sentido, de preembriones que procedan de los bancos de preembriones existentes en los centros de reproducción asistida, que serán puestos a disposición del Comité de Investigación con Preembriones Humanos por dichos centros, una vez transcurrido el plazo de cinco años de crioconservación (art.3.1. en relación con el art. 4.1 y 2 Ley 7/2003).

⁴⁸ Específicamente: «a) La investigación con preembriones humanos para la derivación de líneas celulares, para la investigación embriológica y para otros usos de investigación, excepto aquellos relacionados con el desarrollo y aplicación de las técnicas de reproducción asistida. b) La investigación con células troncales embrionarias humanas. c) La activación de ovocitos mediante transferencia nuclear para su uso con fines terapéuticos o de investigación. d) Cualquier otra técnica que, utilizando en todo o en parte muestras biológicas de origen humano, pueda dar lugar a la obtención de células troncales. e) La investigación con células o tejidos embrionarios obtenidos por cualquiera de los procedimientos señalados en el artículo 33.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. f) Cualquier otra línea de investigación que incluya material celular de origen embrionario humano u otro funcionalmente semejante. g) La investigación con líneas de células troncales embrionarias que provengan de otro país, intracomunitario o extracomunitario».

⁴⁹ En contraposición, el art. 33.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre Investigación Biomédica sí contempla la llamada «clonación terapéutica» a través de la transferencia nuclear, una vez que el art. 33.1 prohíbe la constitución de preembriones y embriones exclusivamente con fines de experimentación. Así, la letra del precepto dispone lo siguiente: «Se permite la utilización de cualquier técnica de obtención de células troncales humanas con fines terapéuticos o de investigación, que no comporte la creación de un preembrión o de un embrión exclusivamente con este fin, en los términos definidos en esta Ley, incluida la activación de ovocitos mediante transferencia nuclear».

⁵⁰ Véase *infra* apartado 2.3 de este Capítulo.

La donación de los progenitores puede identificarse, así, como el punto de partida imprescindible para que se ponga en marcha la actividad investigadora; sin embargo, su efectiva realización dependerá del cumplimiento de los dos requisitos que acaban de señalarse, esto es, de la comunicación que efectúa el centro de reproducción, como responsable del banco de preembriones, y del transcurso del plazo ineludible de cinco años de críoconservación, puesto que sólo a partir de ese momento serán «disponibles».

Debe destacarse que la Ley andaluza utiliza el término «progenitores», queriendo garantizar que la donación provenga de la pareja, en todo caso. Sin embargo, la Ley 14/2006 ha incorporado un matiz que no puede obviarse, ante la posibilidad de que las mujeres no siempre se sometan a técnicas de reproducción asistida con la aquiescencia y participación de una pareja masculina. En este sentido, la donación de la Ley andaluza deberá adecuarse a la necesidad del consentimiento informado de la pareja progeneradora o, en su caso, de la mujer que contempla el art. 15 de la norma Estatal, pues, de lo contrario, se estaría introduciendo una limitación de género difícilmente justificable en mi opinión⁵¹.

Por otro lado, la exigencia de la donación previa de los preembriones en los términos que acaban de señalarse, sin perjuicio de prestar expresamente su consentimiento a estos efectos, se excepciona en los casos de muerte de los progenitores o la imposibilidad de su localización (Disposición Transitoria Segunda Ley 7/2003). En estos casos, son los centros de reproducción asistida los que proceden a la cesión de los preembriones, siempre y cuando se hubiera superado el plazo de 5 años ya indicado, y previo informe de la autoridad sanitaria competente en relación con el fallecimiento o el cumplimiento del intento de localización de los progenitores. La Ley andaluza, al referirse a la circunstancia del fallecimiento exige que afecte a los dos progenitores, lo cual es cuestionable a la vista de la Ley de Reproducción Humana asistida de 2006.

Por otro lado, y como ya se ha apuntado, la donación de preembriones o su cesión requiere el consentimiento expreso de los progenitores (continuando con la terminología andaluza)⁵², que podrá ser revocable y modificable⁵³. Así lo dispone el art. 3.3 de la Ley

⁵¹ De hecho, el art. 6.1 de la Ley 14/2006 admite que la mujer sea usuaria o receptora de las técnicas de reproducción asistida, con independencia de su estado civil y orientación sexual.

⁵² La Orden de 20 de diciembre de 2004 aprueba el modelo de formulario para manifestar el consentimiento informado (BOJA núm. 6, de 11 de enero). El mismo se firma ante el facultativo responsable, en calidad de representante de la Unidad o Centro de Reproducción Asistida. Accesible en <http://www.juntadeandalucia.es/boja/2005/6/d6.pdf>.

⁵³ El art. 11.6 de la Ley 14/2006 establece, en este sentido, una regla general para la modificación del consentimiento en cualquier momento anterior a su aplicación. Junto a ello, prevé la renovación o modificación del consentimiento cada dos años, salvo hubiera resultado imposible obtener de la mujer o la pareja progeneradora el consentimiento en dos renovaciones sucesivas. En tal caso, «si se pudieran demostrar de manera fehaciente las actuaciones llevadas a cabo con el fin de obtener dicha renovación sin obtener la respuesta requerida, los preembriones quedarán a disposición de los centros en los que se encuentren críoconservados, que podrán destinarlos conforme a su criterio a cualquiera de los fines citados, manteniendo las exigencias de confidenciali-

7/2003, sin mayores precisiones en cuanto a la expresión de este consentimiento, aunque el mismo sólo puede otorgarse una vez se haya recibido la información pormenorizada exigida por la propia Ley en cuanto a los objetivos e implicaciones de la investigación. Esta es la previsión del art. 3.2 de la Ley autonómica que, sin embargo, no regula de forma explícita el contenido de la aludida información pormenorizada.

En este sentido, la Ley 14/2006 no difiere de la autonómica en lo que al contenido y carácter pormenorizado de la información que debe recibir la pareja de progenitores o la mujer, pero sí introduce ciertos límites que se orientan a impedir conflictos jurídicos posteriores. Así, en primer lugar, el consentimiento comporta, de forma automática, la renuncia «a cualquier derecho de naturaleza dispositiva, económica o patrimonial sobre los resultados que pudieran derivarse de manera directa o indirecta de las investigaciones que se lleven a cabo»; y, en segundo término, tanto la información como el consentimiento «deberán efectuarse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad» (art. 15.1.a)). Se presume, pues, que esta información se proporcionará por escrito, facilitando su comprensión, y, quizás, también debiera exponerse por escrito las posibilidades de revocación o modificación del consentimiento, y sus efectos, en su caso, en relación con la investigación. Nada dicen las normas examinadas de esta exigencia de información y su oportuno contenido.

No obstante lo anterior, cuando el proyecto de investigación vaya a desenvolverse en el propio centro de reproducción asistida, o en otro, (en cuyo caso se precisa también el consentimiento de los progenitores para su traslado), el art. 16.2 de la Ley 14/2006 dispone que la información previa a la prestación del consentimiento será pormenorizada y comprensible en relación con los fines de esa investigación, sus fases y plazos, la especificación de su restricción al ámbito básico o su extensión al ámbito clínico de aplicación, así como de sus consecuencias posibles.

El consentimiento, en definitiva, deberá ser libre y voluntario, de forma que se garantice que el paciente o usuario ha recibido la información adecuada que le posibilite llegar a la manifestación de voluntad que se requiere. Desde esta perspectiva, el art. 5 del Convenio de Oviedo (1997), relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina dispone que «una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona haya dado su libre e inequívoco consentimiento», lo que exige una información suficiente sobre la finalidad, naturaleza, riesgos y consecuencias de la actuación⁵⁴. Por tanto, el

dad y anonimato establecidas y la gratuidad y ausencia de ánimo de lucro». Sobre la regulación de la renovación del consentimiento y una cierta situación de desprotección de los progenitores de acuerdo con la Ley 14/2006, véase F., FONSECA FERRANDIS, «Autorizaciones en materia de investigación biomédica»...*op.cit.*pp. 579, 580.

⁵⁴ Al respecto, véase A. DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho Sanitario y responsabilidad médica: Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007, pp. 178, 179.

consentimiento informado se convierte en requisito de validez de la investigación con preembriones, que, de otro modo, generaría las oportunas responsabilidades⁵⁵. Se trata de una clara manifestación del que se ha considerado por la doctrina como proceso de subjetivización del sistema sanitario público⁵⁶.

C) *Procedimiento y Autorización de la investigación. La importancia de los límites de la actividad investigadora a través del control de órganos expertos*

Tal y como se ha expuesto, obtenido el consentimiento informado de la pareja progenitora o la mujer para la donación de preembriones que cumplen los requisitos de las normas examinadas, procede solicitar la autorización para la investigación concreta que se pretende llevar a cabo. Desde esta perspectiva, el procedimiento que va a analizarse constituye una pieza clave en el objetivo de encontrar el equilibrio entre los intereses generales de la investigación en salud, y la protección de derechos individuales, especialmente relacionados con la dignidad humana. El procedimiento administrativo que ha de seguirse no es sencillo, ni desde la óptica del contenido de la decisión administrativa final de carácter autorizatorio, con un importante contenido de discrecionalidad⁵⁷, ni desde el punto de vista procedimental en sentido estricto, pues deben observarse determinados requisitos y trámites que son esenciales en la decisión final, interviniendo cuestiones tan *suis generis* como las derivadas de las exigencias éticas.

Teniendo en cuenta estos condicionantes previos, deben destacarse los siguientes aspectos:

a) Requisitos sobre el proyecto de investigación concreto y el equipo de investigación:

Ya se ha mencionado que el proyecto de investigación objeto de autorización debe ser de interés científico relevante y carecer de carácter lucrativo, siendo necesaria la preceptiva autorización del órgano competente en materia de investigación en salud, tal y como disponen los arts. 2.1 y 2.3 de la Ley 7/2003⁵⁸.

⁵⁵ En este sentido, el art. 26.1.c) 4ª Ley 14/2006 tipifica como infracción muy grave «La investigación con preembriones humanos con incumplimiento de los límites, condiciones y procedimientos de autorización establecidos en esta Ley», correspondiéndole una sanción de multa desde 10001€ hasta un millón de euros (art. 27.1).

⁵⁶ Véase *supra* nota al pie 2. En el mismo sentido, R. GALÁN VIOQUE, «Derechos de los ciudadanos en el Sistema Sanitario Público de Andalucía», en J.Mª PÉREZ MONGUIÓ/ S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El Derecho de Salud de Andalucía: el Sistema Sanitario Público...op.cit.p.* 301.

⁵⁷ A propósito del grado de discrecionalidad de estos procedimientos autorizatorios, véase F., FONSECA FERRELLANDIS, «Autorizaciones en materia de investigación biomédica»...*op.cit.pp.* 546, 547.

⁵⁸ Así se concreta en el art. 6.1 del Decreto 368/2015, de 4 de agosto, por el que se regula el Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes, el procedimiento de autorización y el registro de Proyectos de Investigación (BOJA núm. 152, de 6 de agosto). La previsión también es aplicable a la autorización de proyectos de investigación en reprogramación celular.

La norma andaluza no establece ninguna otra especificación, por lo que habrá que estar, necesariamente, a lo dispuesto por la Ley 14/2006, de 6 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida. En este sentido, de nuevo, hemos de considerar las previsiones del art. 15.1.c) *in fine*, al exigir que el equipo de investigación sea cualificado y actúe bajo el control y seguimiento de las autoridades sanitarias competentes.

Por otro lado, si atendemos al contenido del informe preceptivo y favorable que ha de emitir el Comité Ético Andaluz de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes, el proyecto debe ser objeto de evaluación en cuanto a la cualificación del investigador o investigadora principal y del equipo investigador, y en relación a su ejecutividad o factibilidad, en los términos del art. 6.3.c) Ley 7/2003⁵⁹.

En todo caso, la solicitud de autorización del proyecto deberá contener los extremos del art. 6.2 del Decreto 368/2015, de 4 de agosto, por el que se regula el Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes, el procedimiento de autorización y el registro de Proyectos de Investigación, destacando, a los efectos de este apartado, los siguientes:

- Identidad y cualificación profesional de todo el equipo de investigación, así como los *curricula* de todos sus miembros (letra a).
- El consentimiento informado debidamente cumplimentado y firmado, para el caso de que se precisen en el proyecto ovocitos y/o preembriones⁶⁰ (letra b).
- El documento de cesión por parte del organismo de origen, en el caso de proyectos de investigación que impliquen la utilización de material biológico procedente de otros países (letra d).
- El documento que indique las relaciones e intereses comunes existentes de cualquier naturaleza, o ausencia de estas, entre el equipo y el centro que hayan llevado a cabo los procesos de reproducción asistida que hayan generado los preembriones o que conserven los ovocitos que vayan a ser incluidos en el proyecto (letra e).
- La documentación siguiente del proyecto de investigación (letra h):

⁵⁹ El art. 8 del Decreto 368/2015, de 4 de agosto, ya mencionado, precisa en su apartado 1 cada una de las cuestiones materiales que serán objeto de consideración en la evaluación de proyectos de investigación en orden a la emisión del correspondiente informe. Así, en relación con el proyecto en sí mismo considerado se atenderá a «la pertinencia y factibilidad», a las aportaciones y relevancia del proyecto, a la adecuación de los medios materiales y a la autorización de la dirección del centro en el que proceda la investigación (apartados a), c), e) y f)). En cuanto a los medios personales, se valorará la capacidad e idoneidad del equipo de investigación (letra d)). Finalmente, de forma general, se atenderá a la justificación de la necesidad de la obtención y utilización del material biológico, así como al cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre investigación biomédica, en orden a la obtención de células y tejido de origen embrionario humano y de otras células semejantes (respectivamente, letras b) y g)).

⁶⁰ El apartado b) el art. 6.2 especifica que «en aquellos proyectos cuya naturaleza impida disponer de los consentimientos informados en el momento de su remisión al Comité, o cuando no se disponga del material biológico necesario para la investigación en el momento de solicitar la autorización, la persona solicitante adjuntará compromiso de remisión de la documentación necesaria para que el Comité pueda emitir el informe correspondiente».

- 1.º Descripción del proyecto y de sus fases y plazos, que incluya información sobre el estado actual de los conocimientos científicos en el ámbito del mismo.
- 2.º Relevancia científica del proyecto, justificación, objetivos y especificación de su restricción al ámbito básico o su extensión al ámbito clínico de aplicación.
- 3.º Descripción de los medios materiales y humanos, así como recursos disponibles para el desarrollo del proyecto; incluyendo declaración responsable sobre la idoneidad del centro para el desarrollo del proyecto.
- 4.º Documentación en la que consten los objetivos, los protocolos que se van a utilizar y los resultados esperables del proyecto.
- 5.º Descripción de las condiciones financieras del proyecto y su presupuesto, así como declaración y compromiso de ausencia de su carácter lucrativo.
- 6.º Aspectos éticos de la investigación.
- 7.º Descripción de las líneas celulares que se van a utilizar en el proyecto.

b) La necesidad de autorización previa del centro en el que va a desarrollarse la investigación

El art. 5 de la Ley 7/2003, de 20 de octubre, dispone que las investigaciones previstas en la misma se lleven a cabo en centro de investigación oportunamente autorizado por la autoridad sanitaria competente y sometido, en su caso, a los procedimientos de acreditación que se establezcan.

El art. 8.1.f) del Decreto 368/2015, de 4 de agosto, por el que se regula el Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes, exige que las solicitudes de autorización incluyan la autorización del centro donde se vaya a llevar a cabo la investigación y el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos. En este sentido, la norma más específica existente en nuestra Comunidad Autónoma es la Orden de 16 de julio de 2012, por la que se regula el procedimiento de autorización de los centros de investigación en reprogramación celular⁶¹, en aplicación de la Ley 1/2007, de 17 de marzo, de reprogramación celular.

Por tanto, no hay regulación de los centros de investigación cuya actividad consista en la investigación con preembriones. Parece que habrá estar a los requisitos y procedimientos de acreditación que se establezcan a instancias de la autoridad sanitaria⁶². En este sentido, ha de reconocerse una cierta situación de vacío normativo directamente relacionada

⁶¹ BOJA núm. 154, de 7 de agosto.

⁶² De hecho, el art. 10.b) del Decreto 208/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud, atribuye la competencia para autorizar los proyectos de investigación biomédica a la Dirección General de Investigación y Gestión del Conocimiento, sin señalar nada a propósito de los centros. No obstante, la existencia de la Orden de la Consejería de 16 de julio de 2012 plantea la conveniencia de que estos requisitos se establezcan por reglamento por aquella autoridad sanitaria competente al respecto.

con la derogación expresa del Decreto 364/2003, de 22 de diciembre, por el que se regulaba la organización, composición y funcionamiento del Comité de Investigación con Preembriones Humanos y el procedimiento de autorización de los proyectos y los centros de investigación con preembriones sobrantes de las técnicas de fecundación *in vitro*: la Disposición Derogatoria Única del Decreto 368/2015, de 4 de agosto, que regula el Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras Biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes, el procedimiento de autorización y el registro de proyectos de investigación, deroga el Reglamento de 2003, sin dejar a salvo los arts. 12 a 14 que regulaban el procedimiento de autorización de estos centros⁶³; a ello se suma que la regulación no sectorial de la investigación tampoco establece una regulación general de la autorización de los centros, produciéndose una situación compleja en relación con la posibilidad de creación de nuevos centros de investigación⁶⁴.

c) El informe favorable del Comité Ético Andaluz de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria

El art. 2.4 de la Ley 7/2003 es determinante en la obligatoriedad del informe del Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria (en adelante Comité Andaluz de Ética de Investigación), al exigir con carácter previo a la autorización dicho informe que, además, habrá de ser favorable. Por tanto, es claro el carácter preceptivo y vinculante del mismo, lo que, en sentido contrario, comporta la imposibilidad de que el centro directivo competente para la autorización pueda otorgarla en ausencia de este informe o en caso de que el mismo sea desfavorable.

El Comité Andaluz de Ética de Investigación sustituye, por efecto de la Ley 4/2014, al Comité de Investigación con Preembriones Humanos⁶⁵, configurándose como órgano colegiado

⁶³ El art. 12.2 del Decreto derogado establecía los siguientes requisitos para que un Centro de investigación pudiera autorizarse, a saber: «a) Contar con personal con la formación y experiencia necesaria para realizar este tipo de investigaciones. b) Disponer de procedimientos de trabajo normalizados para la manipulación y procesado de las muestras biológicas. c) Contar con las instalaciones y los recursos materiales necesarios para la manipulación, el almacenamiento y la conservación de las líneas celulares. d) Mantener un registro para garantizar una trazabilidad adecuada de las líneas celulares, cuyo acceso deberá estar restringido a las personas autorizadas por el investigador principal, que deberán cumplir las exigencias de confidencialidad establecida en la normativa vigente».

⁶⁴ Al respecto, debe destacarse la insuficiencia de las previsiones de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andalucía de Ciencia, puesto que el art. 33 se limita a conceptualizar el centro de investigación en tanto que agente del conocimiento, previendo la posibilidad de que la Junta de Andalucía pueda contribuir a la constitución de determinadas estructuras de investigación.

⁶⁵ Es llamativo que la Disposición Adicional Segunda del Decreto 368/2015, de 4 de agosto, estableciera el mandato de constitución del Comité en el plazo de tres meses desde su entrada en vigor (esto es, a partir del 6 de agosto). En el momento de escribir estas líneas, la única información disponible en la web de la Consejería es la relativa al Comité de Investigación con Preembriones Humanos, cuyo régimen jurídico y procedimiento de autorización de proyectos y centros de investigación estaba regulado por el Decreto 364/2003, de 22 de diciembre, ahora derogado: véase http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/contenidos/Informacion_General/p_5_p_2_

adscrito a la Consejería competente en materia de salud, y con la consideración de comité de ética de la investigación⁶⁶ con las características y funciones del art. 12 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre Investigación Biomédica⁶⁷. En este sentido, el Comité desempeña una función garantizadora desde la perspectiva científica, ética y legal en relación con los proyectos de investigación que se proponen sobre muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes, además de contribuir a la actualización y difusión de conocimientos científicos y técnicos, tal y como plantea el art. 2.2 Decreto 368/2015. A mi juicio, es claro el peso que corresponde a la función garantista que acaba de referirse, intensificada en algunos aspectos, por expresa previsión normativa. Así, junto a las actividades de evaluación de los proyectos y de los equipos de investigación, el Comité puede emitir informes en el ámbito de la medicina regenerativa, a instancias de las autoridades sanitarias; ha de supervisar el cumplimiento de las condiciones de autorización y proponer, en su caso, la modificación o revocación de dicha autorización⁶⁸; velar por la confidencialidad ...⁶⁹. No se trata, pues, de un órgano de asesoramiento sin más, sino que cumple determinadas funciones de naturaleza

organizacion_de_la_investigacion/comites_etica_e_investigacion/comite_investigacion_preembriones?perfil=org, visitada 8 de febrero de 2016.

⁶⁶ Junto a ello, el art. 6.1 Ley 7/2003, de 20 de noviembre, establece que el Comité Andaluz de Ética de Investigación deberá considerarse órgano homólogo a la Comisión de Garantías para la Donación y Utilización de Células y Tejidos Humanos creada por el art. 37 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre Investigación Biomédica, asumiendo las funciones del art. 38.

⁶⁷ Así los establecen los arts. 6.1 Ley 7/2003 y 2 del Decreto 368/2015. Por su parte, el art. 12.2 de la Ley 14/2007 atribuye a los Comités de Ética las siguientes funciones: «a) Evaluar la cualificación del investigador principal y la del equipo investigador así como la factibilidad del proyecto. b) Ponderar los aspectos metodológicos, éticos y legales del proyecto de investigación. c) Ponderar el balance de riesgos y beneficios anticipados dimanantes del estudio. d) Velar por el cumplimiento de procedimientos que permitan asegurar la trazabilidad de las muestras de origen humano, sin perjuicio de lo dispuesto en la legislación de protección de datos de carácter personal. e) Informar, previa evaluación del proyecto de investigación, toda investigación biomédica que implique intervenciones en seres humanos o utilización de muestras biológicas de origen humano, sin perjuicio de otros informes que deban ser emitidos. No podrá autorizarse o desarrollarse el proyecto de investigación sin el previo y preceptivo informe favorable del Comité de Ética de la Investigación. f) Desarrollar códigos de buenas prácticas de acuerdo con los principios establecidos por el Comité Español de Ética de la Investigación y gestionar los conflictos y expedientes que su incumplimiento genere. g) Coordinar su actividad con la de comités similares de otras instituciones. h) Velar por la confidencialidad y ejercer cuantas otras funciones les pudiera asignar la normativa de desarrollo de esta Ley».

⁶⁸ En este sentido, el art. 10 del Decreto 365/2015 atribuye al Comité Andaluz de Ética de Investigación importantes facultades de supervisión en relación con la entidad que obtiene la autorización para el desarrollo de proyectos de investigación, puesto que ha de informar y rendir cuenta en relación con los resultados de la investigación. Además, el art. 11.2 del Decreto atribuye al Comité la función de valorar las solicitudes de renovación, mediante la emisión del oportuno informe preceptivo y vinculante; y el art. 12.1 contempla que el Comité proponga la revocación de la autorización, en el caso de que éste considere que se ha producido una modificación de las condiciones del proyecto con vulneración de las exigencias científicas, éticas o locales. Es llamativo en este último caso, cómo el Reglamento no reconoce expresamente el carácter vinculante de la propuesta, y, sin embargo, esa es la solución prevista, en la medida en que, ante una propuesta de revocación argumentada por el Comité, el centro directivo que concedió la autorización emitirá la correspondiente revocación (art. 12.2).

⁶⁹ Respectivamente, art. 3.1. g), i), j) Decreto 368/2015.

ejecutiva⁷⁰ que, en cierta medida, están en la base de ciertas obligaciones de publicidad exigidas por el Decreto 368/2015 y, sobre todo, en las características y requisitos que han de reunir los miembros del Comité, a fin de garantizar su imparcialidad y objetividad.

En relación con la primera de las cuestiones apuntadas, el Comité «propondrá los criterios de orientación que estime oportunos para una mejor coordinación de los avances científicos, y, en particular de los proyectos de investigación que deben ser sometidos a evaluación». En este sentido, se impone la obligación de elaborar una memoria anual con los proyectos de investigación para los que se ha solicitado informe y el resultado del mismo (arts. 3.2 y 10.5 Decreto 368/2015), y esta información formará parte del Registro de Proyectos de Investigación previsto en el art. 13 del Decreto (apartado 3).

Respecto de la composición, la Ley 7/2003, de 20 de noviembre, establece los criterios generales que se han concretado por el Decreto 368/2015, para designar a los miembros del Comité por la persona titular de la Consejería competente en materia de salud (art. 4.2 Decreto). Así, en primer lugar, se alude a la competencia profesional de los miembros del Comité, en el sentido de que debe tratarse de «personalidades de reconocido prestigio en, al menos, los campos de la Biomedicina, el Derecho y la Bioética» (art. 6.1). El art. 4.2 del Decreto precisa que la experiencia profesional debe estar relacionada, en el campo de la biomedicina, con la terapia celular y la medicina regenerativa, bioética, Derecho relacionado con temas biomédicos, «así como en otras disciplinas que se consideren de interés atendiendo a los fines y funciones de este órgano». No obstante, se prevé la posibilidad de que la persona titular de la Presidencia invite a las sesiones del Comité a personas expertas en los temas que vayan a tratarse, que podrán asistir con voz, pero sin voto, y con la obligación de guardar secreto en relación con las deliberaciones e informaciones que se proporcionen (art. 5.7).

En segundo lugar, los miembros del Comité deberán actuar con criterios de imparcialidad e independencia respecto de las autoridades que los propusieron o nombraron, así como en las votaciones en las que tengan un interés directo o indirecto (art. 6.1. Ley). Desde esta perspectiva, el nombramiento de los miembros del Comité es por un período renovable de 4 años, y la Secretaría del mismo ha de corresponder a funcionario de la Consejería perteneciente al Grupo A, que asistirá a las sesiones con voz pero sin voto (art. 4.2 y 3). A ello se añade que los miembros de Comité efectuarán declaración de actividades e intereses, debiendo someterse al régimen de abstención y recusación de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía⁷¹ (art. 5.5 Decreto⁷²).

⁷⁰ Esta era la valoración realizada por F., FONSECA FERRANDIS, en relación con las amplias funciones del Comité de Investigación con Preembriones Humanos: cfr. F., FONSECA FERRANDIS, «Autorizaciones en materia de investigación biomédica»...*op.cit.* p. 586.

⁷¹ BOJA núm. 215, de 31 de octubre.

⁷² En todo caso, el art. 6.3 del Decreto 368/2015 contempla como causa específica de abstención la circunstancia de que un miembro del Comité sea el investigador principal de un proyecto o persona integrante del mismo, o concurra interés directo o indirecto en el mismo.

En cuanto a su composición concreta y funcionamiento, el Comité estará integrado por una Presidencia, una Vicepresidencia y 10 Vocalías, ex art. 10 Decreto, con garantía de la representación equilibrada de hombres y mujeres (art. 4.4). El art. 5 del Decreto 368/2015, de 4 de agosto, precisa las reglas de convocatoria y celebración de sesiones del Comité, previendo el deber de guardar secreto de sus miembros y el hecho de que la pertenencia al mismo no comporta el derecho de percibir remuneración alguna, sin perjuicio del abono de las dietas correspondientes (art. 5.6 y 8, respectivamente).

La solicitud de informe al Comité para autorizar el concreto proyecto de investigación deberá hacerse por la autoridad competente para dicha autorización, en relación con cualquiera de las líneas de investigación previstas en el art. 6.2 de la Ley y reiteradas en el art. 7.1. del Decreto, en el plazo de 5 días hábiles desde la recepción de la autorización, o, en su caso, desde la subsanación o mejora, acompañada de la documentación que exige el art. 6.2 del Decreto examinado. Ex art. 7.3 del Decreto 368/2015, es posible que el Comité requiera documentación adicional para la emisión de su informe, en cuyo caso será el órgano competente para autorizar quien la pida al solicitante de dicha autorización.

En todo caso, el plazo de resolución del informe es de 3 meses a contar desde la solicitud acompañada de la documentación, siendo preceptivo y vinculante para la autorización. La norma no establece previsión alguna sobre el sentido del silencio en el caso de que el informe no se emita en plazo, pero parece que la naturaleza del informe, su grado de vinculatoriedad, y las implicaciones científicas, éticas y legales, legitiman una solución de silencio negativo, en todo caso, a modo de garantía, o, al menos, la previsión de que un informe emitido fuera de plazo antes del momento de la autorización deberá tenerse en cuenta. No obstante, y puesto que el Decreto contempla que el Comité habrá de reunirse siempre que existan solicitudes de proyectos, no resulta plausible tener que acudir a la solución de silencio administrativo, en el sentido de que la misma no deberá producirse en aplicación del art. 5.2 de la norma.

Por otro lado, durante el plazo de emisión del informe del Comité, es posible que el mismo deba acudir a la opinión de personas expertas, previéndose, al efecto, el plazo de un mes para emitir su evaluación desde que se le solicite. En estos casos, no se contempla la suspensión del plazo aplicable al Comité (art. 8.2). Sólo está expresamente prevista la suspensión de dicho plazo para el caso de que el solicitante de la autorización deba incorporar a la documentación el oportuno consentimiento informado. En tales supuestos el plazo de tres meses quedará en suspenso hasta el momento en que se presente dicha documentación (art. 8.5).

d) La Autorización del proyecto por parte de la autoridad sanitaria

Tal y como ha quedado expuesto, cada Proyecto de investigación con preembriones humanos requiere autorización exclusiva por parte del órgano competente en materia de salud,

que, en la actualidad, es la Dirección General de Investigación y Gestión del Conocimiento, adscrita a la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud⁷³. La autorización precisará, con carácter mínimo, el número de preembriones que pueden utilizarse, investigador principal y plazo para el desarrollo del proyecto, en los términos del art. 2.4 en relación con el art. 3.4. Ley 7/2003, de 20 de octubre, además de contemplar el plazo de vigencia de la misma (art. 9.2 Decreto 368/2015).

La autorización del proyecto de investigación se dictará y notificará en el plazo de 6 meses a partir de la entrada de la solicitud en el registro del órgano competente para resolver, previéndose una solución de silencio positivo para el supuesto de que transcurra el plazo sin resolución expresa. En mi opinión, aunque la previsión del art. 9 del Decreto 368/2015, de 4 de agosto, se limita a incluir la regla general del silencio administrativo en procedimientos iniciados a instancia de parte con resultado favorable para el interesado, no es la solución más correcta, si atendemos a las implicaciones de todo tipo relacionadas con estos proyectos⁷⁴ y las características del procedimiento descrito, que no puede prescindir del informe del Comité. De hecho, podría plantearse la situación contradictoria de un informe negativo por parte del Comité Andaluz de Ética de Investigación, y una solución de silencio positivo por falta de resolución expresa del órgano autorizador, quedando en entredicho la funcionalidad del procedimiento expuesto en este Trabajo. A mi juicio, una elemental comprensión del principio jurídico de precaución, previsto en el art. 2.f) de la Ley 14/2007, de 3 de diciembre, justificaría perfectamente una solución de silencio negativo, teniendo en cuenta la ausencia de certeza científica⁷⁵ respecto de un proyecto que no ha sido expresamente autorizado y que puede tener efectos sobre la vida y la salud.

En este mismo sentido, contemplar una solución de silencio positivo resulta excesivo ante las posibilidades de resolución extemporánea que contempla el vigente art. 24.3 Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, en la medida en que el silencio positivo petrifica la resolución expresa posterior en el sentido de

⁷³ Así lo dispone el art. 10.b) del Decreto 208/2015, de 14 de julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud.

⁷⁴ Piénsese, en este sentido, en la definición de «razón imperiosa de interés general» del art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE núm. 283, de 24 de noviembre), incluyendo, entre otros motivos, la salud pública o la protección de los derechos, y en la posibilidad de que estas razones excepcionen el régimen general de silencio positivo del art. 5. Es cierto que la investigación con preembriones humanos no es un ámbito de actividad económica ni de servicios como lo entiende la referida Ley, pero no puede dejar de señalarse que las normas más recientes tienen en cuenta la sensibilidad o trascendencia de las actividades que hayan de autorizarse para delimitar el régimen autorizador y, en su caso, el silencio. Sin duda, la investigación con preembriones constituye un sector trascendente y sensible en el que, como ya ha quedado expuesto, debe garantizarse el equilibrio entre las necesidades del desarrollo de la investigación y la protección de la dignidad humana.

⁷⁵ Sobre el alcance de este principio, véase M. TALLACCHINI, «Principio de precaución y bioseguridad: aplicación a la salud humana», en C., ROMEO CASABONA (Ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Ed. Comares, Granada, 2004, pp. 87, 88 y 94.

dicho silencio, mientras que el silencio negativo permite las dos soluciones posibles, constituyendo una fórmula más adecuada ante un procedimiento como el analizado, con gran protagonismo de un órgano cualificado como el Comité Andaluz de Ética de Investigación, puesto que la resolución extemporánea podrá ser o no en el mismo sentido del silencio.

Junto a ello, las modificaciones de los proyectos de investigación previamente autorizados que se relacionen con los aspectos científicos y/o éticos, el equipo investigador o la utilización de nuevo material biológico requerirán nueva autorización, en virtud del art. 10.3 Decreto andaluz ya mencionado. *Censu contrario*, habrá que entender que otras modificaciones sólo precisarán comunicación respecto del órgano autorizador, teniendo en cuenta que el propio art. 10.2 exige de la entidad solicitante informe sobre cualesquiera modificación que se produzca respecto de las condiciones de autorización al Comité Andaluz de Ética de Investigación. En los supuestos en los que la modificación precisa nueva autorización, como ya hemos señalado, se pone en marcha el procedimiento examinado, contemplándose un plazo de 4 meses para esta nueva autorización por parte del Centro directivo (art. 10.3 *in fine*). Nada se dice, en este sentido, sobre el signo del silencio, debiendo entenderse aplicable la solución cuestionable de silencio positivo.

En la misma línea, el art. 11 del Decreto 368/2015 contempla el procedimiento de renovación de la autorización, como un procedimiento que debe iniciarse a instancia de parte antes de los 4 meses de finalización del plazo de la autorización. En este sentido, el solicitante debe reportar a la Administración en relación con los objetivos alcanzados, el estado en el que se encuentra el proyecto, memoria justificativa de la renovación y las condiciones en las que se va a desarrollar la continuación de proyecto. Como en el supuesto anterior, la Administración autonómica dispone de 4 meses para resolver y notificar desde que se presentara la solicitud de renovación, y de acuerdo con el informe del Comité.

Por último, cabe la revocación de las autorizaciones en el caso en que el órgano autorizador reciba la propuesta de revocación por parte del Comité, en el supuesto de que se hubiera producido la modificación de las condiciones de la autorización con vulneración de las exigencias científicas, éticas o legales. En tal sentido, ante una propuesta *argumentada*, como señala el art. 12.2 del Decreto, el centro directivo deberá emitir una resolución de revocación. Como ya se ha indicado, no se recoge el carácter vinculante de esta propuesta para el órgano administrativo que tiene la potestad de revocación en el aludido artículo 12.2 y, sin embargo, opera como si ese fuera su alcance. Habrá que entender que procede la revocación a la vista de la propuesta del Comité cuando se aporte una motivación más que suficiente que legitime la decisión del órgano administrativo, y ello sin perjuicio de que pueda ejercer de oficio dicha revocación si es este órgano el que conoce de la modificación y, por tanto, de las exigencias comentadas. De otra forma, se corre el riesgo de que la autorización sea un hecho puramente anecdótico y que la capacidad de decisión corresponda al Comité Andaluz de Ética de Investigación,

y no al órgano autorizador. En mi opinión, no es ese el modelo que se quiere diseñar en una investigación tan cualificada y especializada como la que estamos considerando, de forma que, pese al robustecimiento del Comité en el sentido que ya se ha apuntado, no puede obviarse el hecho de que el informe del Comité y la autorización de los proyectos de investigación se configuran como elementos de protección y equilibrio de los intereses en juego, conectados, pero independientes en última instancia, como consecuencia de la diferente naturaleza de las actuaciones que supone uno y otro, y la de sus órganos de procedencia.

Finalmente, el centro directivo competente en materia de investigación en salud será responsable del mantenimiento y llevanza del Registro de Proyectos de Investigación, y de la actualización de los datos recogidos (art. 13.1). La norma establece, además, un cierto carácter finalista para este Registro, que estará a disposición en todo momento del Banco Nacional de Líneas Celulares y del Registro Nacional de Proyectos de Investigación, así como del Biobanco del SSPA (art. 13.4). En el Registro deberá contenerse la información que detalla el Reglamento, aun con carácter de mínimo, a saber:

- a) Los datos identificativos del centro donde se realizará la investigación y del equipo investigador responsable de su ejecución. En los datos registrados referidos a personas se incluirá sistemáticamente la variable sexo.
- b) Los objetivos, los protocolos que se van a utilizar, el tipo de muestra biológica utilizada y los resultados esperables del proyecto.
- c) La certificación de la autorización para realizar la investigación, en la que se refleje el periodo de vigencia de la misma.
- d) Las modificaciones que se produzcan en las condiciones de autorización, hayan sido o no objeto de autorización nuevamente.
- e) La revocación de la autorización para realizar la investigación.

2. Un paso más: la investigación en reprogramación celular y la consolidación de la investigación biomédica

Una vez expuestas las claves de la investigación científica con preembriones humanos dirigida hacia fines curativos o terapéuticos, procede el examen de la Ley 1/2007, de 16 de marzo, de investigación en reprogramación celular terapéutica, como siguiente paso en la ordenación de la actividad investigadora en materia de salud en el marco del SSPA. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la aprobación de la norma se produce con carácter previo a la de la Ley estatal 14/2007, de 3 de julio, sobre Investigación Biomédica, de manera que buena parte de sus previsiones deberán examinarse a la luz de esta última.

Junto a ello, habrán de considerarse las normas reglamentarias que han desarrollado esta ley autonómica en aspectos parciales, así como otras leyes que, aun de forma parcial, regulan la investigación en salud en relación con determinados métodos de experimentación,

tal y como sucede con la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, reguladora del Consejo Genético, de Protección de Derechos de las personas que se someten a análisis genéticos y de los bancos humanos en Andalucía. Desde esta última perspectiva, ha de insistirse en que estas normas no constituyen regulaciones aisladas, sino que forman parte de una ordenación integral desde la perspectiva del Derecho Autonómico, que, sin embargo, se ha de desenvolver en el marco del Derecho estatal.

A) *El ámbito de aplicación de la Ley 1/2007 y elementos configuradores de la regulación de la reprogramación celular*

El punto de partida de la Ley 1/2007, de 16 de marzo, se encuentra en el desarrollo de la Comunidad Autónoma en la investigación con células madre humanas, tanto las de origen adulto como las de origen embrionario. En este contexto, como se señala en la Exposición de motivos de la norma, se plantea una vía adicional de obtención de dichas células, consistente en la reprogramación celular, definida como «técnica mediante la cual se consigue que una célula adulta diferenciada retroceda en su etapa evolutiva hasta convertirse en una célula pluripotencial, que puede, a su vez, evolucionar posteriormente a distintos tipos celulares y potencialmente a tejidos e incluso órganos» (art. 2.c)). La investigación con células madre incrementa exponencialmente sus posibilidades en la medida en que la reprogramación añade las ventajas de «la identidad genética que puede observarse con el hipotético receptor»⁷⁶.

Sobre esta base, la Ley aborda la regulación de este tipo de investigaciones con el límite insalvable de su finalidad, en el sentido de que las posibilidades de reprogramación sólo son admisibles con fines exclusivamente terapéuticos, impidiendo su aplicación con fines reproductivos (art. 1). Queda excluida, por tanto, la posibilidad de la llamada clonación reproductiva, en línea con el Derecho Internacional aplicable y el Derecho Penal. El art. 4 de la Ley 1/2007 precisa en este sentido el alcance de la prohibición de la reprogramación celular para uso reproductivo, puesto que la misma no sólo se refiere a la prohibición de investigar mediante el uso de estas técnicas de reprogramación para originar preembriones con fines reproductivos, sino que, también, se prohíbe la investigación para cualesquiera otros fines distintos de los regulados en la norma⁷⁷.

⁷⁶ La norma contempla en este sentido como técnica principal la «transferencia nuclear», consistente en la transferencia del núcleo de una célula somática al citoplasma de un ovocito previamente enucleado» (art. 2.e)). La técnica plantea expectativas en relación con el reemplazo de células o tejidos que hayan sido irreversiblemente dañados por una enfermedad regenerativa, «empleando para ello una célula de la propia persona enferma» (así lo señala la Exposición de Motivos de la Ley).

⁷⁷ Incluso tratándose de la investigación con fines terapéuticos, la Ley impone un límite fundamental a la investigación autorizada, consistente en la obligación de destruir «el preembrión somático» en el plazo máximo de catorce días desde la aplicación de la citada técnica (art. 3.3 en relación con la definición del art. 2.f)).

Los elementos estructurales de esta regulación, son, entonces, los siguientes:

- a) Donación previa de los óvulos y de las células somáticas y consentimiento informado

La realización de las investigaciones en materia de reprogramación celular exige la donación previa de óvulos y células somáticas⁷⁸ (art. 5.1). En este sentido, el donante debe reunir los requisitos objetivos de mayoría de edad y plena capacidad de obrar⁷⁹ o, en otro caso, precisará el consentimiento de sus representantes legales, y la norma establece ciertos límites en cuanto a la donación dirigidos a garantizar el anonimato del donante, la renuncia de cualquier derecho de naturaleza económica o de otro tipo sobre los resultados que de forma directa o indirecta pudieran derivarse de las investigaciones, y la prohibición del carácter lucrativo o comercial de la donación⁸⁰.

La donación precisa que los donantes sean informados pormenorizadamente de los extremos previstos en el art. 6.1. En esta ocasión, la norma sí precisa los aspectos sobre los que debe procurarse información, recogiendo los siguientes extremos:

- a) Identidad del responsable de la investigación.
 b) Finalidad y beneficios esperados en la investigación.
 c) Naturaleza, extensión y duración de los procedimientos que se vayan a utilizar, en particular los que afecten a la participación de la persona donante⁸¹.

⁷⁸ Definidas por el art. 2.a) como aquella «célula del cuerpo distinta al óvulo o al espermatozoide».

⁷⁹ La Disposición Transitoria Única de la Ley 1/2007 exige la consulta a las mujeres posibles donantes de óvulos crioconservados con anterioridad a la norma para que expresen su consentimiento a los efectos del art. 6.2. En otro caso, estos óvulos no podrán utilizarse en la investigación sobre reprogramación celular. No puede perderse de vista, en mi opinión, la trascendencia del principio de la libre autonomía de las personas que pueden participar en una investigación biomédica o que puedan aportar a ella muestras biológicas que declara el art. 4.1 de la 14/2007, de 3 de julio, puesto que ello constituye una garantía de legitimidad de la investigación.

⁸⁰ Téngase en cuenta los apartados 4,6 y 5 del art. 4 de la Ley, respectivamente. Ha de indicarse que el art. 5.2. exige la confidencialidad y seguridad de los datos de identidad y de carácter personal, de acuerdo con la legislación existente en la materia. En este sentido, el art. 5.1. de la Ley 14/2007, de 3 de julio, dispone esta garantía, en los términos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. La Comunidad Autónoma de Andalucía ha aprobado la Orden de 15 de junio de 2015, en cuya virtud se crea, en el ámbito de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, el fichero de datos de carácter personal denominado «Donantes de Muestras para la Investigación Biomédica en Andalucía» (BOJA núm. 52, de 23 de junio). Se trata de uno de los aspectos esenciales de esta investigación, y que, sin embargo, presenta grandes dificultades en cuanto al grado de protección exigible teniendo en cuenta la indeterminación del concepto mismo de datos relativos a la salud susceptibles de dicha protección. En este sentido, véase J. RUBÍ NAVARRETE, «El tratamiento de los datos de salud y la legislación sobre protección de datos», en AA.VV, *Salud Pública y Derecho Administrativo, ...op.cit.* p. 219, en relación con la realización de ensayos clínicos.

⁸¹ Esta es, a grandes rasgos, la orientación del art. 4.1 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre Investigación Biomédica, en cuya virtud la información se proporcionará por escrito y comprenderá la naturaleza, importancia, implicaciones y riesgos de la investigación.

- d) Derecho al acceso a los resultados relevantes para su salud, de acuerdo con los conocimientos científicos médicos.
- e) Derecho a la revocación del consentimiento en cualquier momento.
- f) Garantía de la confidencialidad de los datos.
- g) Fuente de financiación del proyecto de investigación.

Sin duda, se trata de una previsión acertada teniendo en cuenta que el contenido de la información para prestar el consentimiento era una de las carencias del modelo expuesto en relación con la Ley 7/2003, de 20 de octubre, y la donación de preembriones humanos. De hecho, se reconoce expresamente que el consentimiento ha de prestarse por escrito y que el mismo es revocable y modificable en todo caso y se impone a las personas o entidades receptoras del consentimiento informado la obligación de poner a disposición las medidas que sean necesarias para hacer efectivo el derecho de revocación⁸².

b) Autorización y Registro de los Proyectos de Investigación

Como en el caso de la investigación con preembriones humanos, cada proyecto de investigación requiere una autorización expresa por parte del órgano competente de la Comunidad Autónoma en materia de investigación en salud. La autorización deberá, así, atender los fines previstos en la Ley en cuanto a la utilización de técnicas de reprogramación celular, y contener, al menos, la identidad del investigador principal y el resto de investigadores participantes, plazo de ejecución de la investigación y el número y procedencia de los óvulos y células somáticas a utilizar en el proyecto (art. 4.4).

El procedimiento de autorización es idéntico al que ya se ha considerado en el epígrafe anterior, puesto que la Ley 1/2007 exige, de nuevo, el informe previo y favorable del Comité Andaluz de Ética de Investigación, por lo que nos remitimos a todo lo expuesto, teniendo en cuenta que resulta de aplicación el Decreto 368/2015, de 4 de agosto, que regula el Comité Andaluz de Ética de Investigación con muestras biológicas de naturaleza embrionaria y otras células semejantes, así como el procedimiento de autorización y registro de proyectos de investigación. De nuevo, el informe del Comité deberá garantizar la idoneidad científica del proyecto, y del equipo investigador, su pertinencia y posibilidad efectiva de ejecución⁸³.

No obstante lo anterior, el Decreto 439/2010, de 14 de diciembre, por el que se regulan los órganos de ética asistencial y de la investigación biomédica en Andalucía⁸⁴, completa

⁸² Téngase en cuenta el art. 4 Ley 14/2007, de 3 de julio, pues matiza algunos de los requisitos previstos en la norma autonómica.

⁸³ Al respecto, véase C., SAIZ GARCÍA, «La investigación biomédica con seres humanos: especial referencia a la responsabilidad administrativa derivada de la misma»,...*op.cit.* p. 16.

⁸⁴ BOJA núm. 251, de 27 de diciembre.

el modelo de asesoramiento e informe previsto en la Ley 1/2007, de 16 de marzo, en lo que respecta a las consideraciones éticas de los proyectos de investigación, en el marco más amplio de la Ley 14/2007, de 3 de julio⁸⁵. En este sentido, el Decreto procede a la regulación del Comité de Bioética de Andalucía⁸⁶; Comité Coordinador de Ética de la investigación Biomédica de Andalucía⁸⁷ y Comités de Ética de la Investigación de Centros que realicen Investigación Biomédica⁸⁸ (art.1.1⁸⁹), como órganos colegiados que habrán de informar los proyectos de investigación biomédica en atención a su alcance territorial, previa acreditación al efecto⁹⁰. El art. 1.2.b) del Decreto dispone, así, que estos Comités actuarán en relación con las actividades de investigación que se lleven a cabo en todos los centros sanitarios de titularidad pública o privada, institutos de investigación sanitaria, agencias, entes instrumentales y centros de investigación participados directa o indirectamente por la Consejería competente en materia de salud, así como a cualquier investigación biomédica y en ciencias de la salud que implique la intervención en seres humanos o la utilización de muestras biológicas de origen humano y que se efectúe en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía con independencia de la titularidad del centro o institución en que se lleve a cabo. La investigación que, sin embargo, se lleve a cabo con preembriones humanos o en materia de reprogramación celular precisará la intervención del Comité Andaluz de Ética de Investigación ya considerado, por vincularse a una investigación sectorial, si se me permite la expresión, respecto del concepto mayor de investigación biomédica⁹¹.

⁸⁵ Un estudio más detenido de la regulación estatal, en F., FONSECA FERRANDIS, «Autorizaciones en materia de investigación biomédica»,...*op.cit.* pp. 572, 573.

⁸⁶ Los arts. 4, 5 y 6 del Decreto 439/2010 establecen, respectivamente, las reglas de creación, objetivos y funciones de este Comité, su composición y su funcionamiento como órgano colegiado. En este sentido, destacaría su función de «informar, asistir y asesorar a las autoridades sanitarias sobre cuestiones de carácter ético relacionadas con la atención sanitaria o con la investigación en ciencias de la salud, desde una perspectiva tanto científica como técnica y organizativa» (art. 4.3.a)).

⁸⁷ Véanse los arts. 7, 8 y 9 del Decreto en relación con los aspectos señalados en la nota al pie anterior. Entre sus funciones, debe llamarse la atención sobre evaluación o, en su caso, remisión a los Comités de Ética de Investigación de los Centros, los proyectos y ensayos clínicos asignados, o la autorización, dentro del ámbito de sus competencias, de estudios observacionales prospectivos con medicamentos a realizar en la Comunidad Autónoma (letras b) y c) del art. 7.3 del Decreto).

⁸⁸ Véanse arts. 14 a 17 del Decreto. Son los órganos colegiados competentes para la valoración de proyectos de investigación y ensayos clínicos sobre seres humanos o su material biológico, así como los que se llevan a cabo mediante experimentación animal con potencial aplicación en la práctica clínica (art. 14.1).

⁸⁹ El Decreto también regula el funcionamiento y composición de los llamados Comités de Ética Asistencial de Centros sanitarios, sean de titularidad pública o privada.

⁹⁰ En relación con el Comité Coordinador la acreditación debe llevarse a cabo de acuerdo con el procedimiento previsto en el art. 18 del Decreto; y la acreditación de los Comités vinculados a los centros habrán de ajustarse a las previsiones del art. 20.

⁹¹ De hecho, ese es el sentido que tiene la exclusión del ámbito de aplicación del Decreto, los anteriores Comité de Investigación con Preembriones Humanos, Comisión Andaluza de Genética y Reproducción y Comité Andaluz de Investigación en Reprogramación Celular del art. 1.3.

Por otro lado, la autorización de cada proyecto de investigación requiere la vinculación de la misma a un centro de investigación de los que expresamente se encuentren autorizados por la autoridad sanitaria competente y se sometan a los procedimientos de acreditación establecidos por la misma. El art. 7 de la Ley contempla esta previsión que ha de completarse con la Orden de 16 de julio de 2012, por la que se regula el procedimiento de autorización de los centros de investigación en reprogramación celular, ya mencionada⁹².

Finalmente, los Proyectos autorizados deben quedar inscritos en una base de datos con el contenido previsto en el art. 3.6 de la Ley 1/2007⁹³. Esta «publicidad registral» se completa con las obligaciones de difusión de los resultados de la investigación que la Ley impone a los investigadores, con el límite de las exigencias derivadas de la protección de datos personales y sin perjuicio de los derechos de propiedad intelectual o industrial que se deriven de la investigación en cuestión (art. 9.2). Por el contrario, si dicha investigación genera «hallazgos que afecten a las circunstancias individuales de cada participante», se deberán comunicar a los mismos, si así lo solicitan (art. 9.1). Una previsión de esta naturaleza refleja, en mi opinión, el aludido equilibrio que debe existir entre las exigencias del interés general, proyectadas sobre los resultados de la investigación con protección de los datos personales, y la autonomía del donante, en tanto que posible paciente o usuario del sistema, en cuya virtud ha de quedar a salvo la voluntad de no conocer sobre los resultados de la investigación⁹⁴.

⁹² Véase *supra* p. nota el pie 62. La Orden contempla un procedimiento de autorización que requiere el cumplimiento previo de determinados requisitos por el Centro en cuestión relativos a la disponibilidad de personal con formación y experiencia adecuados, así como de instalaciones y medios materiales; procedimientos de trabajo normalizados para la manipulación y procesos con muestras biológicas; y obligación de mantener «un registro para garantizar una trazabilidad adecuada de las líneas celulares», que deberá cumplir con los requisitos del art. 5 Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre Investigación Biomédica (art. 2.2 de la Orden). El órgano competente para autorizar el Centro es la Dirección General de Investigación adscrita a la Consejería competente en materia de salud, que dispone de un plazo máximo de resolución y notificación de 6 meses desde la entrada en registro de la solicitud, transcurrido el cual podrá entenderse estimada la resolución (art. 4.3). Reiteramos nuestras consideraciones en relación con el signo del silencio en una materia tan sensible como la investigación que nos ocupa.

⁹³ Específicamente: Los «datos relativos a las células empleadas, así como la información básica, el nombre y la categoría profesional de la persona investigadora principal, un resumen sobre el objetivo de la investigación, las condiciones a la que está sujeta la misma, el número de células utilizado, la fecha de concesión y el período de validez de la autorización y, en todo caso, la certificación de la fecha, método y responsable de la destrucción del preembrión somático antes de los catorce días».

⁹⁴ Como señala A., DOMÍNGUEZ LUELMO, *Derecho Sanitario y responsabilidad médica: Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos del paciente, información y documentación clínica...op.cit.* pp. 229, 230, el art. 10.2 del Convenio de Oviedo, relativo a los Derechos Humanos y a la Biomedicina, reconoce a toda persona el derecho a obtener información sobre su salud, así como que «deberá respetarse la voluntad de una persona a no ser informada, y esta parece ser el planteamiento asumido por el art. 4.1 Ley 41/2002; el autor pone el acento, entonces, en el matiz que introduce la Ley, es decir, que tiene que haber constancia escrita de esa voluntad de no ser informado, así como en el hecho de que no se trata de un derecho absoluto, en el sentido de que la renuncia puede no tener efectos si está en juego la salud de la persona, terceros o la colectividad, e, incluso por exigencias terapéuticas del caso, en los términos del art. 9 de la Ley citada (p. 230).

B) Análisis genéticos con fines de investigación biomédica

La investigación biomédica tiene en Andalucía una regulación parcial a partir de las previsiones de la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, reguladora del Consejo Genético, de protección de derechos de las personas que se someten a análisis genéticos y de los bancos de ADN Humano, en lo que respecta al aspecto concreto de los análisis genéticos con fines de investigación biomédica a los que se refieren los arts. 18 a 28⁹⁵. Específicamente estos análisis deberán dirigirse a procurar la salud de las personas, mejorar su calidad de vida y prevenir la aparición de enfermedades (art. 19). Por tanto, cualquier otra finalidad cuestionaría la legalidad de los análisis, y, de hecho, constituye infracción muy grave la realización de dichos análisis con fines diferentes a los de la asistencia sanitaria e investigación biomédica⁹⁶.

Como en las normas examinadas anteriormente, los ejes de la regulación que ahora estamos considerando son: consentimiento informado para la realización de los análisis con fines de investigación biomédica; y autorización, previo informe favorable del órgano de asesoramiento competente en ética e investigación⁹⁷. En este sentido, y teniendo en cuenta todo lo expuesto hasta ahora, sólo vamos a exponer las especialidades introducidas por la Ley:

En primer término, en relación con el consentimiento informado, la Ley plantea dos cuestiones diferentes relacionadas con la necesidad de garantizar los derechos de quienes se someten a estos análisis y que, aunque se presentan en planos diferentes, se encuentran íntimamente relacionadas, a saber: Por un lado, la protección de las personas que se prestan a la realización de estos análisis, debiendo diferenciarse entre quienes tienen capacidad para expresar su consentimiento y quienes no. Por otro lado, el régimen de formalización del consentimiento, atendiendo a la información previa recibida y al hecho de que la investigación pueda llevarse a cabo sobre muestras obtenidas con otra finalidad.

Respecto de la protección de las personas, junto a la autorización previa del proyecto, la información necesaria y la expresión del consentimiento, la Ley introduce el elemento de

⁹⁵ Estos artículos se insertan en el Título II de la Ley sobre «Análisis Genéticos», pero sólo el Capítulo III se refiere a los análisis que atienden fines de investigación biomédica. Estos serán objeto de consideración más detenida en este Trabajo, sin perjuicio de las referencias al resto del articulado de la Ley.

⁹⁶ Así lo establece el art. 33.a) 1ª y 2ª de la Ley autonómica.

⁹⁷ En este sentido la Disposición Transitoria Primera del Decreto 439/2010, de 14 de diciembre, por el que se regulan los órganos de Ética Asistencial y de la Investigación Biomédica en Andalucía dispuso un período de 6 meses para la creación de los órganos previstos en el Reglamento, con la consiguiente extinción de la Comisión Autonómica de Ética e Investigación Sanitarias contemplada en el art. 19.1 como órgano competente para la emisión de informe favorable sobre los proyectos de investigación relativos a la genética humana. Véase *supra* nota al pie 87 en relación con las funciones del Comité Coordinador de Ética de la Investigación Biomédica de Andalucía (art. 7.3.l) del Decreto mencionado).

la proporcionalidad en un doble sentido, esto es, que se haya acreditado que no existe método alternativo a la investigación con seres humanos, y que los riesgos para la persona no sean desproporcionados en relación con los potenciales beneficios de la investigación⁹⁸. Si, además, la persona no tiene capacidad para expresar su consentimiento, junto a los requisitos señalados con especial reforzamiento del consentimiento, debe existir un beneficio real y directo para su persona, «que la investigación no pueda efectuarse, con una eficacia comparable, con sujetos capaces de prestar su consentimiento a la misma» y que la persona no haya expresado su rechazo a la realización del análisis genético (art. 21.1). Se trata de requisitos cumulativos, aunque la Ley permite que la investigación se lleve a cabo aun en el caso de que la misma no tenga un beneficio directo para la salud de la persona, si la Consejería otorga la correspondiente autorización y la investigación cumple dos condiciones suplementarias: Que la investigación contribuya a lograr resultados en beneficio de otras personas que padezcan la misma enfermedad o presenten las mismas características y el análisis represente para la persona un riesgo o inconveniente mínimo (art. 21.2). Se trata, a mi juicio, de dos criterios de gran amplitud en cuanto a su apreciación, ante la que resulta fundamental la justificación utilizada por la Consejería competente en materia de salud al conceder la autorización, de forma que se intensifica la importancia del Comité de Ética que proceda a informar⁹⁹, en tanto que órgano experto¹⁰⁰.

En cuanto a la información que ha de proporcionarse con carácter previo al otorgamiento del consentimiento, el art. 25 de la Ley tasa los ítems que deben observarse en la garantía de este derecho a la información, incluyendo la posibilidad de revocación del mismo. En contrapartida, el titular de la muestra biológica o su representante asumen una cierta obligación de información sobre su salud o estado físico, sin perjuicio de la diligencia que es exigible al investigador en cuanto a la información que ha de proporcionar¹⁰¹.

⁹⁸ Así lo disponen las letras a) y b) del art. 20 de la Ley 11/2007.

⁹⁹ En este sentido, debe destacarse la cualificación profesional que se exige a los miembros de los Comités previstos en el Decreto 439/2010. A modo de ejemplo, en relación con la composición del Comité Coordinador de Ética de la Investigación Biomédica de Andalucía, se exige la presencia de una persona titulada en Medicina, dos en Farmacia, una en Enfermería que desempeñe actividad asistencial en un centro sanitario, dos personas ajenas a las profesiones sanitarias, una de ellas licenciada en Derecho, cuatro personas tituladas en medicina y con conocimientos en metodología de la investigación, una persona experta en evaluación de tecnologías sanitarias y una persona que no sea sanitaria, ni tenga vinculación jurídica con el Sistema Sanitario Público de Andalucía.

¹⁰⁰ Sobre el papel de estos órganos, véase C., TOMÁS-VALIENTE LANUZA, «Los nuevos perfiles de licitud administrativa y penal de las técnicas genéticas (a propósito de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida y la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica)...op.cit. p. 269. Asimismo, en relación con la necesidad de aportar objetividad e imparcialidad en la investigación y su «acceptabilidad en un plano ético» a través de los Comités independientes, téngase en cuenta L. JIMENA QUESADA, «Perfiles constitucionales de la investigación biomédica», en F. SALCEDO BELTRÁN, (Coor.), *Investigación, genética y Derecho...*op.cit. p.61.

¹⁰¹ El art. 23 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, regula la «evaluación del estado de salud», en el sentido de que «las personas que vayan a participar en la investigación tienen el deber de facilitar los datos reales sobre su estado físico o su salud. En cualquier caso, el investigador tomará las medidas necesarias, que incluirán, en

En todo caso, el consentimiento habrá de obtenerse por escrito de la persona titular de la muestra biológica o su representante, que no podrá perseguir un fin lucrativo o comercial (art. 22) y con el contenido mínimo del art. 26.1 de la Ley. Cabe que la investigación se lleve a cabo con muestras obtenidas para una finalidad distinta de la investigación¹⁰², en cuyo caso es necesario obtener nuevo consentimiento informado, ex art. 23.1. Si las muestras procedieran de persona fallecida o no localizable, es necesario que el titular de las muestras no hubiera manifestado su oposición; en el primer caso, se exige que el proyecto tenga relevancia científica según informe previo y favorable del Comité de Ética competente, procediéndose a la anonimización de la muestra biológica, para facilitar el nexo entre la muestra y la persona de la que procede, con garantía de confidencialidad. Por su parte, si el titular de la muestra no está localizable, se podrá actuar previa autorización de la autoridad sanitaria (respectivamente, apartados 2 y del art. 23). Llama la atención que en el caso de las muestras procedentes de personas fallecidas se exija informe del órgano ético competente, puesto que dicho informe es exigible en cualquier caso, en todos los proyectos de investigación que precisan autorización; desde esta perspectiva, la previsión del precepto no añade nada en relación con el procedimiento general de autorización, en contraposición con la cautela implícita en la obligatoria anonimización de la muestra.

Finalmente, la Ley 11/2007 es más explícita que las otras leyes andaluzas examinadas en este Trabajo en relación con la revocación del consentimiento, no sólo en cuanto a sus efectos, porque las muestras deberán ser destruidas en el caso de una revocación total y deberán cancelarse los datos personales asociados a la misma (art. 24.2), sino, también, por admitir como modalidad la revocación parcial del consentimiento, en cuyo caso se mantendrán los procedimientos de la investigación biomédica no afectados por tal circunstancia y se procederá a la suspensión del resto de actuaciones, junto a los efectos de destrucción y cancelación ya expuestos (apartado 3).

Por último, en lo que respecta al procedimiento autorizador de los análisis genéticos con fines de investigación biomédica, no presenta especialidad en relación con los procedimientos ya considerados, en la medida en que requieren un informe previo y favorable de órgano especializado.

su caso, la consulta a los médicos responsables de la asistencia de los participantes, para comprobar dichos extremos previamente a la iniciación de la investigación, con objeto de asegurar que las personas para las cuales la investigación revista especial riesgo sean excluidas de la misma» (apartado 1). Se trata de una previsión necesaria para asegurar que el proyecto llegue a buen término, sin perjuicio para los participantes: al respecto, véase C., SAIZ GARCÍA, «La investigación biomédica con seres humanos: especial referencia a la responsabilidad administrativa derivada de la misma»,...*op.cit.* p. 168.

¹⁰² En este sentido, el art. 28 de la Ley establece que las muestras serán conservadas únicamente mientras los exijan los fines de la investigación para las que han sido donadas, salvo que su titular preste su consentimiento para su uso en otra investigación biomédica.

C) Bancos de ADN humano o Biobancos

La investigación biomédica cuenta, finalmente, con una institución clave para su desenvolvimiento introducida por la Ley 14/2007, de 3 de julio, los biobancos, definidos como «colecciones de muestras biológicas humanas concebidas con fines de investigación o diagnósticos y vocación de durabilidad y ordenadas como unidades técnicas con criterios de calidad, orden y destino»¹⁰³.

La creación de los mismos en el ámbito de la Comunidad Autónoma ha sido objeto de desarrollo reglamentario a través del Decreto 1/2013, de 8 de enero, por el que se regula la autorización para la constitución y funcionamiento de biobancos con fines de investigación biomédica¹⁰⁴, se crea el registro de Biobancos de Andalucía y el Biobanco del Sistema Sanitario Público de Andalucía¹⁰⁵, en el marco de los arts. 29 a 31 de la Ley 11/2007, de 26 de noviembre. Debe señalarse que el art. 64.2 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, sobre Investigación Biomédica contempla expresamente la posibilidad de que existan biobancos no nacionales¹⁰⁶, en cuyo caso precisarán de autorización del órgano competente de la Comunidad Autónoma, y este es el espacio que cubre el Decreto que analizamos:

La autorización de constitución y funcionamiento de un biobanco en la Comunidad Autónoma de Andalucía deberá presentarse por la persona titular del mismo ante el órgano competente para la autorización, acreditación y registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios de la Consejería competente en materia de salud, acreditando los siguientes extremos, en virtud del art. 4.2 en relación con el 5:

¹⁰³ Así los define el Preámbulo del Decreto 1/2013, de 8 de enero, de forma ligeramente diferente al concepto de Banco de ADN humano establecido en el art. 2.c) Ley 11/2007. En todo caso, el Preámbulo de la norma pone el acento en la relevancia de estas estructuras en el desarrollo de la investigación biomédica no sólo como fuente de material biológico de origen humano, sino, también de información clínica relevante del estado de salud del donante de las muestras, de forma que estas pueden reconocerse como sus principales funcionalidades.

¹⁰⁴ El art. 2.1 del Decreto especifica el ámbito territorial y material de aplicación del Reglamento, toda vez que el procedimiento previsto en el mismo es exigible en relación con biobancos y colecciones utilizadas en proyectos de investigación, así como en análisis clínicos y respecto de todas o algunas de las muestras obtenidas con otros fines que vayan a utilizarse con fines de investigación biomédica. En este sentido, teniendo en cuenta que el art. 2.2 del Reglamento excluye la aplicación del mismo a las muestras que no se destinen a la investigación biomédica o que se sujeten a otras normas especiales (como la Ley 14/2006, de 26 de mayo, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida o la normativa relativa a los ensayos), es claro el peso de la finalidad como elemento delimitador de toda la legislación que se ha examinado en este Trabajo en materia de investigación en salud.

¹⁰⁵ BOJA núm. 7, de 10 de enero.

¹⁰⁶ El Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre, por el que se establecen los requisitos básicos de autorización y funcionamiento de los biobancos con fines de investigación biomédica y del tratamiento de las muestras biológicas de origen humano, y se regula el funcionamiento y organización del Registro Nacional de Biobancos para la investigación biomédica (BOE núm. 290, de 2 de diciembre), establece, por su parte, el régimen de autorización de los biobancos de carácter nacional (art. 4).

- a) Que la organización, objetivos y medios disponibles del biobanco justifiquen su interés biomédico.
- b) Que se haya designado a la persona titular de la dirección científica del biobanco¹⁰⁷ y a la persona responsable del fichero.
- c) Que el biobanco esté adscrito a dos comités externos, uno científico y otro de ética.
- d) Que la actividad del biobanco no implique ánimo de lucro. No obstante, el biobanco podrá repercutir con la cesión de cada muestra los costes de obtención, cesión, mantenimiento, manipulación, procesamiento, envío y otros gastos de similar naturaleza relacionados con las muestras, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69.3 de la Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación Biomédica.
- e) Que se haya inscrito el fichero de datos en el Registro General de Protección de Datos de la Agencia Española de Protección de Datos o, en su caso, en el registro de la agencia autonómica de protección de datos que resulte competente.
- f) Que cuente con las instalaciones y medios indispensables para garantizar la conservación de las muestras en condiciones de calidad adecuada, incluyendo las medidas necesarias para preservar su integridad ante posibles fallos técnicos.
- g) Que se cumplan los requisitos del Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre.

El procedimiento requiere que el órgano competente para la autorización solicite los informes técnicos necesarios para la evaluación de las condiciones exigidas en la normativa vigente (fundamentalmente, las previstas por el Real Decreto 1716/2011, de 18 de noviembre), de forma que, transcurridos tres meses desde la solicitud y notificación, se entenderá desestimada la solicitud (art. 6.3). Concedida la autorización, será indefinida.

En este sentido, la modificación de la autorización de carácter sustantivo, de acuerdo con las circunstancias tasadas en el art. 9.2, de la misma precisará nueva autorización. Deberá entenderse, en otro caso, que bastará la comunicación a la Administración en los supuestos en que la modificación no se considere sustantiva.

Por otro lado, la Administración competente podrá revocar la autorización si falta alguno de los requisitos para obtener la autorización (en cuyo caso resulta un tanto incomprensible que se haya podido conceder dicha autorización), alguno de los documentos aportados para solicitarla hubiera sido declarado falso por sentencia judicial firme o, finalmente, el biobanco deje de cumplir los requisitos exigidos para su constitución y funcionamiento (art. 7.1). Como no podía ser de otro modo, la revocación habrá de contener el destino de las muestras almacenadas, sea la destrucción de las mismas, su cesión a otro biobanco o su conservación para proyectos concretos o su integración en una colección determinada (art. 7.2).

¹⁰⁷ El art. 29.4 de la Ley 11/2007, de 26 de noviembre, ya examinada en relación con los análisis genéticos con fines de investigación biomédica añade el requisito de que el biobanco debe tener un director científico que habrá de cumplir con las obligaciones establecidas en dicho precepto en cuanto a supervisión del funcionamiento del biobanco y suscripción de seguros.

Por último, el titular del biobanco puede solicitar el cierre del mismo al órgano autorizador, debiendo contener la resolución el destino de las muestras, oída la persona titular del biobanco (art. 8.2). En este sentido, no será necesario nuevo consentimiento del sujeto fuente de las muestras si las mismas hubieran sido previamente anonimizadas, si la obtención del mismo supusiera un esfuerzo no razonable en los términos del art. 3.i) de la Ley 14/2007, o el sujeto hubiera fallecido, o no estuviera localizable, pero sí el dictamen favorable del Comité de Ética de Investigación al que el biobanco estuviera adscrito, de acuerdo con el art. 24 del Real Decreto 1716/2011.

Los datos relativos a las autorizaciones de constitución y funcionamiento de los biobancos y de colecciones ordenadas de muestras para investigación, así como sus modificaciones y resoluciones de revocación de la autorización serán objeto de inscripción en el Registro Andaluz de Biobancos con fines de investigación biomédica, caracterizado como registro público e informativo, adscrito al órgano competente en materia de autorización, acreditación y registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios de la Consejería competente en materia de salud (art. 11.1.a) en relación con el art. 10.2 del Decreto). La inscripción tendrá el contenido establecido en el art. 12.1 respecto de los aspectos que pueden registrarse y es obligatoria la comunicación de los datos al Registro Nacional de Biobancos para la Investigación Biomédica (art. 12.2).

Desde el punto de vista de la estructura del Sistema Sanitario Público de Andalucía, el Decreto procede a la constitución del Biobanco en Red del Sistema Sanitario Público de Andalucía, «como un biobanco en red, donde se integran aquellas estructuras y unidades de los centros sanitarios públicos, bancos de líneas celulares y otros centros públicos que puedan obtener, procesar y conservar células, tejidos, sustancias y muestras biológicas para uso clínico o de investigación, constituidos como nodos del Biobanco» (art. 13.1). El Biobanco estará adscrito a un comité científico externo¹⁰⁸, así como a un comité de ética externo que será el Comité Coordinador de Ética de la Investigación de Andalucía (art. 13.2)

III. ASPECTOS TRANSVERSALES DE LA ORDENACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN EN SALUD: FOMENTO DE LA INVESTIGACIÓN Y TRANSFERENCIA

El régimen jurídico expuesto hasta ahora en materia de investigación en salud, debe completarse, necesariamente, con las previsiones que, de forma específica, articulan el mandato constitucional de fomento de la investigación. Desde esta perspectiva, el art. 79.1 de la Ley 2/1998 de salud de Andalucía recoge igualmente esta obligación de la Administración Autónoma.

¹⁰⁸ El art. 15.1 del Decreto dispone que este comité sea «el órgano de asesoramiento y evaluación científica de la cesión de muestras y datos asociados a las mismas», nombrado por el Consejo Rector del Biobanco del SSPA, en tanto que órgano de gobierno colegiado del Biobanco.

En este sentido, la norma de referencia vigente en el momento de escribir estas líneas es la Orden de 22 de mayo de 2012, por la que se aprueba las bases reguladoras para la concesión de subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, para la financiación de la investigación, desarrollo e innovación (I+D+i) Biomédica y en Ciencias de la Salud de Andalucía¹⁰⁹, en línea de continuidad con regulaciones anteriores que hacen de la subvención el instrumento fundamental de esta actividad de fomento. En este sentido, señala la Orden de 22 de mayo de 2012 que el objetivo es «asegurar el uso prolongado y compartido de estructuras financiadas con fondos públicos, más allá de la duración de los proyectos de investigación». Excede del objeto de este Trabajo el examen pormenorizado de las líneas de investigación subvencionables conforme a la Orden, así como el régimen jurídico de concesión, y puesta en marcha de la subvención, reconducible al régimen general de esta materia. No obstante, es imprescindible insistir en el valor de la norma, como cauce institucionalizado de concesión de ayudas económicas a los proyectos de investigación en materia de salud, demostrando la coherencia e integridad del SSPA en lo que respecta a la investigación como actividad sectorial.

Por su parte, y en línea con lo anterior, no puede dejar de reconocerse la trascendencia de la transferencia del conocimiento generado en torno a la investigación en salud, como el envés del fomento al que acabamos de referirnos. Desde esta perspectiva, la actividad de transferencia adquiere reconocimiento incluso en el nivel estatutario, desde el momento en el que art. 54 contempla la competencia de la Comunidad Autónoma sobre la investigación, incluyendo la transferencia de los resultados procedentes de centros y estructuras de investigación de la Junta de Andalucía. En este sentido, es la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, andaluza de Ciencia y Conocimiento la que establece el régimen jurídico general de los resultados y derechos derivados de las actividades de I+D+i (Capítulo VI del Título III): el art. 53 de la Ley establece, así, el principio de necesidad de una efectiva puesta a disposición de la ciudadanía de los bienes y servicios generados para su bienestar y mejora de la calidad de vida. Sin duda, la investigación en salud, y, específicamente, la investigación biomédica responden a este principio.

En este sentido, con una cierta especificidad, el Decreto 16/2012, de 7 de febrero, por el que se regula la gestión y transferencia de los resultados de las actividades de investigación, desarrollo e innovación cuya titularidad corresponda a las agencias y a las demás entidades instrumentales dependientes de la Consejería competente en materia de salud¹¹⁰ constituye la norma de referencia en lo que respecta a la transferencia desde la investigación considerada en este Trabajo. El Preámbulo del Reglamento señala, así, que su objetivo es abordar la explotación y cesión de invenciones realizadas en los entes públicos de investigación, de forma paralela a como lo hacía el Real Decreto 55/2002, de 18 de enero, de conformidad con el art. 20 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de

¹⁰⁹ BOJA núm. 116, de 14 de junio.

¹¹⁰ BOJA núm. 35, de 21 de febrero.

Patentes de Invención y modelos de Utilidad (relativo a las invenciones del profesorado de Universidades), hoy derogada por la Ley 24/2015, de 24 de julio¹¹¹, de Patentes. Específicamente, se someten a la norma autonómica los resultados susceptibles de generar derechos de propiedad intelectual e industrial de las actividades de investigación, desarrollo e innovación cuya titularidad, de acuerdo con el art. 55 de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, Andaluza de Ciencia y Conocimiento, corresponda a las agencias y demás entidades instrumentales de la Consejería competente en materia de Salud (art. 1).

Desde esta perspectiva, el Reglamento es aplicable al personal estatutario, laboral o investigador en formación de dichas agencias y entidades, utilizando recursos de las mismas. El modelo de transferencia que establece el Decreto reconoce, en consecuencia, la titularidad de las invenciones a favor de las Agencias y entidades, en la medida en que se dé la vinculación laboral¹¹² o estatutaria y las referidas entidades hayan puesto los medios a disposición de los investigadores (art. 3)¹¹³.

El Decreto regula el procedimiento de comunicación al titular de la Agencia o entidad, de resultados de la investigación que obtenga el personal investigador y sean susceptibles de protección mediante un derecho de propiedad industrial. Se trata de establecer un cauce a través del cual se decide la protección del derecho y sus efectos para el investigador, o su no protección, en cuyo caso el personal investigador podrá instar la inscripción a su nombre del derecho de propiedad industrial, de acuerdo con el art. 4 del Decreto. A ello debe sumarse el hecho de que el art. 6 regula los contratos para la transferencia de resultados, permitiéndose la adjudicación de forma directa de estos contratos.

Finalmente, el régimen de transferencia de resultados previsto en el Decreto se completa con la obligación de las entidades contempladas en el mismo de comunicar a la Dirección General competente en materia de Patrimonio la existencia de derechos de propiedad industrial e intelectual sobre resultados de investigación obtenidos por su personal para la toma de razón en el Inventario General de Bienes y Derechos de la Comunidad Autónoma. El art. 7 establece, así, los plazos para proceder a dicha comunicación.

¹¹¹ BOE núm. 177, de 25 de julio. Es ahora el art. 21 de la nueva Ley de Patentes, que de forma mucho más minuciosa establece el régimen jurídico de las Invenciones realizadas por el personal investigador de las Universidades Públicas y de los Entes Públicos de Investigación.

¹¹² En este sentido, el Decreto contempla la aplicación de los arts. 8 y 9 al personal laboral de estas agencias que no tengan Convenio Colectivo (el artículo 8 establece como mérito en los procesos de selección de personal y provisión de puesto de trabajo en las mismas, la realización de invenciones; y el art. 9 regula la incentiva-ción especial, de carácter económico, para los casos de invención protegidas con un derecho de propiedad).

¹¹³ Téngase en cuenta que el art. 5 del Decreto 16/2012 impone al personal que intervenga en un proyecto de investigación, desarrollo e innovación, las Agencias y las entidades adscritas a la Consejería un deber de colaboración necesaria para la adecuada protección y conservación de los resultados que puede generar el proyecto, así como los derechos de propiedad industrial e intelectual.

IV. DOCENCIA EN SALUD Y FORMACIÓN DEL PERSONAL SANITARIO

1. Coordinadas estatutarias y legales más generales

Como se comentó en el epígrafe primero de este Trabajo, la Docencia en salud constituye una parte necesaria del SSPA, en íntima conexión con la investigación, aunque con algunas especificidades:

Desde la perspectiva competencial, el Estado ostenta, como es sabido, la competencia sobre regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales, así como sobre las normas básicas para el desarrollo del art. 27 CE, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia (art. 149.1.20ª). Se trata, pues, de una competencia de carácter transversal en materia de formación, en el sentido de que no se vincula a ningún ámbito específico. Idéntico planteamiento es el del art. 52 del Estatuto de Andalucía, en relación con la Educación, y del art. 53 respecto de las Universidades. Por tanto, como ocurre en materia de investigación, son las leyes sectoriales las que han ido creando la ordenación concreta de esta actividad en el sector que nos ocupa.

Así, la Ley General de Sanidad ya contemplaba la necesidad de articular convenios para la docencia de los profesionales sanitarios, tal y como antes hemos señalado. Y a ello se suma la regulación específica de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias¹¹⁴, en cuya virtud la docencia y formación de los profesionales de la salud se estructura en torno a dos grandes ejes, a saber: la docencia-formación especializada en Ciencias de la Salud (arts. 13 a 32) y la formación continuada de los profesionales (arts. 33 a 36). En el primer sector formativo, deberán incluirse las enseñanzas universitarias, tanto en el nivel de Grado como de Posgrado, de forma que los convenios y conciertos con las Instituciones de Educación Superior son un elemento fundamental para el desarrollo de esta actividad¹¹⁵, así como la llamada formación profesional¹¹⁶. Por su parte, la formación continuada deberá articularse teniendo en cuenta diversos aspectos que tienen proyección en planos diferentes de la docencia-formación del personal sanitario, puesto que esta formación habrá de adecuarse a las necesidades específicas del Sistema

¹¹⁴ BOE núm. 280, de 22 de noviembre.

¹¹⁵ Téngase en cuenta el Acuerdo de 3 de junio de 1995, por el que se suscribe Convenio-Marco entre las Consejerías de de Salud , Educación y Ciencia y las Universidades de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén, Málaga y Sevilla para la Utilización de las Instituciones Sanitarias en la investigación y la docencia (BOJA núm. 148, de 21 de noviembre). Asimismo, véase la modificación de este Convenio, aprobada por Acuerdo de 4 de marzo de 2008 (BOJA núm. 54, de 18 de marzo).

¹¹⁶ Respectivamente, arts. 36, 37 y 39 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud.

Sanitario Público de la Comunidad Autónoma en este caso, y deberá tener repercusión en la carrera profesional de dicho personal¹¹⁷.

En este contexto, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía, conecta, en gran medida, con el planteamiento expuesto respecto de la ordenación de la Docencia en materia de salud, estableciendo, en primer lugar, la conexión entre la formación de los profesionales y la satisfacción de las necesidades del SSPA, en los términos del mencionado art. 78.2.

En segundo lugar, la docencia universitaria tiene un lugar privilegiado en esta materia, tal y como ya hemos puesto de manifiesto y se refleja de forma expresa en los arts. 78.3 y 79.2 de la norma, en sus referencias a los programas de docencia y la coordinación entre las Universidades y la Administración autonómica.

En este sentido, resulta fundamental la institucionalización de colaboración entre las Consejerías competentes en materia de Educación y Salud¹¹⁸, y las Universidades, a través de los oportunos Acuerdos que aprueban los Convenios-Marcos necesarios. La característica de estos Acuerdos es la relación simbiótica que se establece entre la actividad de docencia e investigación en la Universidades, como fórmula de mejora del Sistema Sanitario Público Andaluz¹¹⁹, en el marco de la regulación más general de las Universidades y de Ley Andaluza de la Ciencia y el Conocimiento.

Asimismo, está prevista la formación, reciclaje y perfeccionamiento de los profesionales sanitarios como una función específica de la Consejería de Salud, con incorporación de una perspectiva interdisciplinaria (art. 79.1.e) Ley 2/1998). En este sentido, las Administraciones tienen un papel relevante en cuanto a la verificación de actividades de formación continuada y el otorgamiento de los oportunos títulos, que evidencian el peso de la docencia-formación en la ordenación material del sector de la salud¹²⁰, tal y como se expondrá a continuación.

¹¹⁷ El art. 41.1 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, conceptúa la carrera profesional como «el derecho de los profesionales a progresar, de forma individualizada, como reconocimiento a su desarrollo profesional en cuanto a sus conocimientos, experiencia en tareas asistenciales, investigación y cumplimiento de los objetivos de la organización en la cual prestan sus servicios». En relación con la ordenación de esta materia en la Comunidad Autónoma de Andalucía, téngase en cuenta J.F. PÉREZ GÁLVEZ, «El personal del Servicio Andaluz de Salud: Código numérico, acreditación y carrera profesional», en J.M^º PÉREZ MONGUIÓ/ S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El Derecho de Salud de Andalucía: el Sistema Sanitario Público...op.cit.* pp. 214 y ss.

¹¹⁸ Por otro lado, la colaboración de ambos Departamentos tiene una cierta trayectoria en el Derecho Andaluz, desde la aprobación de la Orden de 8 de noviembre de 1989, que recoge el Convenio de Cooperación entre las Consejerías de Educación y Ciencia y de Salud y Servicios Sociales en materia de educación y formación sanitaria (BOJA núm. 16, de 20 de febrero de 1990).

¹¹⁹ Véase *supra* nota al pie 115.

¹²⁰ Téngase en cuenta G. FERNÁNDEZ FARRERES, «La ordenación de las Profesiones Sanitarias», en L. PAREJO/A. PALOMAR/M. VAQUER (Coords.), *La reforma del sistema Nacional de Salud: Cohesión, calidad y Estatutos profesionales,...op.cit.* pp. 305, 306.

2. La formación continuada: procedimiento de acreditación

La formación continuada cuenta, en el Ordenamiento autonómico, con el Decreto 203/2003, de 8 de julio, que regula el procedimiento de acreditación de las Actividades de formación continuada de las Profesiones Sanitarias¹²¹, como pieza clave en el control y supervisión de esta actividad de formación continuada. Sin embargo, su contenido debe examinarse, como se ha señalado, a la luz de dos disposiciones diferentes, a saber: la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, y el Real Decreto 639/2015, de 10 de julio, que regula los Diplomas de Acreditación y los Diplomas de Acreditación Avanzada¹²², que completa los sistemas de acreditación existentes¹²³.

En este contexto, el Decreto regula un procedimiento administrativo de acreditación de la formación continuada, correspondiendo dicha función a la Dirección General de Organización de Procesos y Formación (art. 2)¹²⁴. Las funciones de acreditación consistirán, así, en la acreditación de actividades concretas de formación sanitaria continuada, a solicitud de las personas y entidades organizadoras de las mismas, con validez en el conjunto del Sistema Nacional de Salud, así como la realización de auditorías, evaluaciones y actuaciones que se deriven del presente Decreto (art. 3.1)¹²⁵.

¹²¹ BOJA núm. 142, de 25 de julio.

¹²² BOE núm. 179, de 28 de julio. La norma, declarada básica, ex art. 149.1.16ª, el Reglamento tiene como objeto: «a) Regular los Diplomas de Acreditación y los Diplomas de Acreditación Avanzada como instrumentos para certificar el nivel de formación alcanzado por un profesional sanitario en un área funcional específica de una determinada profesión o especialidad, en atención a las actividades de formación continuada acreditadas que haya desarrollado el interesado en el área funcional correspondiente. b) Determinar los criterios y el procedimiento para la creación de los Diplomas de Acreditación y de los Diplomas de Acreditación Avanzada. c) Establecer los requisitos y el procedimiento para la obtención y la renovación de los Diplomas de Acreditación y de los Diplomas de Acreditación Avanzada». No se trata de una regulación excluyente del procedimiento de acreditación previsto en la norma autonómica sino, en mi opinión, una fórmula complementaria de acreditar la formación continuada de los profesionales sanitarios.

¹²³ Téngase en cuenta, como señala el Preámbulo del Decreto examinado, que la Consejería de Salud suscribió el protocolo de adhesión al Convenio de Conferencia Sectorial Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, sobre formación continuada de las profesiones sanitarias, que fue publicado por Resolución de la Viceconsejería de Salud de 25 de marzo de 1998. Este Convenio permitió establecer un sistema de acreditación para la formación continuada con validez para todo el Sistema Nacional de Salud.

¹²⁴ En la estructura actual de la Consejería de Salud, la Dirección General de Investigación y Gestión del Conocimiento tiene la función de planificación de los programas de formación continuada de los Profesionales del SSPA, en el marco de las políticas de calidad y acreditación de competencias (art. 10.h) del Decreto 208/2015, de 14 de julio, que establece la estructura orgánica de la Consejería de Salud y del Servicio Andaluz de Salud). Por su parte, el art. 4 del Decreto 203/2003, de 8 de julio, crea el Consejo Andaluz de Formación Continuada de las Profesiones Sanitarias, como órgano colegiado de carácter consultivo, al que «se le encomienda el asesoramiento de la política en materia de formación continuada de las profesiones sanitarias».

¹²⁵ Llama la atención el modo en que el Decreto explicita el sistema de acreditación que ha de poner en marcha el órgano de acreditación, en el sentido de que el art. 3.2 atribuye al mismo las funciones de secretaría técnica de dicho sistema, debiendo recepcionar y registrar las solicitudes de acreditación, valorarlas, notificar las resoluciones y mantener los sistemas de información y registro necesarios. Por tanto, todo el procedimiento o

El procedimiento de acreditación de las actividades de formación continuada se inicia a instancia de parte, tanto en relación con actividades formativas presenciales, como no presenciales, por personas o entidades organizadoras que tengan residencia en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Las solicitudes se someten, entonces, a la evaluación de actividades de formación continuada a través de expertos en docencia y formación continuada, de forma anónima e independiente, y, de nuevo, conforme a criterios generales comunes y mínimos establecidos por la Comisión de Formación continuada del Sistema Nacional de Salud¹²⁶, de forma que la evaluación se remitirá al Órgano de Acreditación (art. 7.3 del Decreto), para la elaboración de la correspondiente resolución. El precepto no es explícito respecto del carácter vinculante de la evaluación, y, sin embargo, éste parece que debe ser el alcance de una evaluación negativa, en la medida en que se sustenta en criterios aceptados por todas las Comunidades Autónomas y la acreditación tienen validez para todo el ámbito del Sistema Nacional de Salud (art. 8.2), de forma que el Órgano de Acreditación no podrá conceder la misma en el caso de que la evaluación no sea positiva. Si, por el contrario, dicha evaluación es positiva, el Órgano deberá tener en cuenta los requisitos mínimos del art. 8.1 del Decreto, lo que incluye «un componente cuantitativo ponderado, basado en la duración de la actividad y un componente cualitativo que constará de:

- a) Objetivos generales y específicos.
- b) Organización y logística (recursos materiales y humanos, estructura de la actividad y la adecuación entre la duración y los objetivos¹²⁷).
- c) Pertinencia de la actividad.
- d) Metodología docente, para conseguir los objetivos de la actividad formativa, el sistema pedagógico propuesto y el material de soporte escogido.
- e) Evaluación propuesta, de los participantes, de los docentes y de la propia actividad, en relación con los objetivos propuestos y las necesidades concretas».

El procedimiento diseñado tiene, pues, la virtud de trascender los límites territoriales de las Comunidades Autónomas, posibilitando en este caso la realización de la llamada unidad de mercado, pues los sistemas de acreditación autonómicos tendrán validez en todo el Sistema Nacional de Salud, como, por otra parte, es previsible si tenemos en cuenta la especialidad material de esta formación continuada, orientada hacia la mejora de los propios sistemas autonómicos de salud.

sistema de acreditación, en los aspectos sustantivos y en los puramente formales se concentra en el órgano de acreditación.

¹²⁶ Accesible en <http://www.msssi.gob.es/profesionales/formacion/formacionContinuada/comision.htm>, visitada 8 de febrero.

¹²⁷ Concedida la acreditación, la emisión de diplomas y certificaciones correspondientes a los docentes y discentes de las actividades de formación continuada es responsabilidad del Centro o Unidad docente organizadora de la misma, debiendo constar el número de créditos concedidos (art. 8.3 del Decreto).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

CUETO PÉREZ, M., *Régimen Jurídico de la investigación científica: la labor investigadora en la Universidad*, Ed. Cedecs, Barcelona, 2002.

DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Igualdad de derechos de los pacientes y cohesión del sistema nacional de salud», en L. PAREJO/A. PALOMAR/M. VAQUER (Coords.), *La reforma del sistema Nacional de Salud: Cohesión, calidad y Estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho Sanitario y responsabilidad médica: Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre sobre derechos del paciente, información y documentación clínica*, 2ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2007.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., «La ordenación de las Profesiones Sanitarias», en L. PAREJO/A. PALOMAR/M. VAQUER (Coords.), *La reforma del sistema Nacional de Salud: Cohesión, calidad y Estatutos profesionales*, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., «La intervención de la Administración en la Educación, la Ciencia y la Investigación», en E. LINDE PANIAGUA, (Coord.), *Parte Especial del Derecho Administrativo*, Ed. Colex, 2007.

FONSECA FERRANDIS, F., «Autorizaciones en materia de investigación biomédica», en L. PAREJO ALFONSO, (Dir.), *Autorizaciones y licencias, hoy: un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

GALÁN VIOQUE, R., «Derechos de los ciudadanos en el Sistema Sanitario Público de Andalucía», en J.Mª PÉREZ MONGUIÓ/ S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El Derecho de Salud de Andalucía: el Sistema Sanitario Público*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía, Sevilla, 2015.

JIMENA QUESADA, L., «Perfiles constitucionales de la investigación biomédica», en F. SALCEDO BELTRÁN, (Coord.), *Investigación, genética y Derecho, Investigación, genética y Derecho*, Tirant Monografías, Valencia, 2008.

LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I., «La sanidad y el derecho a la protección de la salud en el Estatuto de Autonomía para Andalucía», en J.Mª PÉREZ MONGUIÓ/ S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El Derecho de Salud de Andalucía: el Sistema Sanitario Público*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía, Sevilla, 2015.

PÉREZ GÁLVEZ, J.F., «El personal del Servicio Andaluz de Salud: Código numérico, acreditación y carrera profesional», en J.Mª PÉREZ MONGUIÓ/ S. FERNÁNDEZ RAMOS, *El Derecho de Salud de Andalucía: el Sistema Sanitario Público* Instituto Andaluz de Administración Pública, Junta de Andalucía, Sevilla, 2015.

ORTEGA REINOSO, G., «Biotecnología y derechos de la persona. El destino de los preembriones sobrantes», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 15/2015.

RUBÍ NAVARRETE, «El tratamiento de los datos de salud y la legislación sobre protección de datos », en AA.VV, *Salud Pública y Derecho Administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, V/2004

SAIZ GARCÍA, C., «La investigación biomédica con seres humanos: especial referencia a la responsabilidad administrativa derivada de la misma», en F. SALCEDO BELTRÁN, (Coor.), *Investigación, genética y Derecho*, Tirant Monografías, Valencia, 2008.

SÁNCHEZ CARO, J., «Consentimiento informado y salud», en AA.VV, *Salud Pública y Derecho Administrativo*, Cuadernos de Derecho Judicial, V/2004.

SÁNCHEZ PATRÓN, «Los límites a la investigación genética en el marco jurídico-internacional y europeo», en F. SALCEDO BELTRÁN, (Coor.), *Investigación, genética y Derecho*, Tirant Monografías, Valencia, 2008.

TALLACCHINI, M., «Principio de precaución y bioseguridad: aplicación a la salud humana», en C., ROMEO CASABONA (Ed.), *Principio de precaución, Biotecnología y Derecho*, Ed. Comares, Granada, 2004.

TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., «Los nuevos perfiles de licitud administrativa y penal de las técnicas genéticas (a propósito de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida y la Ley 14/2007, de Investigación Biomédica)», en F. SALCEDO BELTRÁN, (Coor.), *Investigación, genética y Derecho*, Tirant Monografías, Valencia, 2008+.

Capítulo V LA FINANCIACIÓN SANITARIA EN ANDALUCÍA

José Luis Navarro Espigares

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía contiene numerosas referencias a la financiación de las prestaciones sanitarias, así como un Título IX dedicado específicamente a la financiación.

La exposición de motivos plantea la preocupación por los crecientes costes sanitarios y la financiación de las prestaciones sanitarias públicas. En un párrafo que sería perfectamente válido en nuestros días plantea cómo los cambios demográficos progresivos hacia un aumento de la esperanza de vida y el envejecimiento de la población, la aparición de nuevas enfermedades y los cambios en la prevalencia de otras, la introducción permanente de nuevas tecnologías médicas, la implantación progresiva de la sociedad global de la información en Europa, y una creciente preocupación por los costes y la financiación de las prestaciones públicas, han configurado un escenario para la sanidad en el que las principales prioridades se concentran en modernizar los aparatos administrativos y asistenciales en orden a conseguir una mayor eficacia de su actuación, una mayor eficiencia, una mayor motivación e incentivación profesional y una mejor adaptación a los deseos y necesidades de los ciudadanos andaluces.

Esta breve reflexión en torno a la financiación introduce la vinculación de la misma a los principales **determinantes del gasto sanitario**, lógica contrapartida de la corriente de ingresos: envejecimiento de la población, aumento de la esperanza de vida, cambios en la incidencia y prevalencia de las enfermedades, aparición de nuevas tecnologías médicas. Asimismo, se vincula la financiación con la eficiencia en la prestación de servicios sanitarios y con la necesaria adaptación a los cambios en la demanda social de la

población andaluza. En cuanto a la búsqueda de la eficiencia, resulta especialmente revelador el artículo 4.2 *«La inclusión de nuevas prestaciones en el Sistema Sanitario Público de Andalucía, que superen las establecidas para el Sistema Nacional de Salud, será objeto de una evaluación previa de su efectividad y eficiencia en términos tecnológicos, sociales, de salud, de coste y de ponderación en la asignación del gasto público, y llevará asociada la correspondiente financiación»*. En el mismo sentido, el artículo 20.4 señala que: *«serán objeto de evaluación, seguimiento e intervención por parte de las autoridades sanitarias en materia de asistencia sanitaria individual: La eficacia y eficiencia de las diversas unidades asistenciales de los centros, servicios y establecimientos adscritos funcionalmente al Sistema Sanitario Público de Andalucía»*.

La segunda referencia a la financiación aparece al abordar la **distribución de funciones** y responsabilidades en el conjunto de la sanidad pública andaluza, diferenciando claramente lo que son funciones propias de la Consejería de Salud (autoridad sanitaria, planificación, aseguramiento, financiación, asignación de recursos, ordenación de prestaciones, concertación de servicios ajenos e inspección) de las de gestión y provisión de recursos, más propias de los organismos, entes y entidades dedicados exclusivamente a la asistencia sanitaria. Así pues, la función de financiación queda encuadrada como una de las funciones directivas propias de la Consejería de Salud, claramente separada de las funciones de gestión y provisión de recursos (art. 62.19).

También aparece el concepto de financiación estrechamente vinculado al cumplimiento de los objetivos centrales de esta Ley. La universalización de la asistencia sanitaria, la financiación pública, el uso preferente de los recursos sanitarios públicos y la prestación de una atención integral y de calidad son los elementos fundamentales que garantizan la efectividad de los principios inspiradores de esta Ley en el marco definido para el Sistema Nacional de Salud. No debemos olvidar que la Ley tiene como objeto principal la regulación de las actuaciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud de los ciudadanos en Andalucía, el régimen de definición y aplicación de los derechos y deberes de los ciudadanos respecto de los servicios sanitarios en la Comunidad Autónoma y la ordenación general de las actividades sanitarias en Andalucía, todo ello bajo los principios de coordinación de las actuaciones y de los recursos, aseguramiento público, universalización, **financiación pública**, equidad, superación de las desigualdades, planificación, eficacia y eficiencia de la organización sanitaria, descentralización, autonomía y responsabilidad en la gestión, participación de ciudadanos y de los profesionales, mejora de la calidad en los servicios y utilización eficaz y eficiente de los recursos sanitarios que sean necesarios para la consecución de sus objetivos. El artículo 44 confirma el carácter público de la financiación del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

El esquema que adopta la Ley para establecer las fuentes de financiación del Sistema Sanitario Público de Andalucía es coherente con el principio de financiación pública previamente mencionado, garantizando el acceso a las prestaciones sanitarias de forma gratuita en el momento de su utilización, pero no lo agota desde un punto de vista normativo. Quedan

pendientes aspectos tan importantes como el establecimiento del modelo definitivo de financiación de la Sanidad Pública Andaluza, lo que orienta hacia la **necesidad de acometer una Ley específica de financiación sanitaria**, que establezca un marco amplio y estable para el desarrollo futuro del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

En relación con la organización de la **distribución territorial** de los servicios sanitarios el artículo 48.1 establece que el área de salud constituye el marco de planificación y desarrollo de las actuaciones sanitarias, debiendo disponer de la financiación y dotaciones necesarias para prestar los servicios de atención primaria y especializada, asegurando la continuidad de la atención en sus distintos niveles y la accesibilidad a los servicios del usuario.

Finalmente, el artículo 80 del Título IX delimita las **fuentes de financiación** del Sistema Sanitario Público de Andalucía. El Sistema Sanitario Público de Andalucía se financiará fundamentalmente con cargo a:

- a) Los recursos que le puedan corresponder por la participación de la Junta de Andalucía en los Presupuestos del Estado afectos a servicios y prestaciones sanitarias.
- b) Los rendimientos obtenidos de los tributos cedidos total o parcialmente por el Estado a la Comunidad Autónoma de Andalucía para fines sanitarios.
- c) Los recursos no contemplados en el apartado 2 de este artículo que le puedan ser asignados con cargo a los Presupuestos de la Junta de Andalucía.

Asimismo, constituyen fuentes de financiación del Sistema Sanitario Público las siguientes:

- a) Las aportaciones que deben realizar las Corporaciones Locales con cargo a su Presupuesto.
- b) Los rendimientos de los bienes y derechos propios y que tenga adscritos.
- c) Las subvenciones y aportaciones voluntarias de entidades y particulares.
- d) Los ingresos ordinarios y extraordinarios que se esté autorizado a percibir, a tenor de las disposiciones vigentes, de los convenios interadministrativos que pudieran suscribirse para la atención sanitaria prestada a los españoles y extranjeros no residentes en Andalucía que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, con el alcance determinado por la legislación estatal, así como cualquier otro recurso que pudiese ser atribuido o asignado.

En el ámbito nacional, el Capítulo V del Título III de la **Ley 14/1986 de 25 de abril, General de Sanidad** dedicado a la financiación establece que los Presupuestos del Estado, Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Seguridad Social consignarán las partidas precisas para atender las necesidades sanitarias de todos los Organismos e Instituciones dependientes de las Administraciones Públicas y para el desarrollo de sus competencias.

En su artículo 69 relaciona las **fuentes de financiación del Sistema Nacional de Salud**, indicando que la financiación de la asistencia prestada se realizará con cargo a:

- a) Cotizaciones sociales.
- b) Transferencias del Estado, que abarcarán:
 - La participación en la contribución de aquél al sostenimiento de la Seguridad Social.
 - La compensación por la extensión de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social a aquellas personas sin recursos económicos.
 - La compensación por la integración, en su caso, de los hospitales de las Corporaciones Locales en el Sistema Nacional de Salud.
- c) Tasas por la prestación de determinados servicios.
- d) Por aportaciones de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales.
- e) Tributos estatales cedidos.

La participación en la financiación de los servicios de las Corporaciones Locales que deban ser asumidos por las Comunidades Autónomas se llevará a efecto, por un lado, por las propias Corporaciones Locales y, por otro, con cargo al Fondo Nacional de Cooperación con las Corporaciones Locales.

Asimismo, la ley 14/1986 regula la financiación sanitaria para las CC.AA. Atendiendo al principio de la equidad territorial en el nivel de prestaciones, establece que la generalización del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria que implica la homologación de las atenciones y prestaciones del sistema sanitario público se efectuará mediante una asignación de recursos financieros que tengan en cuenta tanto la población a atender en cada Comunidad Autónoma como las inversiones sanitarias a realizar para corregir las desigualdades territoriales sanitarias.

Finalmente, el artículo 82 regula el **sistema de financiación para las CCAA**, indicando que la financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social transferidos a las Comunidades Autónomas se efectuará según el Sistema de financiación autonómica vigente en cada momento.

Este artículo de crucial importancia para establecer el contenido de los siguientes epígrafes. En primer lugar, abordaremos la regulación de la financiación sanitaria en el marco de las dos últimas leyes de financiación autonómica, la Ley 21/2001 y la Ley 22/2009. A continuación, dado que la financiación solo encuentra significado al enfrentarla al gasto, el tercer epígrafe presenta un breve recorrido sobre la evolución de las magnitudes de gasto sanitario en Andalucía y en el conjunto nacional. No obstante, en los últimos años las dificultades financieras por las que ha pasado la economía española se han dejado sentir en la financiación sanitaria. Los cambios normativos derivados de la crisis se abordarán en el epígrafe 5 en el que haremos especial referencia al Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, así como a las nuevas fórmulas de financiación, el mecanismo extraordinario de pago a proveedores y el fondo de liquidez autonómica. Concluiremos el trabajo con una referencia a la futura ley de garantías y sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

2. LA FINANCIACIÓN SANITARIA EN EL MARCO DEL MODELO DE FINANCIACIÓN DE LAS CC.AA.

En el ámbito del Sistema Nacional de Salud la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dio respuesta y desarrollo a las previsiones constitucionales, estableciendo los principios y criterios sustantivos que han permitido configurar el Sistema Nacional de Salud: el carácter público y la universalidad y gratuidad del sistema; la definición de los derechos y deberes de ciudadanos y poderes públicos en este ámbito; la descentralización política de la sanidad; la integración de las diferentes estructuras y servicios públicos al servicio de la salud en el Sistema Nacional de Salud y su organización en áreas de salud, y el desarrollo de un nuevo modelo de atención primaria que ponía el énfasis en la integración en este nivel de las actividades asistenciales y de prevención, promoción y rehabilitación básica. Asimismo, la ley creó el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud como órgano coordinador entre las comunidades autónomas y la Administración General del Estado, que ha realizado una importante labor tanto en el fomento del consenso como en la difusión de experiencias y en el aprendizaje mutuo entre niveles de gobierno.

La Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 dispuso en el Capítulo III de su Título I que sería el Estado, a través de las transferencias presupuestarias a las comunidades autónomas, el que asumiría totalmente la financiación pública de la asistencia sanitaria, desvinculándose con ello la asistencia sanitaria de las aportaciones a la Seguridad Social.

Al amparo de las previsiones constitucionales y de los respectivos estatutos de autonomía, desde enero de 2002 todas las comunidades autónomas habían asumido paulatinamente competencias en materia de sanidad. Este proceso se había completado con un modelo estable de financiación, a través de la aprobación de la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulaban las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía.

Así, Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud incluye el modelo de financiación entre los principios generales que la informan. En concreto, según su artículo 2.e, la financiación pública del Sistema Nacional de Salud, de acuerdo con el vigente sistema de financiación autonómica. Asimismo, el artículo 8 indica que las Comunidades Autónomas deberán destinar los recursos económicos necesarios para asegurar la financiación de la cartera común de servicios, siendo preceptiva, para la aprobación de la cartera de servicios complementaria de una Comunidad Autónoma, la garantía previa de suficiencia financiera de la misma, en el marco del cumplimiento de los criterios de estabilidad presupuestaria.

En definitiva, las prestaciones que establece la Ley 16/2003 son responsabilidad financiera de las comunidades autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y

el sistema de financiación autonómica vigente, sin perjuicio de la existencia de un tercero obligado al pago. Las comunidades autónomas deberán destinar a la financiación de dichas prestaciones los mínimos previstos en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre. Los sistemas de garantías que prevé esta ley son asimismo responsabilidad financiera de las comunidades autónomas.

La suficiencia para la financiación de las prestaciones y de las garantías de seguridad y calidad establecidas en la ley 16/2003 viene determinada por los recursos asignados a las comunidades autónomas conforme a lo establecido en la mencionada Ley 21/2001, de 27 de diciembre, y de acuerdo con el principio de lealtad institucional, en los términos del artículo 2.1.e) de la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas.

De acuerdo con lo anterior, la inclusión de una nueva prestación en el catálogo de prestaciones del Sistema Nacional de Salud deberá acompañarse de una memoria económica que contenga la valoración del impacto positivo o negativo que pueda suponer. Dicha memoria se elevará al Consejo de Política Fiscal y Financiera para su análisis en el contexto de dicho principio de lealtad institucional.

2.1. Ley 21/2001 de financiación de las CC.AA.

La LEY 21/2001, de 27 de diciembre, reguló el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía desde 1 de enero de 2002, el establecimiento del régimen general de la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas, la participación de las Comunidades Autónomas en la Agencia Estatal de Administración Tributaria y las asignaciones de nivelación de los servicios públicos fundamentales. Asimismo, recoge la adaptación al nuevo sistema de financiación de la normativa de los tributos cedidos, de la Ley General de Sanidad y del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social.

El nuevo Sistema de financiación se fundamenta en los principios de: generalidad, estabilidad, suficiencia, autonomía, solidaridad, coordinación, participación en la Agencia Estatal de Administración Tributaria y participación en los Tribunales Económico-Administrativos.

El principio de **generalidad** se manifiesta en dos vertientes:

- La primera, hace referencia al carácter integrador del mismo, en tanto que abarca la financiación de todos los servicios susceptibles de traspaso a las Comunidades Autónomas. Hasta entonces, existían tres formas de financiación diferenciadas, una para los denominados servicios comunes, otra para los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y la tercera, para los servicios sociales de la Seguridad Social.
- La segunda, implica que el Sistema de financiación es de aplicación a las Comunidades Autónomas que cumplan los requisitos del mismo.

Conforme al principio de **estabilidad**, el Sistema de financiación tiene vocación de permanencia. Ello permite que las Comunidades Autónomas puedan realizar una planificación a largo plazo con mayor certidumbre y seguridad.

El principio de **suficiencia**, que se concreta en tres elementos: en el cálculo de las necesidades de financiación, en la regulación de sus recursos y en sus reglas de evolución, asegura que todas las Comunidades Autónomas disponen de los recursos suficientes para atender la prestación de los servicios asumidos y los susceptibles de traspaso.

En virtud del principio de **autonomía**, el Sistema de financiación amplía las potestades de decisión de las Comunidades Autónomas en materia fiscal, tanto en lo que respecta a la forma de obtención de sus recursos, como a las condiciones de prestación de sus servicios.

El principio de **solidaridad** garantiza que las Comunidades Autónomas puedan prestar sus servicios en condiciones equivalentes, con independencia de las distintas capacidades de obtención de recursos tributarios, mediante la determinación de las necesidades totales de financiación y mediante la implantación del denominado «Fondo de Suficiencia».

En aplicación del principio de **coordinación**, el Sistema de financiación incorpora las normas concretas de localización y atribución de los rendimientos de los tributos cedidos a las Comunidades Autónomas, así como de colaboración entre las Administraciones en la gestión, liquidación, recaudación e inspección de los tributos, y también en la revisión de los actos dictados en vía de gestión tributaria, con la finalidad de dar mayor seguridad y estabilidad al ejercicio de las potestades fiscales de las Comunidades Autónomas.

Consecuencia del principio de **participación en la Agencia Estatal de Administración Tributaria**, el Sistema introduce la forma de colaboración y participación efectiva de las Comunidades Autónomas en la toma de decisiones en la Agencia Estatal de Administración Tributaria, especialmente en aquellas áreas que afecten a la gestión de sus recursos.

El Sistema, por último, introduce el principio de **participación de las Comunidades Autónomas en los Tribunales Económico-Administrativos** de ámbito regional del Estado.

Para la determinación de las necesidades de financiación se establece 1999 como año base del sistema de financiación (suficiencia estática). Las necesidades de financiación, en términos de homogeneidad competencial, de las distintas Comunidades Autónomas, se determinan en el año base, inicialmente, mediante la aplicación a la masa homogénea de financiación asignada a cada uno de los bloques competenciales en valores del año base 1999, de las variables sociodemográficas y distributivas, y determinadas ponderaciones y modulaciones.

Las necesidades de financiación total de cada Comunidad Autónoma resultan de agregar a las necesidades de financiación en términos de homogeneidad competencial para cada Comunidad Autónoma, el valor en el año base 1999 de las competencias no homogéneas.

La masa homogénea de financiación de los distintos **bloques competenciales** está constituida por las siguientes partidas:

1. Primer bloque: financiación de competencias comunes.

El resultado de la liquidación definitiva del año 1999, por los diversos conceptos que integran la misma:

- Tarifa autonómica del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- Participación en los Ingresos del Estado, que se compone de los siguientes conceptos:
 - Participación en los ingresos territorializados del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
 - Participación en los Ingresos Generales del Estado.
 - Fondo de Garantía para el año 1999.

2. Segundo bloque: financiación de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

Se integra por los siguientes conceptos:

- a) La financiación resultante de la liquidación definitiva del año 1999, para las Comunidades Autónomas con competencias asumidas en la materia.
- b) El importe de la financiación resultante para las restantes Comunidades Autónomas, integradas en el bloque «INSALUD gestión directa».

3. Tercer bloque: financiación de la gestión de los servicios sociales de la Seguridad Social. Este bloque viene determinado por la financiación que resulta de la liquidación definitiva del año 1999, para las Comunidades Autónomas de régimen común.

Una vez definidos los bloques competenciales la Ley aborda la determinación de las necesidades homogéneas de financiación. Para determinar en el año base las necesidades homogéneas de financiación de las respectivas Comunidades Autónomas, se opera con la masa de financiación homogénea asignada a cada uno de los bloques competenciales y otros fondos adicionales, de acuerdo con los siguientes criterios:

A) *Bloque de competencias comunes.*

a) Fondo General.

El total de la masa de financiación, una vez asignado el mínimo fijo de 39,66 millones de euros, para cada Comunidad Autónoma y excluidos los recursos del Sistema que tienen como objetivo fomentar el principio de solidaridad, se distribuye de acuerdo con los siguientes criterios:

- Población. La distribución por esta variable se efectúa proporcionalmente a la población contenida en el Padrón para cada Comunidad Autónoma, a 1 de enero de 1999, elaborado por el Instituto Nacional de Estadística (INE). La ponderación de esta variable es del 94 por ciento. Anualmente se analizarán los efectos derivados de la aplicación al Sistema de Financiación de la evolución del censo de población, con respecto a las necesidades resultantes en el año anterior.

- Superficie. El reparto de acuerdo con esta variable se lleva a cabo en función de la superficie territorial, en km², de cada Comunidad Autónoma publicada por el INE. La ponderación de esta variable es del 4,2 por ciento.
- Dispersión. La asignación por esta variable se efectúa en proporción al número de entidades singulares, núcleos de población, de cada Comunidad Autónoma, según los datos facilitados por el INE obtenidos del Padrón Municipal de 1998. La ponderación de esta variable es del 1,2 por ciento.
- Insularidad. La imputación por esta variable se efectúa proporcionalmente a la distancia ponderada en kilómetros, aplicando un coeficiente del 1,25 al exceso sobre 1.000 kilómetros, entre las costas de la península y las capitales insulares, sobre la base de la información facilitada por el Centro Nacional de Información Geográfica del Ministerio de Fomento. La ponderación de esta variable es del 0,6 por ciento».

b) Fondo para paliar la escasa densidad de población.

Dotado con 48,08 millones de euros, tiene por objeto reforzar el principio de solidaridad y se aplica con el fin de paliar la situación en que se encuentran las Comunidades Autónomas afectadas por un proceso de despoblación importante. Este Fondo se distribuye entre aquellas Comunidades Autónomas con una densidad de población inferior a 27 habitantes por kilómetro cuadrado, siempre que, además, su extensión superficial sea inferior a 50.000 kilómetros cuadrados.

c) Garantía de mínimos.

El Sistema garantiza que los recursos asignados a cada Comunidad Autónoma por los Fondos que se enumeran en las letras a) y b) anteriores sean al menos iguales, en términos de homogeneidad, a los que cada una de ellas tiene en su masa homogénea de financiación, correspondiente al bloque de competencias comunes.

d) Fondo de Renta Relativa.

Dotado con 150,25 millones de euros, tiene, asimismo, por objeto reforzar el principio de solidaridad y se distribuye teniendo en cuenta la situación de menor riqueza relativa de algunas Comunidades Autónomas; para ello se utilizará como variable de reparto un índice ponderado de renta relativa definido en la propia ley (art. 4).

B) Bloque de competencias de gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

a) Fondo General.

La masa homogénea de financiación de este bloque competencial se asigna de acuerdo con los siguientes criterios:

- Población protegida. La distribución por esta variable se efectúa proporcionalmente al valor de la misma para 1999, según las estadísticas elaboradas por el Ministerio de Sanidad y Consumo. La ponderación de esta variable es del 75 por ciento.
- Población mayor de sesenta y cinco años. La asignación, de acuerdo con esta variable, se lleva a cabo en función a la población mayor de sesenta y cinco años del Padrón a 1 de enero de 1999 para cada Comunidad Autónoma, elaborado por el INE. La ponderación de esta variable es del 24,5 por ciento.
- Insularidad. La asignación por esta variable se efectúa proporcionalmente a la distancia en kilómetros, ponderada por tramos, entre las costas de la península y las capitales insulares, con base en la información que facilite el Centro Nacional de Información Geográfica del Ministerio de Fomento. La ponderación de esta variable es del 0,5 por ciento.

b) Garantía de mínimos.

El Sistema garantiza que la financiación asignada a cada Comunidad Autónoma por el Fondo General a que se refiere la letra a) anterior, sea al menos igual a la que cada una de ellas tiene asignada, como masa homogénea de financiación en este bloque de competencias.

c) Fondos específicos.

Se establecen dos Fondos, el Fondo «Programa de ahorro en incapacidad temporal» y el Fondo de cohesión sanitaria.

- Fondo «Programa de ahorro en incapacidad temporal».

Este Fondo financia la adopción de programas y medidas dirigidas al control del gasto relativo a la incapacidad temporal y a la mejora de la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social para estas contingencias, correspondiendo la gestión financiera de dicho fondo a la Tesorería General de la Seguridad Social. La dotación de este Fondo, que afecta tanto a las Comunidades Autónomas con la gestión transferida como a las que no la tienen, es de 240,40 millones de euros, que se incrementará anualmente según se determine en las leyes de Presupuestos Generales del Estado, y se distribuirá entre las Comunidades Autónomas de acuerdo con la población protegida. El importe de este Fondo para cada Comunidad Autónoma está integrado en las necesidades de financiación para cada Comunidad Autónoma.

- Fondo de cohesión sanitaria.

Este Fondo tiene por finalidad garantizar la igualdad de acceso a los servicios de asistencia sanitaria públicos en todo el territorio español, y la atención a ciudadanos desplazados procedentes de países de la Unión Europea o de países con los que España tenga suscritos convenios de asistencia sanitaria recíproca, y será gestionado por el Ministerio de Sanidad y Consumo. La distribución de estos fondos se articulará de acuerdo con su regulación específica. Dicho Ministerio establecerá el procedimiento para compensar con cargo a este Fondo a las Comunidades Autónomas por el saldo neto de la asistencia sanitaria prestada a desplazados.

C) *Bloque de competencias de la gestión de los Servicios Sociales de la Seguridad Social.*

La masa homogénea de financiación de este bloque competencial, se asigna en función de la población mayor de sesenta y cinco años del Padrón para cada Comunidad Autónoma, elaborado por el INE. El Sistema garantiza que la financiación asignada a cada Comunidad Autónoma sea al menos igual a la que cada una de ellas tiene asignada, como masa homogénea de financiación en este bloque de competencias.

La sección 2ª de la Ley 21/2001a regula los distintos recursos financieros del Sistema en el año base 1999, que cubren las necesidades de financiación, establecidas en la sección 1ª. Los **recursos** del nuevo Sistema son los siguientes:

- Recaudación de tributos cedidos sobre:
 - Patrimonio, Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados
 - Sucesiones y Donaciones
 - Juego
 - Determinados Medios de Transporte
 - Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos
 - Tasas afectas a los servicios transferidos
- Tarifa autonómica del IRPF
- Cesión del 35 por ciento de la recaudación líquida por IVA
- Cesión del 40 por ciento de la recaudación líquida por el Impuesto sobre la Cerveza, Impuesto sobre el Vino y Bebidas Fermentadas
- Cesión del 40 por ciento de la recaudación líquida por los Impuestos sobre Productos Intermedios y sobre Alcohol y Bebidas Derivadas
- Cesión del 40 por ciento de la recaudación líquida por el Impuesto sobre Hidrocarburos
- Cesión del 40 por ciento de la recaudación líquida por el Impuesto sobre Labores del Tabaco
- Cesión del 100 por ciento de la recaudación líquida por el Impuesto sobre la Electricidad
- Fondo de Suficiencia.

La sección 3ª regula la evolución de los distintos recursos del Sistema de Financiación. Queda materializada así la **suficiencia dinámica** del Sistema, que asegura en el tiempo la cobertura, en términos equivalentes, de la financiación de los servicios de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía. Esta sección establece la vinculación de todos los recursos del Sistema de Financiación a la financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social en el importe que resulte de aplicar, al valor en el año base de la financiación de estos servicios, el índice de crecimiento nacional.

En el Título V se regulan las **asignaciones de nivelación** en los servicios públicos fundamentales de educación y sanidad. En el caso del servicio público fundamental de sanidad queda afectado el nivel de prestación, cuando el incremento de la población protegida, debidamente ponderada en función de la edad, en la Comunidad Autónoma entre un año y el siguiente, expresado en términos porcentuales, sea superior, en más de 3 puntos,

al incremento porcentual que experimente en ese mismo período la media nacional. En concreto, se considerará que quedan afectados los niveles de prestación de los servicios públicos fundamentales de sanidad cuando los incrementos sean superiores en más de 1 punto a las medias nacionales cuando la superficie de la Comunidad Autónoma sea superior a 90.000 kilómetros cuadrados.

La Ley 21/2001 también incorpora una **garantía sanitaria** durante los tres primeros ejercicios ligada al PIB y un impuesto autonómico creado para financiar la sanidad (CUENCA & GONZÁLEZ, 2015). En concreto, la disposición transitoria segunda «Financiación de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social» establece:

1. El Estado garantiza a las Comunidades Autónomas que tengan asumida la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, que la financiación de dichos servicios en el año 2002 será, como mínimo, la obtenida en el último año del sistema vigente de financiación de los servicios de sanidad en el período 1998-2001.
2. Durante los tres primeros años del Sistema de Financiación, el Estado garantiza a las Comunidades Autónomas que tengan asumida la gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, que el índice de evolución de la financiación asignada a los mismos tendrá un índice de evolución del PIB nominal a precios de mercado.

Adicionalmente, en este mismo año, la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social estableció un **recurso financiero adicional**. En el marco del modelo de financiación de las Comunidades Autónomas se establece el nuevo impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, con la condición de impuesto estatal cedido a las Comunidades Autónomas y quedando afectada su recaudación a la cobertura de los gastos en materia de sanidad y, en su caso, de los de actuaciones medio ambientales.

Con efectos a partir del día 1 de enero de 2002, se crea un nuevo Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos¹. Los rendimientos que se deriven de dicho Impuesto quedarán afectados en su totalidad a la financiación de gastos de naturaleza

¹ Respecto a este nuevo impuesto, la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de fecha 27 de febrero de 2014 (http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?doclang=ES&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=148383&occ=first&dir=&cid=863891) declara:

El artículo 3, apartado 2, de la Directiva 92/12/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa al régimen general, tenencia, circulación y controles de los productos objeto de impuestos especiales, debe interpretarse en el sentido de que **se opone** a una norma nacional que establece un impuesto sobre la venta minorista de hidrocarburos, como el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos controvertido en el litigio principal, ya que no puede considerarse que tal impuesto persiga una finalidad específica en el sentido de dicha disposición, toda vez que el mencionado impuesto, destinado a financiar el ejercicio, por parte de los entes territoriales interesados, de sus competencias en materia de sanidad y de medioambiente, no tiene por objeto, por sí mismo, garantizar la protección de la salud y del medioambiente.

sanitaria orientados por criterios objetivos fijados en el ámbito nacional. No obstante lo anterior, la parte de los recursos derivados de los tipos de gravamen autonómicos podrá dedicarse a financiar actuaciones medioambientales que también deberán orientarse por idéntico tipo de criterios.

2.2. Ley 22/2009 de financiación de las CC.AA.

La Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias, regulará el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía desde el 1 de enero de 2009, incluyendo la garantía de financiación de servicios públicos fundamentales, los fondos de convergencia autonómica, el establecimiento del régimen general de la cesión de tributos del Estado a las Comunidades Autónomas y los órganos de coordinación de la gestión tributaria.

Esta Ley nace con la intención de corregir algunos elementos estructurales de la anterior Ley 21/2001 junto al significativo y asimétrico aumento de la población experimentado en los años de su aplicación y la aprobación de las reformas de los Estatutos de Autonomía de seis Comunidades Autónomas.

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

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

El principio de **suficiencia**, por su parte, queda garantizado mediante el Fondo de Suficiencia Global, que permite asegurar la financiación de la totalidad de las competencias de las Comunidades Autónomas y Ciudades con Estatuto de Autonomía, al tiempo que se respetan los resultados del modelo actual a través de la cláusula del statu quo, de manera que ninguna pierda con el cambio de modelo.

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

la convergencia en financiación per cápita y la convergencia en los niveles de vida de los ciudadanos.

Los principios de **autonomía y corresponsabilidad** se refuerzan en este nuevo sistema mediante el aumento de los porcentajes de cesión de los tributos parcialmente cedidos a las Comunidades Autónomas y mediante el incremento de las competencias normativas de éstas de cara a que tengan una mayor capacidad para decidir la composición y el volumen de ingresos de que disponen.

Se mejora la **dinámica** del sistema con el objetivo de favorecer su estabilidad. Para ello, se introducen mecanismos efectivos y explícitos de ajuste de los recursos a las necesidades de los ciudadanos mediante la actualización anual de las variables que determinan la necesidad de financiación a efectos de calcular la participación en el Fondo de Garantía de cada Comunidad Autónoma, además de preverse una evaluación quinquenal de los resultados del sistema.

El Título I establece 2007 como año base para la determinación de las necesidades globales de financiación, no obstante **recursos adicionales** que se integran en el Sistema de Financiación en el año 2009 y 2010.

Para el **año 2009** la Ley distingue entre.

- A. *Recursos para refuerzo del estado de bienestar por un total de 4.900 millones de euros distribuidos de la siguiente manera.*
 - a) El 75% de estos recursos se distribuirán entre las Comunidades Autónomas de régimen común en atención al peso relativo de la variación de su población ajustada entre 1999 y 2009
 - b) El 25% restante se distribuirá entre las Comunidades Autónomas de régimen común en atención a:
 - a. El peso relativo de la población ajustada de cada Comunidad Autónoma en 2009
 - b. El peso relativo de la población potencialmente dependiente de cada Comunidad Autónoma
 - c. El peso relativo del número de personas reconocidas como dependientes con derecho a prestación, registradas en el Sistema de Información del SAAD

- B. *Otros recursos adicionales*
 - I. Recursos para las Comunidades Autónomas con dispersión superior a la media: El Estado aportará un fondo de 50 millones
 - II. Recursos para las Comunidades Autónomas con densidad poblacional inferior a la media: El Estado aportará un fondo de 50 millones

III. Recursos para las políticas de normalización lingüística: Se refuerza la financiación de estas políticas con un importe equivalente a multiplicar por 2,5 la financiación que proporcionaría el sistema regulado en la Ley 21/2001.

Para el **año 2010**, el Estado deberá incorporar a los recursos definitivos proporcionados por el sistema:

- A. Un importe de 1.200 millones de euros repartidos entre las Comunidades Autónomas de régimen común, en atención al peso relativo del número de personas reconocidas como dependientes con derecho a prestación, registradas en el SISAAD.
- B. Un importe de 1.200 millones de euros, repartidos en atención al peso relativo de la población ajustada de cada Comunidad Autónoma en 2009.

La transferencia del **Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales** tiene por objeto asegurar que cada Comunidad Autónoma recibe los mismos recursos por habitante ajustado para financiar los servicios públicos fundamentales esenciales del Estado de Bienestar. Es un mecanismo de garantía en el cual participan todas las Comunidades Autónomas con un porcentaje de sus recursos tributarios.

El Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, en adelante el Fondo de Garantía, se forma en el año base con el 75% de los recursos tributarios anteriormente definidos del año 2007 que corresponden a cada Comunidad Autónoma.

Por otra parte, las Comunidades Autónomas participan en el Fondo de Garantía correspondiente al 2007, con arreglo a las siguientes variables:

- Población. La ponderación de esta variable es del 30 por ciento.
- Superficie. La ponderación de esta variable es del 1,8 por ciento.
- Dispersión. La ponderación de esta variable es del 0,6 por ciento.
- Insularidad. La ponderación de esta variable es del 0,6 por ciento.
- Población protegida equivalente distribuida en siete grupos de edad, con arreglo a la metodología descrita en el Informe del Grupo de Trabajo de Análisis del Gasto Sanitario, publicado en septiembre de 2007. La distribución por esta variable se efectúa proporcionalmente al valor de la misma para 2007, según las estadísticas elaboradas por el Ministerio de Sanidad y Consumo. La ponderación de esta variable es del 38 por ciento.

Conforme a dicha metodología, a efectos de determinar la población protegida equivalente, la población protegida se pondera por 1,031 para niños de 0 a 4 años, por 0,433 entre 5 y 14, por 0,547 entre 15 y 44, por 0,904 entre 45 y 54, por 1,292 entre 55 y 64, por 2,175 entre 65 y 74, y finalmente por 2,759 a partir de 75 años.

- Población mayor de sesenta y cinco años. La ponderación de esta variable es del 8,5 por ciento.
- Población entre 0 y 16 años. La ponderación de esta variable es del 20,5 por ciento.

La transferencia de garantía es el saldo positivo o negativo por Comunidad Autónoma, de la diferencia entre el importe de la participación de cada Comunidad en el Fondo de Garantía para el año 2007 y el 75% de los recursos tributarios.

Además se contempla en la Ley la existencia de un **Fondo de Suficiencia Global**. El volumen de dicho Fondo para cada Comunidad Autónoma en el año base es la diferencia, positiva o negativa, entre las necesidades globales de financiación de la Comunidad Autónoma en el año base y la suma de su capacidad tributaria, más la transferencia positiva o negativa del Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales, en el mismo año.

Nos centraremos a continuación en el contenido del Título II, pues se ocupa de la regulación detallada de los nuevos Fondos de Convergencia Autonómica: el Fondo de Competitividad y el Fondo de Cooperación. Se trata de Fondos creados con recursos adicionales del Estado y con los objetivos de aproximar las Comunidades Autónomas en términos de financiación por habitante ajustado y de favorecer el equilibrio económico territorial, contribuyendo a la igualdad y la equidad.

El **Fondo de Competitividad** tratará de reforzar la equidad y la eficiencia en la financiación de las necesidades de los ciudadanos y reducir las diferencias en financiación homogénea per cápita entre Comunidades Autónomas, al mismo tiempo que se incentiva la autonomía y la capacidad fiscal en todas y cada una de las Comunidades Autónomas y se desincentiva la competencia fiscal a la baja.

Mediante este Fondo, se pretende garantizar que aquellas Comunidades Autónomas cuyos recursos por habitante ajustado proporcionados por el nuevo modelo previos a la aplicación de este Fondo sean inferiores a la media, teniendo en cuenta la capacidad fiscal de las Comunidades Autónomas, vean incrementados dichos recursos. El Fondo de Competitividad se repartirá anualmente entre las Comunidades Autónomas de régimen común con financiación per cápita ajustada inferior a la media o a su capacidad fiscal, en función de su población ajustada relativa.

El **Fondo de Cooperación** se diseña con la intención de equilibrar y armonizar el desarrollo regional estimulando el crecimiento de la riqueza y la convergencia regional en términos de renta. Serán beneficiarias de dicho fondo aquellas Comunidades Autónomas de régimen común que cumplan alguna de las siguientes condiciones:

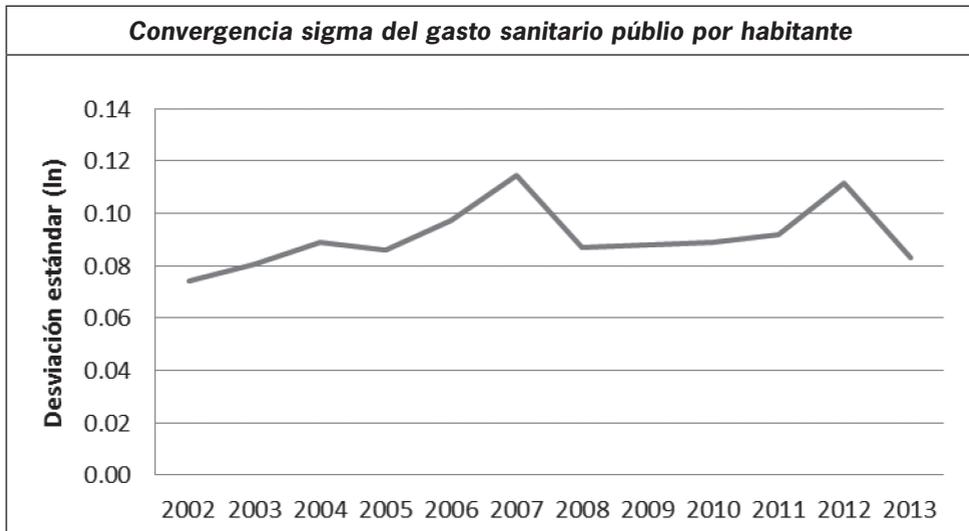
- a) Que tengan un PIB per cápita inferior al 90% de la media correspondiente a las Comunidades Autónomas de régimen común.
- b) Que tengan una densidad de población inferior al 50% de la densidad media correspondiente a las Comunidades Autónomas de régimen común.
- c) Que teniendo un crecimiento de población inferior al 90% de la media correspondiente a las Comunidades Autónomas de régimen común, tengan una densidad de población por kilómetro cuadrado inferior a la cifra resultante de multiplicar por 1,25 la densidad media de las Comunidades Autónomas de régimen común.

El importe inicial del fondo asciende a 1.200 millones de euros.

Los recursos del Fondo de Cooperación se distribuirán en dos subfondos:

- Subfondo 1: estará dotado con dos tercios del Fondo de Cooperación, se repartirá entre todas las Comunidades Autónomas beneficiarias, en atención a su población relativa ponderada por la distancia del PIB per cápita de cada Comunidad Autónoma respecto a la media.
- Subfondo 2: dotado con un tercio del Fondo de Cooperación, se distribuirá entre las Comunidades Autónomas que tienen un crecimiento de población inferior al 50% de la media correspondiente a las Comunidades Autónomas de régimen común.

Sin embargo, no hay evidencia del proceso de convergencia en el gasto en términos per capita entre las Comunidades Autónomas. Al contrario, el indicador de convergencia sigma² ofrece una evolución creciente en el periodo 2002-2013.



Fuente: INCLASNS (07/12/2015 20:29). Elaboración propia.

Finalmente, la disposición transitoria tercera deja sin efecto las medidas derivadas de la II Conferencia de Presidentes, relativas a las dotaciones complementarias para la financiación

² En la literatura reciente la reducción progresiva de las disparidades regionales en renta por habitante a lo largo del tiempo se conoce como convergencia sigma. Este concepto de convergencia se mide normalmente examinando la evolución de distintas medidas estadísticas de dispersión referidas a alguna variable que se considere un buen indicador de la renta por habitante. En este caso se calcula como la desviación estándar del logaritmo neperiano de los valores de la variable (gasto sanitario público por habitante protegido) en cada año del periodo estudiado.

Existe sigma-convergencia si la dispersión y las desigualdades entre CC.AA. baja con el tiempo. Para que haya sigma-convergencia es necesario que haya beta-convergencia, es decir, para que haya convergencia del tipo que sea es necesario que las regiones de mayor gasto per capita crezcan más que las que tienen menos gasto. Pero para que haya sigma-convergencia es necesario además que los «otros factores» no actúen en sentido contrario.

de la asistencia sanitaria y de compensación de Insularidad (Medida 1, apartados 2 y 3) así como el Fondo Presupuestario que instrumenta la actual Garantía de Asistencia Sanitaria (medida 1, apartado 5).

En relación con el Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos, la disposición transitoria séptima indica que las devoluciones de ingresos realizadas de dicho impuesto con posterioridad a su derogación corresponderán a las Comunidades Autónomas en los términos previstos con anterioridad a dicha derogación. Para hacer efectivo lo anterior el Estado podrá realizar los descuentos necesarios en cualquiera de los pagos derivados de la aplicación del sistema de financiación. No obstante lo anterior, corresponderán al Estado las devoluciones de ingresos del Impuesto sobre las Ventas Minoristas de Determinados Hidrocarburos correspondientes al territorio común, que se deriven de la ejecución de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-82/12, de 27 de febrero de 2014, con independencia del momento en que haya tenido lugar la devolución.

De acuerdo con la disposición derogatoria, desde el 1 de enero de 2010 queda derogado el artículo primero del Real Decreto-Ley 12/2005, de 16 de septiembre, por el que se aprueban determinadas medidas urgentes en materia de financiación sanitaria³.

3. EVOLUCIÓN DEL GASTO SANITARIO, ESPAÑA Y ANDALUCÍA.

Tal como plantean Cuenca y González, ingresos y gastos son dos caras de la misma moneda cuya determinación no debería realizarse de forma aislada. El ejemplo de la sanidad

³ Preámbulo: El derecho a una asistencia sanitaria de calidad constituye uno de los pilares del Estado de bienestar con el que el Gobierno se encuentra firmemente comprometido.

Respecto a dicha asistencia se vienen apreciando insuficiencias en su financiación que conducen a la necesidad de adoptar medidas urgentes en este momento si no se quiere que el servicio prestado a los ciudadanos pudiera resentirse de forma apreciable en el futuro inmediato.

Aunque no cabe duda alguna de que las prestaciones sanitarias son competencia de las comunidades autónomas –cuyos medios se encuentran, además, salvo supuestos muy concretos, totalmente transferidos–, el Gobierno, precisamente por ese compromiso al que antes se hacía referencia, ha decidido incluir en su política económica medidas para reforzar la financiación sanitaria.

Así, el Presidente del Gobierno presentó ante la II Conferencia de Presidentes de las Comunidades Autónomas una serie de medidas que resultaron aprobadas. Del mismo modo, el subsiguiente Consejo de Política Fiscal y Financiera de las Comunidades Autónomas, celebrado el 13 de septiembre de 2005, aprobó el detalle de dichas medidas, con la especificación del reparto entre comunidades autónomas hasta el grado en que la naturaleza de cada una de ellas lo permitía.

La propuesta del Gobierno se configura como una medida de política económica, urgente y añadida al sistema vigente de financiación autonómica. No se pretende ahora alterar este sistema (salvo en los retoques técnicos que pudieran resultar imprescindibles), pues ello exigiría un proceso temporal largo –para su estudio y la aglutinación de los necesarios acuerdos– que sería incompatible con la actuación rápida que se demanda y se pretende satisfacer. La implementación de estos acuerdos exige, por su diversa naturaleza, distintos instrumentos jurídicos que se deben llevar a efecto de la manera más urgente posible, dada la necesidad antes expuesta.

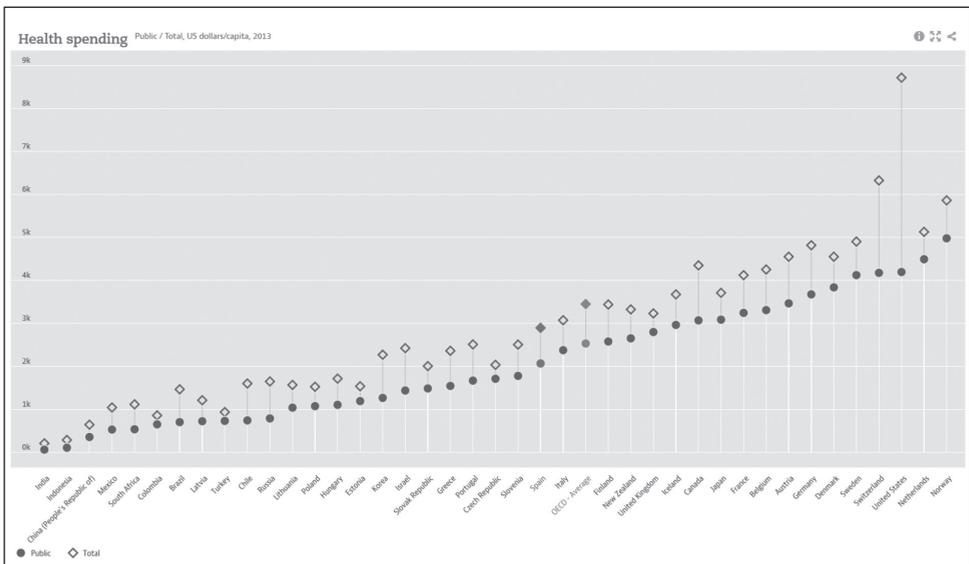
Y como uno de esos instrumentos, a través de este real decreto-ley, se da cumplimiento a dos de esas medidas –la autorización de anticipos de tesorería y la subida de determinados impuestos especiales– que exigen norma con rango de ley para su puesta en práctica así como una actuación especialmente rápida dada su naturaleza.

pone de manifiesto que una parte considerable del gasto sanitario de las comunidades autónomas viene condicionada por decisiones del Gobierno central, limitando de este modo la autonomía de las mismas (CUENCA & GONZÁLEZ, 2015).

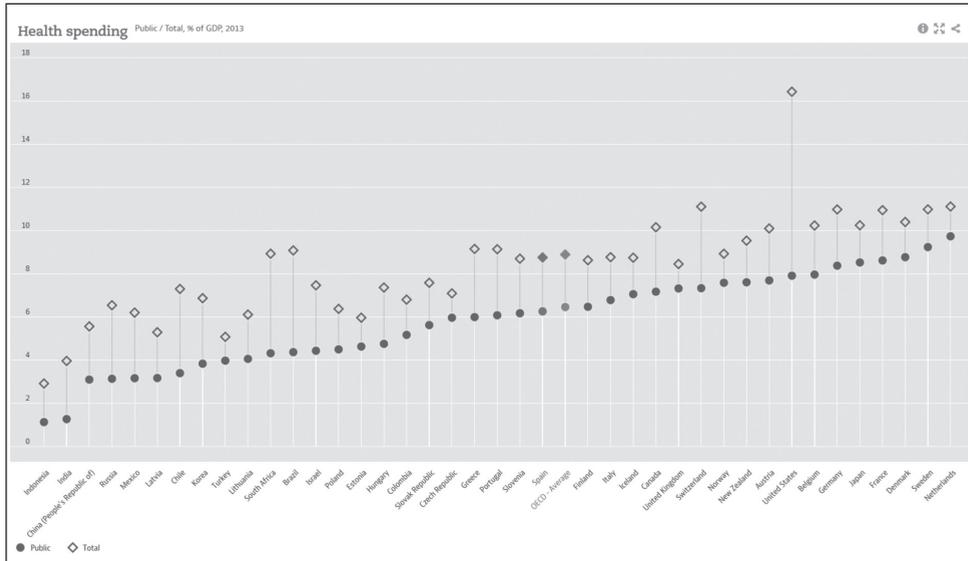
La sanidad constituye, por su volumen de gasto, la primera de las funciones atribuidas a las Administraciones regionales en España. En consecuencia, el proceso de consolidación fiscal por el lado del gasto durante los últimos años ha afectado de manera singular, en este nivel intermedio de gobierno, a las prestaciones y servicios de la sanidad pública. En el cuatrienio 2010-2013, el esfuerzo de reducción del gasto alcanzó un 12% del existente en 2009, año en el que se había situado su máximo histórico. Sin embargo, ni todas las comunidades autónomas, ni todos los servicios, ni todos los capítulos de gasto se han visto igualmente afectados.

La disminución del gasto sanitario ha pivotado, en síntesis, sobre cuatro vectores: las reducciones salariales, la caída de efectivos en las categorías profesionales inferiores, los recortes en el precio de los medicamentos y la práctica eliminación de las inversiones. En términos generales, las comunidades autónomas con mayores problemas de déficit tuvieron que realizar ajustes más severos en sus servicios sanitarios: Castilla-La Mancha, Comunidad Valenciana, Cataluña o Andalucía aparecen así con reducciones importantes en la mayoría de indicadores manejados en este trabajo. En cambio, País Vasco, Madrid, Castilla y León o Galicia presentan ajustes mucho más suaves. (Bandrés & González, 2015).

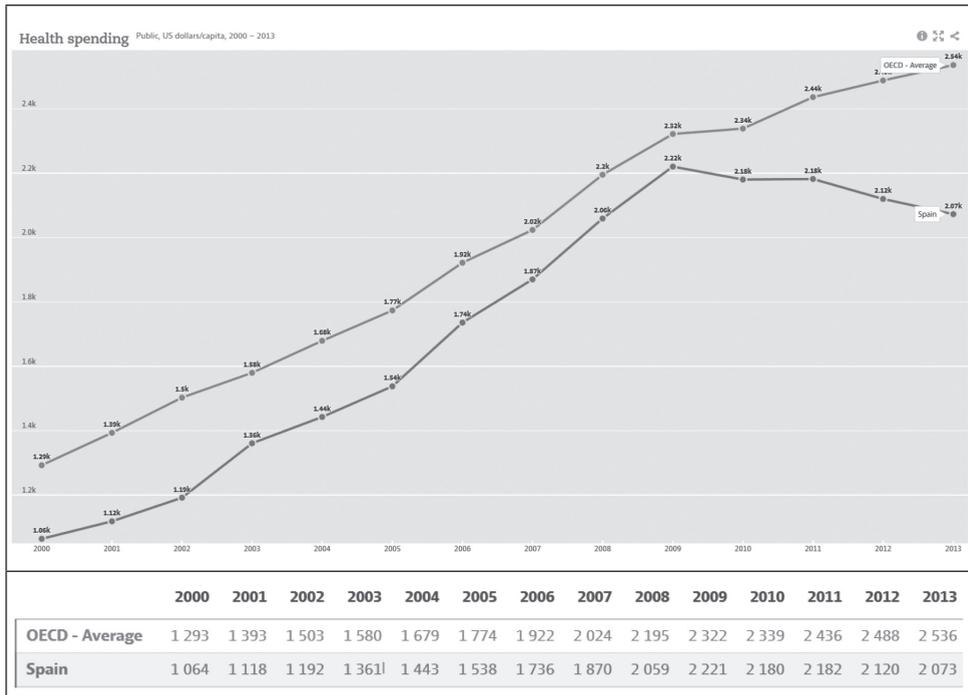
No obstante, el nivel del gasto sanitario en España no se separa de los patrones seguidos por el resto de países de la OCDE, tanto en términos de gasto per cápita como en porcentaje del PIB, las cifras españolas quedan por debajo de la media de los países de la OCDE.



Fuente. OECD (2015), Health spending (indicator). doi: 10.1787/8643de7e-en (Accessed on 08 December 2015)

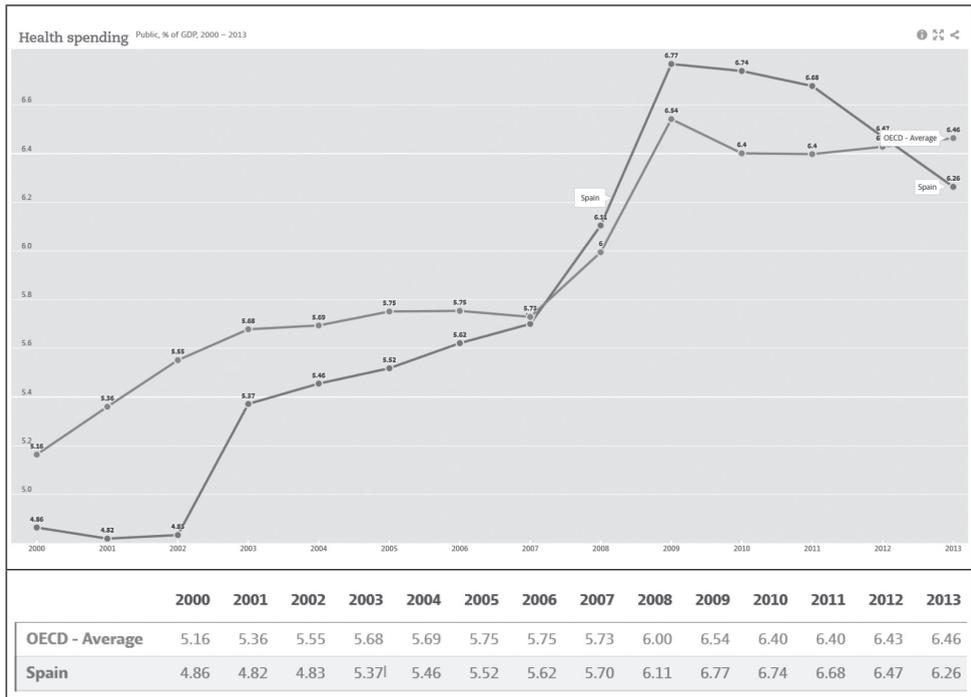


Fuente. OECD (2015), Health spending (indicator). doi: 10.1787/8643de7e-en (Accessed on 08 December 2015)



Fuente. OECD (2015), Health spending (indicator). doi: 10.1787/8643de7e-en (Accessed on 08 December 2015)

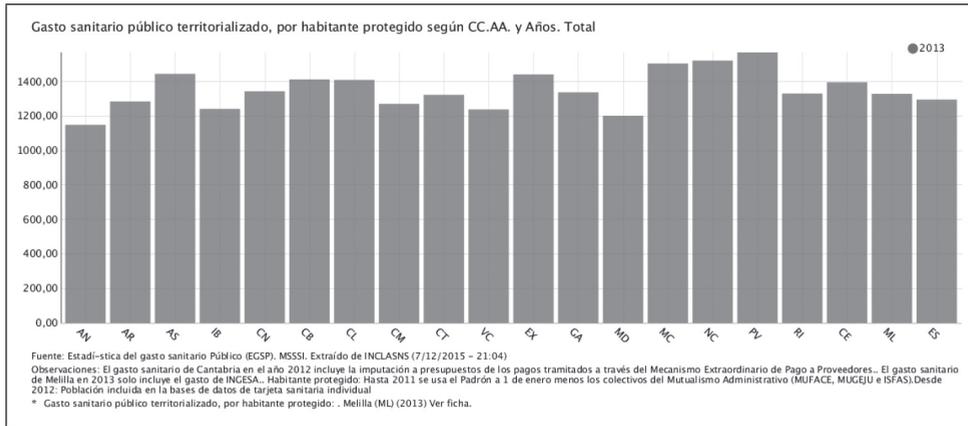
Tampoco en la evolución temporal del gasto se observa una evolución singular de la serie de gasto público en España. Desde 2003, en términos de gasto per cápita, se observa una convergencia progresiva hacia los valores promedios de la OCDE. Dicho proceso de convergencia se ve interrumpido en 2009, año en el que el gasto sanitario público español comienza a disminuir frente a una tendencia continuista al alza en el promedio de los países de la OCDE. En 2013 la brecha que separa ambas series es la mayor que se observa desde comienzos de siglo.



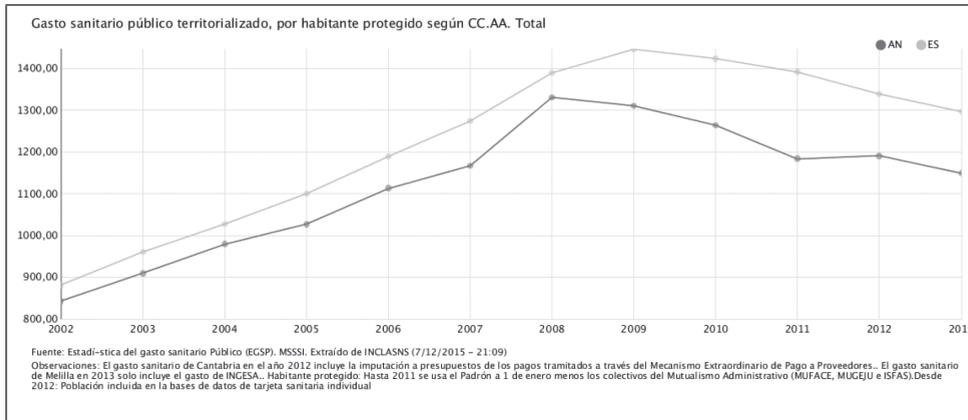
Fuente. OECD (2015), Health spending (indicator). doi: 10.1787/8643de7e-en (Accessed on 08 December 2015)

Sin embargo, en términos relativos respecto al PIB, el gasto sanitario público español había superado las cifras promedio de la OCDE a partir de 2008. El proceso de ajuste durante la crisis ha vuelto a situar el porcentaje del PIB dedicado a gasto público sanitario en niveles inferiores al promedio de los países de la OCDE.

En cuanto al panorama regional, el gasto sanitario público por habitante nos ofrece en 2013 un escenario bastante heterogéneo con niveles de gasto muy dispares entre las CC.AA.



Además, la distancia en el gasto público por habitante con el promedio nacional se ha ido acrecentando en los últimos años de crisis económica:



Gasto sanitario público territorializado, por habitante protegido

CC.AA.	Años											
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013
Andalucía (AN)	842.98	909.37	979.70	1.026.96	1.113.45	1.167.27	1.330.60	1.310.47	1.264.76	1.184.14	1.190.69	1.149.70
Aragón (AR)	954.57	1.068.90	1.168.02	1.209.21	1.320.55	1.420.10	1.512.09	1.610.84	1.562.37	1.609.50	1.549.69	1.285.36
Asturias, Principado de (AS)	946.30	1.061.39	1.136.45	1.204.54	1.283.98	1.366.72	1.481.27	1.661.83	1.589.74	1.641.19	1.562.16	1.445.51
Baleares, Illes (IB)	790.09	882.23	956.71	1.129.19	1.118.12	1.216.35	1.265.26	1.345.05	1.567.81	1.468.09	1.269.97	1.242.32
Canarias (CN)	911.22	1.001.48	1.046.96	1.153.18	1.227.17	1.311.10	1.446.29	1.494.27	1.418.35	1.354.67	1.300.45	1.344.58
Cantabria (CB)	1.015.30	1.162.94	1.243.24	1.330.70	1.402.78	1.496.35	1.378.09	1.429.05	1.501.03	1.341.19	1.841.87	1.413.40
Castilla y León (CL)	897.67	1.029.08	1.093.41	1.178.34	1.341.83	1.297.79	1.510.26	1.472.07	1.505.58	1.387.27	1.436.90	1.410.37
Castilla - La Mancha (CM)	879.22	936.40	922.76	1.156.68	1.287.21	1.343.46	1.471.93	1.592.73	1.593.46	1.512.34	1.303.46	1.271.53
Cataluña (CT)	881.63	969.74	1.001.74	1.059.94	1.169.82	1.283.58	1.380.44	1.449.49	1.465.48	1.380.93	1.354.26	1.323.79
Comunitat Valenciana (VC)	845.84	934.18	989.86	1.066.20	1.112.91	1.195.68	1.273.01	1.353.29	1.380.84	1.361.70	1.321.64	1.239.07
Extremadura (EX)	969.32	1.072.87	1.135.91	1.214.66	1.332.33	1.498.71	1.616.04	1.694.99	1.666.54	1.625.03	1.440.91	1.442.37
Galicia (GA)	903.83	982.68	1.089.57	1.123.49	1.231.88	1.315.55	1.442.11	1.534.40	1.482.32	1.379.87	1.310.14	1.338.30
Madrid, Comunidad de (MD)	830.54	870.66	980.07	1.026.24	1.092.25	1.187.75	1.260.95	1.335.03	1.207.13	1.371.83	1.234.57	1.202.47
Murcia, Región de (MC)	881.55	973.63	1.060.95	1.142.29	1.217.93	1.326.09	1.581.62	1.646.20	1.613.32	1.622.13	1.528.21	1.505.74
Navarra, C. Foral de (NC)	1.013.98	1.088.91	1.166.99	1.204.47	1.285.45	1.399.86	1.513.68	1.633.59	1.606.16	1.576.06	1.650.78	1.522.57
País Vasco (PV)	976.35	1.048.41	1.117.57	1.218.44	1.293.45	1.440.20	1.579.69	1.692.06	1.687.53	1.661.47	1.561.50	1.570.41
La Rioja (RI)	913.32	997.86	1.115.89	1.233.94	1.557.40	1.883.52	1.548.71	1.514.99	1.516.94	1.490.10	1.342.34	1.331.31
Ceuta (CE)	908.75	1.019.49	1.123.92	1.185.65	1.246.99	1.310.23	1.516.11	1.565.17	1.567.79	1.550.41	1.408.15	1.396.96
Melilla (ML)	1.048.77	1.131.34	1.278.26	1.464.77	1.497.18	1.593.58	1.730.41	1.723.66	1.644.03	1.574.08	1.543.75	1.329.77

Observaciones: Extraído de INCLASNS (07/12/2015 20:29)

Andalucía se sitúa en 2013 como la CCAA con menor gasto sanitario público por habitante. En 2013 el gasto en Andalucía se sitúa en el 73% de la CCAA con mayor gasto, el País Vasco. En 2002, Andalucía era también una de las CCAA con menor gasto y la distancia hasta la de mayor gasto (Melilla) rondaba los 20 puntos porcentuales.

La conclusión que podemos extraer apunta a la falta de convergencia del gasto sanitario andaluz durante una década en la que se han producido varios cambios normativos en el sistema de financiación de las CCAA con un objetivo explícito de búsqueda de la convergencia en la financiación regional de los gastos relacionados con el Estado del Bienestar.

4. LOS DERECHOS ECONÓMICOS GENERADOS POR LA PROPIA ADMINISTRACIÓN SANITARIA

Como se comentó en la Introducción a este capítulo, la **LEY 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía** en el artículo 80 del Título IX delimita las **fuentes de financiación** del Sistema Sanitario Público de Andalucía. En el apartado d) señala como una de las fuentes de financiación del Sistema Sanitario Público de Andalucía:

«Los ingresos ordinarios y extraordinarios que se esté autorizado a percibir, a tenor de las disposiciones vigentes, de los convenios interadministrativos que pudieran suscribirse para la atención sanitaria prestada a los españoles y extranjeros no residentes en Andalucía que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, con el alcance determinado por la legislación estatal, así como cualquier otro recurso que pudiese ser atribuido o asignado».

Dichos ingresos se materializan bajo de forma legal de tasas y precios públicos. En el ámbito de la administración sanitaria, los precios públicos recogen el volumen más importante de ingresos, y se derivan en su mayoría de la asistencia sanitaria prestada a personas que no gozan de la condición de asegurado o bien cuando exista un tercero obligado al pago.

Para el año 2015 la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía prevé para el Servicio Andaluz de Salud unos ingresos de más de 102 millones de euros, según el siguiente detalle:

PRESUPUESTO DE LA COMUNIDAD AUTONOMA DE ANDALUCIA 2015			
ESTADO DE INGRESOS			
SECCIÓN: SERVICIO ANDALUZ DE SALUD			
APLIC. ECON.	EXPLICACIÓN	TOTAL CONCEPTO	TOTALES
A) OPERACIONES CORRIENTES			
CAPÍTULO 3.- TASAS, PRECIOS PUBLICOS Y OTROS INGRESOS			
ARTÍCULO 30. TASAS			
302	TASAS AG.ADM.Y AG.REG.ESPECIAL		
.02	INSP.Y CONTR.SANIT.ANIM.Y PROD POR INSPECCIONES Y CONTROL SANITARIO DE ANIMALES Y SUS PRODUCTOS	2.385.677	
.04	SERVICIOS SANITARIOS	347.631	2.733.308
ARTÍCULO 31. PRECIOS PUBLICOS			
311	PREC.PUBL.AG.ADM.Y AG.REG.ESP.		
.01	ENTREGA BIENES:PUBL.IMPRESOS ENTREGA DE BIENES: PUBLICACIONES,IMPRESOS Y VENTA DE BIENES	22.579	
.14	ASIST. SANIT.ACC. DE TRAFICO ASISTENCIA SANITARIA ACCIDENTES DE TRAFICO	33.639.605	
.18	ASIST. SANIT.ACC. DE TRABAJO ASISTENCIA SANITARIA ACCIDENTES DE TRABAJO	6.786.922	
.19	ASIST.SANIT.COLECT.MUTUA.Y EMP ASISTENCIA SANITARIA COLECTIV. PROTEGIDOS MUTUALID. Y EMPRES. COLABOR.	27.012.210	
.20	ASIST.SANITARIA PARTIC.Y OTROS ASISTENCIA SANITARIA PARTICULARES Y OTROS	29.367.363	96.828.679
ARTÍCULO 39. OTROS INGRESOS			
399	INGRESOS DIVERSOS		
.00	RECURSOS EVENTUALES	3.142.128	3.142.128
TOTAL CAPÍTULO 3			102.704.115

El artículo 83 de la **Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad** indica que los ingresos procedentes de la asistencia sanitaria en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en que aparezca un tercero obligado al pago, tendrán la condición de ingresos propios del Servicio de Salud correspondiente. Los gastos inherentes a la prestación de tales servicios no se financiarán con los ingresos de la Seguridad Social. En ningún caso estos ingresos podrán revertir en aquellos que intervinieron en la atención a estos pacientes.

A estos efectos, las Administraciones Públicas que hubieran atendido sanitariamente a los usuarios en tales supuestos tendrán derecho a reclamar del tercero responsable el coste de los servicios prestados. La facturación por la atención de estos pacientes será efectuada por las respectivas, administraciones de los Centros, tomando como base los costes efectivos. Estos ingresos tendrán la condición de propios de los Servicios de Salud.

La **Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud**, en su artículo 3, sobre la condición de asegurado, establece que aquellas personas que no tengan la condición de asegurado o de beneficiario del mismo podrán obtener la

prestación de asistencia sanitaria mediante el pago de la correspondiente contraprestación o cuota derivada de la suscripción de un convenio especial.

Por otra parte, en el artículo 10 sobre la financiación, indica que las prestaciones sanitarias son responsabilidad financiera de las comunidades autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el actual sistema de financiación autonómica, sin perjuicio de la existencia de un tercero obligado al pago.

En el mismo sentido **Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud** y el procedimiento para su actualización (BOE núm. 222, de 16 de septiembre de 2006), indica que Las prestaciones, cuya cartera de servicios se establece en los anexos I, II, III, IV, V, VI, VII y VIII, se financiarán por las comunidades autónomas de conformidad con los acuerdos de transferencias y el sistema de financiación autonómica vigente, sin perjuicio de la existencia de un tercero obligado al pago.

Continúa matizando que conforme a lo señalado en el artículo 83 de la Ley General de Sanidad, en la disposición adicional 22 del texto refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1994, de 20 de junio, y demás disposiciones que resulten de aplicación, los servicios de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, de acuerdo con lo especificado en el anexo IX.

Finalmente, el mencionado anexo IX, aporta la **definición** en detalle en cuanto a la Asistencia sanitaria cuyo importe ha de reclamarse a los terceros obligados al pago y que, por lo tanto, constituye el objeto de la facturación a terceros. Señala dicho anexo que los servicios públicos de salud reclamarán a los terceros obligados al pago el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias facilitadas directamente a las personas, incluido el transporte sanitario, la atención de urgencia, la atención especializada, la atención primaria, la prestación farmacéutica, la prestación ortoprotésica, las prestaciones con productos dietéticos y la rehabilitación, en los siguientes supuestos:

1. Asegurados o beneficiarios del sistema de Seguridad Social pertenecientes a la Mutualidad General de Funcionarios Civiles del Estado, Mutualidad General Judicial o al Instituto Social de las Fuerzas Armadas, que no hayan sido adscritos, a través del procedimiento establecido, a recibir asistencia sanitaria del Sistema Nacional de Salud.
2. Asegurados o beneficiarios de empresas colaboradoras en la asistencia sanitaria del sistema de Seguridad Social, en aquellas prestaciones cuya atención corresponda a la empresa colaboradora conforme al convenio o concierto suscrito.
3. Accidentes de trabajo o enfermedades profesionales a cargo de las Mutuas de Accidentes de Trabajo⁴, del Instituto Nacional de la Seguridad Social o del Instituto Social de la Marina.

⁴ NOTA: de conformidad con lo establecido en la D.A. primera de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, las referencias a las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, se entenderán hechas a las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social.

4. Seguros obligatorios:

- a) Seguro obligatorio de los deportistas federados y profesionales.
- b) Seguro obligatorio de vehículos de motor.
- c) Seguro obligatorio de viajeros.
- d) Seguro obligatorio de caza.
- e) Cualquier otro seguro obligatorio.

5. Convenios o conciertos con otros organismos o entidades.

Se reclamará el importe de la asistencia prestada, de acuerdo con los términos del convenio o concierto correspondiente.

6. Ciudadanos extranjeros:

- a) Asegurados o beneficiarios en un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y Suiza, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los Reglamentos Comunitarios en materia de Seguridad Social.
- b) Asegurados o beneficiarios de otros países extranjeros, no residentes en España, en los supuestos y condiciones establecidos en los convenios bilaterales en materia de Seguridad Social suscritos por España.

7. Otros obligados al pago.

- a) Accidentes acaecidos con ocasión de eventos festivos, actividades recreativas y espectáculos públicos en caso de que se haya suscrito contrato de seguro de accidentes o de responsabilidad civil que cubra las contingencias derivadas de estas actividades.
- b) Seguro escolar.
- c) Cualquier otro supuesto en que, en virtud de normas legales o reglamentarias, el importe de las atenciones o prestaciones sanitarias deba ser a cargo de las entidades o terceros correspondientes.

Desde la perspectiva de la contabilidad pública, según **el Texto Refundido de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía** (Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de marzo - BOJA núm. 53, de 18 de marzo)(TRLGHPJA), la Hacienda de la Junta de Andalucía está constituida por el conjunto de derechos y de obligaciones de contenido económico, cuya titularidad corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía, a sus agencias administrativas y a sus instituciones (Art. 6).

Los derechos liquidados y las obligaciones reconocidas se aplicarán al Presupuesto por su importe íntegro, quedando prohibido atender obligaciones mediante minoración de los derechos liquidados o ya ingresados. Se exceptúan de lo anterior las devoluciones de ingresos que se declaren indebidos por el Tribunal o autoridad competente.

Así pues, la gestión y recaudación de las tasas y precios públicos en la administración sanitaria están reguladas por la norma general que regula el conjunto de derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Junta de Andalucía.

En cuanto a la distinción entre tasas y precios públicos cabe señalar que la **Ley 4/1988, de 5 de julio, de Tasas y Precios Públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía** establece que las **tasas** de la Comunidad Autónoma de Andalucía son las establecidas por Ley de su Parlamento o transferidas por el Estado o los Entes Locales, cuyo hecho imponible consista en la utilización del dominio público de dicha Comunidad Autónoma, en la prestación de un servicio público o en la realización de una actividad por la Administración Autonómica o por alguno de los Entes relacionados en el artículo 3 de dicha Ley, que se refiera, afecte o beneficie de un modo particular o individual al sujeto pasivo, siempre que la prestación o la actividad no pueda ser realizada por el sector privado, ya sea por su propia naturaleza o por disposición legal.

Son **precios públicos** de la Comunidad Autónoma de Andalucía las contraprestaciones pecuniarias recibidas por los Entes relacionados en el artículo 3.º de la Ley por razón de:

- a) Entrega de bienes corrientes.
- b) Operaciones comerciales, industriales o análogas.
- c) Prestación de servicios públicos o realización de actividades administrativas individualizables, que sean susceptibles de ser prestados o realizadas concurrentemente por el sector privado. Cuando los servicios o actividades no sean susceptibles de ser prestados o realizadas concurrentemente por el sector privado, sus contraprestaciones pecuniarias tendrán el carácter de precio público si, atendidas las características del servicio o actividad y las condiciones que concurren en su demanda, puede estimarse que la contraprestación se satisface voluntariamente. La voluntariedad en estos casos viene determinada principalmente por la posibilidad del interesado de utilizar otros medios para la consecución del servicio o actividad de que se trate.

De acuerdo con lo anterior, la **ORDEN de la Consejería de Salud de 14 de octubre de 2005**, fija los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por Centros dependientes del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Los precios públicos de los servicios sanitarios prestados en centros dependientes del Servicio Andaluz de Salud, en las empresas públicas Hospital Costa del Sol, Hospital de Poniente de Almería, Hospital Alto Guadalquivir, Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (EPES) y por el resto de empresas de la Junta de Andalucía que se creen adscritas a la Consejería de Salud, así como por las prestaciones realizadas por los Centros de Transfusión y Bancos Sectoriales de Tejidos, quedan fijados en los Anexos I, II, III, y IV de la citada Orden, de acuerdo con el siguiente detalle:

Anexo I: Servicios Sanitarios prestados en Centros de Atención Primaria.

Anexo II: Transporte sanitario.

Anexo III: Servicios Sanitarios prestados en Centros Hospitalarios.

Anexo IV: Servicios Sanitarios prestados en Centros de Transfusión Sanguínea, Bancos de Sangre y Bancos de Tejidos.

Recientemente, la **Orden de 18 de noviembre de 2015, de la Consejería de Salud**, ha modificado la Orden de 14 de octubre de 2005, por la que se fijan los precios públicos de los servicios sanitarios prestados por centros dependientes del Sistema Sanitario Público de Andalucía.

Cabe destacar que la liquidación de los precios públicos derivados de episodios de facturación hospitalización se realizará de acuerdo con el sistema de clasificación de Grupos de Diagnósticos Relacionados (GDR). Solo en los casos en que el episodio de hospitalización no se encuentre incluido en a dicha clasificación se utilizará como base la tarifa establecida para el coste de la estancia.

Los precios públicos reflejados en los Anexos I, II, III y IV están expresados en euros e incluyen el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) en aquellos supuestos que estén sujetos al impuesto y no gocen de exención.

Las cuantías de los precios públicos reflejados en los Anexos I, II, III y IV se aplican en las liquidaciones de derechos públicos por los servicios sanitarios prestados a personas sin derecho a la asistencia sanitaria de los Servicios de Salud, o en los supuestos de seguros obligatorios especiales y en todos aquellos supuestos, asegurados o no, en los que exista un tercero obligado al pago.

La liquidación por los servicios prestados se realizan, en el ámbito del Servicio Andaluz de Salud, a través del Sistema Unificado de Recursos de la Junta de Andalucía, mediante el Modelo de Liquidación «047».

5. EL IMPACTO DE LA CRISIS ECONÓMICA EN LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA Y SANITARIA

Una de las expresiones legislativas relativas al impacto de la crisis económico-financiera sobre el Sistema Nacional de Salud lo encontramos en **Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud** y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Aunque este RD está orientado principalmente a la vertiente del gasto sanitario, con la idea de garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, también incorpora algunos elementos novedosos en el ámbito de la financiación.

Al objeto de garantizar la sostenibilidad de un modelo que garantiza la protección de la salud y se sustenta con base en la financiación pública, la universalidad y la gratuidad de los servicios sanitarios, el RDL 16/2012 considera necesarias reformas que permitan reforzar la sostenibilidad, mejorar la eficiencia en la gestión, promover el ahorro y las economías de escala, introducir nuevas herramientas a través de las nuevas tecnologías, ganar en cohesión territorial, coordinar los servicios sanitarios y los sociales y, sobre todo,

garantizar la igualdad de trato en todo el territorio nacional con una cartera básica de servicios comunes.

Entre las medidas más destacadas cabe destacar la regulación de la condición de asegurado, una nueva categorización de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, y la creación de un Fondo de Garantía Asistencial, configurado como una partida específica de compensación para la garantía asistencial. El real decreto-ley incorpora determinadas medidas relacionadas con la prestación farmacéutica, regulación de aspectos vinculados a las categorías profesionales, los criterios generales reguladores del sistema retributivo o de la acción social; asimismo se incorporan medidas de eficiencia para afrontar los problemas de suficiencia financiera, posibilitando la adopción de estrategias de gestión centralizada de suministros que pongan en valor una relación de volumen-precio en la adquisición de productos, materiales y equipamientos de forma coordinada en el Sistema Nacional de Salud. También impulsa la adopción de medidas de esfuerzo en el ahorro energético, relacionadas no sólo con la eficiencia sino también con el compromiso en el ámbito de la responsabilidad social corporativa exigible a la mayor empresa pública del país.

Desde la perspectiva de la financiación, se crea el **Fondo de Garantía Asistencial**, con carácter extrapresupuestario, con el objeto de garantizar la cohesión y equidad en el Sistema Nacional de Salud, mediante la cobertura de los desplazamientos entre comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla de personas que gozan de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo en el Sistema Nacional de Salud.

El Fondo de Garantía Asistencial estará destinado a la compensación entre las comunidades autónomas y ciudades de Ceuta y Melilla por las actuaciones que sus servicios de salud realicen en el marco de la aplicación de la cartera común básica de servicios asistenciales y de la suplementaria a las personas que gocen de la condición de asegurado o de beneficiario del mismo en el Sistema Nacional de Salud en sus desplazamientos temporales.

Con el fin de realizar una adecuada gestión y seguimiento del Fondo de Garantía Asistencial, se procederá a establecer los mecanismos de reconocimiento de estas personas en el sistema de información de tarjeta sanitaria individual del Sistema Nacional de Salud.

La determinación del importe a liquidar a cada servicio de salud se establecerá mediante disposición reglamentaria al efecto.

El importe de las cuantías a liquidar vendrá determinado por las siguientes modalidades de desplazamiento:

- a) Desplazamiento de corta duración (inferior a un mes), que se abonarán siguiendo las tarifas nacionales que se establezcan en concepto de atención sanitaria de atención primaria, incluyendo la prestación por cartera suplementaria que corresponda.

b) Desplazamientos de larga duración (igual o superior a un mes), que se abonarán de acuerdo a la cápita mensual utilizada para los cálculos estadísticos de contabilidad sanitaria del sistema de cuentas de salud, con dos posibilidades de aplicación:

1. Para la cartera común básica de servicios asistenciales completa.
2. Para la cartera común básica de servicios asistenciales parcial, referida a asistencia en nivel primario o especializado.

Los efectos del RDL 16/2012 se dejaron notar este mismo año en las Administraciones Autonómicas. En el ámbito de la **Junta de Andalucía**, la reducción de las transferencias estatales finalistas desde la Administración General del Estado relacionadas con el ámbito sanitario y de servicios a la dependencia en 2012 rondaron los 25 millones de euros. El documento **Actualización del Plan Económico-Financiero de Reequilibrio de la Junta de Andalucía 2012-2014** (PEF), edición Mayo 2012, señala el detalle de las partidas afectadas por la reducción de las transferencias finalistas procedentes de los Presupuestos Generales del Estado en 2012.

DETALLE DE LAS PARTIDAS AFECTADAS POR LA REDUCCIÓN DE LAS TRANSFERENCIAS FINALISTAS PROCEDENTES DE LOS PRESUPUESTOS GENERALES DEL ESTADO	Cuantificación del impacto estimado de la medida en 2012 (euros)
Prevención y Prom. Enfermedades Emergencias. Reem	257,938
Plan Nacional Sida	449,262
Muface Inspección Sanitaria	59,913
Terapias Avanzadas	1,653,449
Seguridad Pacientes y Sanitarios	533,429
Sistema de Información Sanitaria	441,227
Convenio Farmacovigilancia	31,415
Atención Perinatal	536,054
Estrategias de salud	1,240,087
Salud Bucodental infantil	984,721
Programa desarrollo rural sostenible-Salud	1,265,588
Programas Servicio Andaluz de Salud	8,536,762
Programa Plan Nacional sobre droga	1,769,188
Mantenimiento servicios sociales comunitarios	7,186,234
	24,945,267

Fuente: Plan Económico-Financiero de Andalucía 2012-2014

En dicho documento se describen asimismo las **medidas específicas en el ámbito del gasto sanitario**, además de las medidas generales adoptadas de forma generalizada para todo el sector público andaluz.

El PEF indica que por su dimensión, el gasto sanitario ha constituido tradicionalmente un objetivo prioritario para la Comunidad Autónoma en el estudio e implantación de fórmulas que permitieran maximizar el volumen y la calidad de los servicios y prestaciones con las asignaciones presupuestarias disponibles. Esta permanente búsqueda de mayor eficiencia se ha traducido, entre otros indicadores, en un gasto por persona en el que Andalucía ocupa el lugar 14 de las 17 Comunidades Autónomas (dato de 2011) con una variación media durante el período 2003-2009 que es 0,90 puntos inferior a la registrada por el Sistema Nacional de Salud.

En 2013 el gasto sanitario público por habitante en Andalucía continuaba situado en el puesto más bajo del conjunto nacional.

La estrategia seguida se ha basado en lograr la implicación de los profesionales clínicos y no clínicos, en la mejora de la coordinación real y efectiva entre unidades, centros y dirección, en la apuesta decidida por el empleo de las nuevas tecnologías y en la implantación de iniciativas, en muchos casos, pioneras dentro del Sistema Nacional de Salud.

Esta trayectoria ha dado lugar a que buena parte de las medidas de mejora de la eficiencia que han sido promovidas por la Administración General del Estado ya estén en aplicación en Andalucía con carácter previo a su uso generalizado por el resto de Comunidades Autónomas. Esta circunstancia tiene lugar con la aprobación del reciente Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril donde se establecen algunas medidas, como la implantación de plataformas de compras centralizadas o el desarrollo de la e-salud, que ya están en plena aplicación en Andalucía.

Así, el Sistema Sanitario Público de Andalucía emprendió hace varios años la tarea de diseñar una estrategia de **sistemas de información asistenciales** que pone el foco en el punto de encuentro entre el paciente y el profesional. La estrategia **DIRAYA** ha cristalizado en una serie de instrumentos que han cambiado las maneras de trabajar y la relación de los usuarios con el sistema de salud. DIRAYA se dedica a proporcionar herramientas que facilitan el flujo de información y la toma de decisiones clínicas, dando lugar a nuevas herramientas y a importantes utilidades para profesionales y usuarios del sistema sanitario, como la historia de salud electrónica, la receta electrónica o Salud Responde, que ya han sido incorporadas, algunas veces con carácter pionero, al quehacer cotidiano de nuestra sanidad pública.

Por lo que refiere a las **plataformas centralizadas de compra**, con fecha de 1 de diciembre de 2011 se habían consolidado en el Servicio Andaluz de Salud ocho unidades provinciales de contratación, aglutinando a todos los centros asistenciales en las Plataformas Provinciales de Logística Integral, para gestionar el plan de compras.

Teniendo en cuenta que la totalidad de la contratación administrativa en cada provincia se encuentra unificada en un solo órgano desde la creación de las Plataformas, la práctica totalidad de las compras en el SAS serán de tal envergadura que el procedimiento

propuesto será siempre de contratación administrativa, quedando el contrato menor sólo para casos excepcionales de mínimo impacto, lo que siempre garantiza el cumplimiento de los principios de igualdad, concurrencia y publicidad para las empresas, y de eficiencia económica para la Administración.

Para la constitución de las Plataformas Provinciales de Logística Integral Se realizó un análisis interno del mapa logístico donde se evaluó el coste de personal, de distribución y almacenaje y se decidió agregar las fases del proceso logístico, entendido como tal la detección de las necesidades, la contratación administrativa, la compra, el almacenaje, la distribución y la facturación/contabilidad.

Para ello, se decidió la agregación provincial del proceso logístico, la realización con recursos propios y el cambio organizativo: constitución de la Plataforma Provincial Logística Integral que gestione todas las fases del proceso logístico. El diseño final es una Unidad de Contratación Administrativa, una Unidad de Compras, un Almacén Central y una Unidad de Facturación/Contabilidad para la provincia.

El proceso de constitución de las Plataformas fue realizado en varias etapas:

- 1º Agregación de la Contratación Administrativa para la provincia fue objetivo en 2009. Consistió en la agregación de varios Centros para iniciar los expedientes de contratación normalizada llegando hasta la fase de adjudicación y firma de contrato.
- 2ª Constitución de Plataformas Provinciales de Contratación Administrativa (PPCA) objetivo en 2010. Se integraron los departamentos de contratación administrativa de los diferentes Centros. La totalidad de los expedientes de contratación administrativa y la vida de los contratos.
- 3ª Constitución de Plataformas de Logística Integral (PLI)). Objetivo 2010, en las que se unificaron parcialmente las compras y totalmente los almacenes y la distribución para varios órganos gestores.
- 4ª El último nivel de agregación objetivo 2011 es la constitución de Plataformas Provinciales de Logística Integral (PPLI). En este Nivel 4 la ejecución de los diferentes contratos es centralizada. Se unifican las compras, los almacenes y distribución para todos los órganos gestores Se unifican los recursos humanos de los departamentos de contratación administrativa, de compras, de facturación y de almacén y distribución de los diferentes órganos gestores.

Asimismo, las Plataformas están apoyadas en una herramienta corporativa denominada **SIGLO** (implantada ya en seis de las ocho plataformas provinciales) en la que se unifica la gestión del gasto, que comienza desde el propio registro de las necesidades, asignación y distribución del presupuesto, contratación, compras, consumo, almacenes y facturación. Calendario de constitución de las diferentes Plataformas provinciales y su arranque en siglo SIGLO fue el siguiente:

- 10 de octubre de 2011 PPLI GRANADA.
- 24 de octubre de 2011 PPLI ALMERÍA.
- 14 de noviembre de 2011 PPLI JAÉN.

- 28 de noviembre de 2011 PPLI CÓRDOBA.
- 16 de enero de 2012 PPLI HUELVA.
- 16 de abril de 2012 PPLI CÁDIZ.
- 14 de mayo de 2012 PPLI MÁLAGA.
- 28 de mayo de 2012 PPLI SEVILLA.

Por otra parte, otra iniciativa son los **Acuerdos Marco** de homologación en cuanto al material sanitario, lo que igualmente unifica precios máximos sobre los que las Plataformas, mediante convocatorias posteriores, mejoran dichos precios, consiguiéndose amplios ahorros.

5.1. El mecanismo extraordinario de pago a proveedores

La crisis económica estuvo asociada inicialmente a un incremento de los plazos de pago y de la deuda comercial de las Administraciones Territoriales. Esta evolución puso rápidamente de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos de disciplina de la anterior Ley de Estabilidad Presupuestaria. En el marco de esa Ley se alcanzó el mayor déficit de nuestras Administraciones Públicas, con un 11,2 por ciento del Producto Interior Bruto en 2009. Esta situación exigió en 2012 (**Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera**) aplicar una política económica contundente basada en dos ejes complementarios: La consolidación fiscal, es decir, la eliminación del déficit público estructural y la reducción de la deuda pública, y las reformas estructurales. Pero más allá de esta respuesta inmediata, era necesario consolidar el marco de política económica y fiscal que permite asegurar de forma permanente el crecimiento económico y la creación de empleo. La garantía de la estabilidad presupuestaria es una de las claves de la política económica que contribuirá a reforzar la confianza en la economía española, facilitará la captación de financiación en mejores condiciones y, con ello, permitirá recuperar la senda del crecimiento económico y la creación de empleo.

Por lo tanto, la Ley 2/2012 plantea tres objetivos:

- Garantizar la sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas
- Fortalecer la confianza en la estabilidad de la economía española
- Reforzar el compromiso de España con la Unión Europea en materia de estabilidad presupuestaria.

A diferencia de la normativa anterior, la Ley 2/2012 regula en un texto único la estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera de todas las Administraciones Públicas, tanto del Estado como de las Comunidades Autónomas, Corporaciones Locales y Seguridad Social. La idea es mejorar la coherencia en la regulación jurídica, con una mayor claridad de la Ley y transmitiendo una idea de igualdad en las exigencias presupuestarias, de responsabilidad y lealtad institucional entre todas las Administraciones Públicas.

En las disposiciones adicionales, la Ley establece un mecanismo extraordinario de apoyo a la liquidez para aquellas Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales que lo

soliciten. El acceso a este mecanismo estará condicionado a la presentación de un plan de ajuste que garantice el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública y estará sometido a rigurosas condiciones de seguimiento, remisión de información y medidas de ajuste extraordinarias. La Administración Pública que acceda a esta ayuda remitirá información trimestral sobre avales, líneas de crédito, deuda comercial, operaciones con derivados, etc. Igualmente será la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para conocer de los recursos que se interpongan contra los actos y resoluciones dictados en aplicación de esta ley.

Las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales que soliciten al Estado el acceso a medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez, vendrán obligadas a acordar con el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas un plan de ajuste que garantice el cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública.

El acceso a estos mecanismos vendrá precedido de la aceptación por la Comunidad Autónoma o la Corporación Local de condiciones particulares en materia de seguimiento y remisión de información, así como de adopción de medidas de ajuste extraordinarias, en su caso, para alcanzar los objetivos de estabilidad presupuestaria, límites de deuda pública y obligaciones de pago a proveedores incluidas en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

El plan de ajuste será público e incluirá un calendario preciso de aprobación, puesta en marcha y supervisión de las medidas acordadas. El cumplimiento del calendario establecido determinará el desembolso por tramos de la ayuda financiera establecida.

Durante la vigencia del plan de ajuste, la administración responsable deberá remitir al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas para general conocimiento, información con una periodicidad trimestral, sobre los siguientes extremos:

- a) Avales públicos recibidos y líneas de crédito contratadas identificando la entidad, total del crédito disponible y el crédito dispuesto.
- b) Deuda comercial contraída clasificada por su antigüedad y su vencimiento. Igualmente, se incluirá información de los contratos suscritos con entidades de crédito para facilitar el pago a proveedores.
- c) Operaciones con derivados.
- d) Cualquier otro pasivo contingente.

La falta de remisión, la valoración desfavorable o el incumplimiento del plan de ajuste por parte de una Comunidad Autónoma o Corporación Local dará lugar a la aplicación de las medidas coercitivas previstas para el incumplimiento del Plan Económico Financiero.

Las Comunidades Autónomas con periodicidad trimestral y las Corporaciones Locales con periodicidad anual deberán presentar al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas un informe del interventor sobre la ejecución de los planes de ajuste.

Desde 2012 la Administración Central ha aprobado distintos mecanismos extraordinarios para el pago a proveedores de CCAA y CCLL, que han reducido de forma significativa el stock de deuda comercial y el período medio de pago a proveedores de estas Administraciones. Los sucesivos planes han permitido desbloquear pagos y canalizar fondos hacia el sector privado por un total de cerca de 67 mm de euros en algo menos de tres años, que, en un contexto de debilidad económica, consolidación fiscal y dificultades de acceso al crédito, se estima han generado un estímulo significativo sobre la actividad, que habría ayudado a mitigar algunos de los efectos negativos de la crisis económica. En paralelo, la implementación del plan ha supuesto un incremento importante del endeudamiento de las CCAA y CCLL con el Estado (Delgado Téllez, et al., 2015).

Así, en respuesta a los acuerdos del Consejo de Política Fiscal y Financiera (CPFF) de 17 de enero de 2012, se pusieron en marcha acciones en dos direcciones. Por una parte, en relación con el sistema de financiación autonómico, se modificó el sistema de adelantos y aplazamientos a cuenta⁵. Por otra parte, se creó la Línea ICO CCAA 2012, que cubría dos tramos: el primero, para dotar de financiación a las CCAA para el pago de obligaciones asociadas al vencimiento de deuda financiera autonómica contraída con anterioridad al 1 de enero de 2012 y cuyo vencimiento se produjera antes del 30 de junio de 2012 (tramo refinanciación), y el segundo referido a los pagos pendientes a proveedores.

En relación a este último, se creó en febrero del 2012 y se trataba de créditos del ICO finalistas, de manera que el ICO pagaba directamente al acreedor financiero. Se establecía un tipo de interés máximo referenciado al coste de financiación del ICO. Así las CCAA debían pagar este tipo de interés más el coste de búsqueda de financiación en los mercados llevado a cabo por el ICO. Pero el coste de búsqueda del ICO y su limitada capacidad de obtener financiación en los mercados conllevaron unas condiciones financieras peores de los préstamos que la financiación obtenida por el Tesoro. En total se concedieron créditos por 5.333 millones de euros (GONZÁLEZ, 2013).

La regulación del mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores se encuentra en distintos textos legales accesibles en <http://www.minhap.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Financiacion%20Autonomica/Paginas/PagoProveedoresCCAA.aspx> :

- Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo del Consejo de Política Fiscal y Financiera, por el que se fijan las líneas generales de un mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas.
- Resolución de 13 de abril de 2012, de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local, por la que se publica el Acuerdo 6/2012, de 6 de marzo, del Consejo de

⁵ El gobierno central se comprometió a:

- (1) adelantar al primer semestre de 2012 el 50 por 100 del importe estimado de las liquidaciones correspondientes a 2010 de los recursos del sistema de financiación a favor de las CCAA que lo solicitaran
- (2) aplazar hasta un máximo de 120 mensualidades el reintegro pendiente de las liquidaciones negativas del sistema de financiación correspondientes a los ejercicios 2008 y 2009 para las CCAA que lo solicitaran y acordaran con el MHAP un programa de ajuste. Las liquidaciones de 2008 y 2009 a favor del Estado ascendieron a 5.922 y 18.947 millones de euros, respectivamente, según el MHAP.

Política Fiscal y Financiera, por el que se fijan las líneas generales de un mecanismo extraordinario de financiación para el pago a los proveedores de las Comunidades Autónomas.

- Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (Título III, Capítulo I: Ampliación de una fase del mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las Entidades Locales y Comunidades Autónomas.
- Nota explicativa del Real Decreto 4/2013, de febrero, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento de empleo (Título III, Capítulo I: Ampliación de una nueva fase del mecanismo de financiación para el pago a los proveedores de las Entidades Locales y Comunidades Autónomas

Los pagos realizados con cargo a este mecanismo extraordinario de financiación han sido cuantificados por el Ministerio de Hacienda y administraciones Públicas y publicado en el Documento Ocasional número 1501 del Banco de España (Delgado Téllez, Mar et al., 2015).

FINANCIACIÓN RECIBIDA POR LAS ADMINISTRACIONES TERRITORIALES PARA EL PAGO A PROVEEDORES DEL FONDO DE FINANCIACIÓN DE PAGO A PROVEEDORES (FFPP) (a) (b)					CUADRO 1
Millones de euros					
	Por el gobierno autonómico				Por las CCLL
	Total	2012	2013	2014	Total
Total	30.219	17.705	4.544	7.970	11.595
Andalucía	4.955	2.694	634	1.628	3.405
Aragón	513	429	10	74	227
Asturias	243	243			82
Baleares	1.274	842	85	347	450
Canarias	315	231	24	59	502
Cantabria	327	327			51
Castilla y León	1.052	1.052			453
Castilla la Mancha	3.957	2.918	339	699	569
Cataluña	6.466	2.020	2.169	2.277	820
Extremadura	392	228	7	157	153
Galicia					220
Madrid	1.347	1.257	89		2.882
Murcia	1.789	1.038	253	499	419
Navarra					1
La Rioja	71	71			7
Valencia	7.519	4.355	934	2.230	1.271

FUENTE: MHAP.

a Las administraciones territoriales del País Vasco no han recibido ninguna financiación procedente del FFPP.
b Se han producido 4 pagos del FFPP: La Fase I en junio de 2012, la Fase II en agosto de 2013, la Fase III Tramo I en noviembre de 2013 y la Fase III Tramo II en febrero de 2014. Para las CCLL la Fase II se produjo en junio de 2013.

Desde la perspectiva de los efectos económicos de dicho mecanismo extraordinario, el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través de una Nota de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local de fecha 24 de marzo de 2014 publicó el desglose por CCAA en términos de proveedores y número de facturas afectadas por el mecanismo.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS	Importe en miles de euros		
	Importe pagos ordenados	Nº de facturas	Nº de proveedores *
ANDALUCIA	4.955.067,24	1.275.152	25.761
ARAGON	512.747,21	199.915	939
ASTURIAS	243.308,42	81.863	823
C. VALENCIANA	7.519.229,05	995.275	8.743
CANARIAS	315.015,27	68.397	1.023
CANTABRIA	326.616,01	91.424	1.479
CASTILLA-LEON	1.052.406,92	287.348	2.135
CASTILLA-MANCHA	3.956.516,72	821.235	13.739
CATALUÑA	6.465.624,98	779.439	13.378
EXTREMADURA	391.622,91	53.798	974
ILLES BALEARS	1.273.917,66	385.711	5.112
MADRID	1.346.798,22	438.438	2.891
MURCIA	1.789.469,80	421.622	3.747
RIOJA	70.813,27	19.537	463
Total general	30.219.153,68	5.919.154	67.129

* El importe del Total Proveedores no coincide con el desglose por comunidades ya que un mismo proveedor puede encontrarse incluido en varias CC.AA.

Fuente: Nota de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local de fecha 24 de marzo de 2014

5.2. El fondo de liquidez autonómico

La Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, preveía, en su disposición adicional primera, que las Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales puedan solicitar al Estado el acceso a medidas extraordinarias de apoyo a la liquidez. Con el objetivo de superar las limitaciones de la línea ICO-vencimientos se creó, mediante el **Real Decreto-Ley 21/2012, de 13 de julio**, el Fondo de Liquidez Autonómico. El FLA tenía un ámbito subjetivo que sólo incluía a las comunidades autónomas.

La adhesión al mecanismo supondrá la aceptación de las condiciones financieras y fiscales previstas en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

El Fondo está adscrito al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas a través de la Secretaría de Estado de Administraciones Públicas, y su gestión financiera se efectúa por el Instituto de Crédito Oficial. Por lo tanto, Corresponde al Instituto de Crédito Oficial la gestión financiera del Fondo. En su virtud, entre otras funciones, el Instituto de Crédito Oficial formalizará, en nombre y representación del Gobierno español, y por cuenta del Estado, las correspondientes pólizas de préstamo a suscribir con las Comunidades Autónomas, en virtud de la preceptiva instrucción de la Comisión Delegada del Gobierno para

Asuntos Económicos, a propuesta del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Igualmente, prestará los servicios de instrumentación técnica, contabilidad, caja, agente pagador, seguimiento y, en general, todos aquellos servicios de carácter financiero relativos a las operaciones autorizadas con cargo al Fondo de Liquidez Autonómico. Para ello, el Fondo de Liquidez Autonómico se dotó con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, para el ejercicio 2012, por un importe de 18.000 millones de euros.

La ejecución correspondiente a dicho ejercicio fue la siguiente:

Fondo de Liquidez Autonómico 2012				
CCAA	VENCIMIENTOS	INTERESES	PROVEEDORES	TOTAL
Andalucía	958,84	104,54	1.729,47	2.792,85
Principado de Asturias	22,44	5,45	233,63	261,51
Illes Balears	76,19	52,82	342,66	471,67
Canarias	476,00	25,28	405,57	906,85
Cantabria	0,00	20,54	116,60	137,14
Castilla-La Mancha	644,83	138,24	254,07	1.037,14
Cataluña	4.599,60	244,08	1.821,13	6.664,81
Región de Murcia	245,99	49,43	241,26	536,69
Comunitat Valenciana	2.433,88	242,55	1.153,12	3.829,55
TOTAL	9.457,78	882,93	6.297,51	16.638,22

Millones de euros

Fuente: Nota de la Secretaría General de Coordinación Autonómica y Local de fecha 31 de marzo de 2014

COMUNIDADES AUTÓNOMAS	Importe en miles de euros										
	FLA			Mecanismo Proveedores					Total Mec. Proveedores	Total general	
	2012	2013	2014	Total FLA	Primera Fase	Segunda Fase	Tercera fase (Tramo I)	Tercera fase (Tramo II)			
ANDALUCÍA	1.729.468,38	1.660.594,59	2.606.059,38	5.996.122,35	2.693.528,20	2.822,16	630.873,73	1.627.843,15	4.955.067,24	10.951.189,59	
ARAGÓN					428.950,90		9.942,21	73.854,10		512.747,21	512.747,21
ASTURIAS	233.629,37	352.759,14		586.388,51	243.308,42					243.308,42	829.696,93
C. VALENCIANA	1.153.032,69	1.151.662,36	2.787.132,45	5.091.827,49	4.354.793,10	69.816,39	864.178,40	2.230.441,16	7.519.229,05	12.611.056,54	
CANARIAS	405.567,05	473.417,69	559.930,54	1.438.915,29	231.273,84		24.357,11	59.384,32	315.015,27	1.753.930,55	
CANTABRIA	116.598,81	232.862,44	240.738,67	590.199,92	326.616,01				326.616,01	916.815,94	
CASTILLA-LEON					1.052.406,92				1.052.406,92	1.052.406,92	
CASTILLA-MANCHA	254.069,49	492.468,92	749.908,04	1.496.446,46	2.918.315,92	60.794,26	278.462,06	698.944,48	3.956.516,72	5.452.963,18	
CATALUÑA	1.821.134,86	2.023.535,68	3.624.320,22	7.468.990,76	2.020.226,25	737.659,59	1.431.236,97	2.276.502,16	6.465.624,98	13.934.615,74	
EXTREMADURA			177.998,15	177.998,15	227.869,24	6.607,44		157.146,23	391.622,91	569.621,06	
ILLES BALEARS	342.660,44	542.360,10	588.202,29	1.473.222,84	841.612,94	38.294,85	46.687,88	347.321,99	1.273.917,66	2.747.140,50	
MADRID					1.257.382,90		89.415,32		1.346.798,22	1.346.798,22	
MURCIA	241.257,59	321.035,05	747.370,17	1.309.662,81	1.037.572,98	22.510,19	230.737,07	498.649,57	1.789.469,80	3.099.132,62	
RIOJA					70.813,27				70.813,27	70.813,27	
Total general	6.297.418,67	7.250.695,99	12.081.659,92	25.629.774,58	17.704.670,91	938.504,87	3.605.890,74	7.970.087,16	30.219.153,68	55.848.928,27	

Fuente: Informe sobre los mecanismos de financiación a CC.AA. Balance 2012-2014. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (julio 2015).

Hasta 2014, el impacto del Fondo de Liquidez Autonómica junto con el Mecanismo extraordinario de financiación para el pago a proveedores ha generado pagos a proveedores por un importe total de 55,8 mil millones de euros.

En cuanto a la finalidad de todos los instrumentos utilizados en el periodo 2012-2014, los pagos vinculados a la prestación de servicios esenciales han jugado un papel relevante, sanidad con el 61,9% de los pagos en el territorio nacional, servicios social con el 5,1% y educación con el 4,9%.

COMUNIDADES AUTÓNOMAS	En porcentaje			
	Sanidad	Educación	Servicios Sociales	Resto
ANDALUCIA	60,9%	9,9%	9,4%	19,8%
ARAGON	89,8%	0,0%	0,2%	10,0%
ASTURIAS	69,4%	1,1%	3,1%	26,4%
C. VALENCIANA	57,4%	7,4%	4,8%	30,4%
CANARIAS	88,7%	0,9%	0,2%	10,1%
CANTABRIA	64,1%	5,6%	5,4%	24,9%
CASTILLA-LEON	67,6%	0,0%	0,0%	32,3%
CASTILLA-MANCHA	52,7%	2,7%	8,5%	36,1%
CATALUÑA	57,9%	2,0%	3,6%	36,5%
EXTREMADURA	85,5%	0,2%	0,2%	14,2%
ILLES BALEARS	63,2%	3,5%	3,5%	29,9%
MADRID	82,3%	5,6%	0,3%	11,8%
MURCIA	78,7%	1,0%	1,8%	18,4%
RIOJA	69,6%	0,6%	2,4%	27,5%
Total general	61,9%	4,9%	5,1%	28,2%

Fuente: Informe sobre los mecanismos de financiación a CC.AA. Balance 2012-2014. Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (julio 2015).

En resumen, las principales características del Fondo de Liquidez Autonómico, comunes a los ejercicios 2012 a 2014 en los que se ha instrumentado este mecanismo, son las siguientes:

- La Administración General del Estado, a través del ICO, es quién efectúa el pago directo al proveedor como garantía última de que los recursos del mecanismo se destinan a los proveedores y beneficiarios.
- La adhesión es voluntaria, requiriendo Acuerdo de la Comunidad Autónoma, sometándose a las condiciones de un programa de aplicación.
- Las disposiciones del Fondo se ajustan a un calendario por tramos mensuales.
- Debe tratarse de deudas vencidas, líquidas y exigibles imputadas al presupuesto o contabilidad del ente público antes de la propuesta de pago.
- Se entiende como contratista o proveedor al adjudicatario del contrato o relación jurídica o al cesionario a quien se le haya transmitido su derecho de cobro.
- Se establece un orden de prelación en los pagos.

- El procedimiento se inicia mediante una propuesta de pago de obligaciones pendientes por parte de la Comunidad que el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas evalúa con anterioridad a su tramitación.

En 2014 se ponen en marcha nuevos mecanismos que permite compartir los ahorros financieros entre todas las Administraciones, priorizar la atención del gasto social, seguir ayudando a las Administraciones con mayores dificultades de financiación e impulsar a las que han conseguido superarlas, y por otra parte se simplifican y reduce el número de fondos creados para financiar mecanismos de apoyo a la liquidez, mejorando la eficiencia de su gestión.

Entre los nuevos mecanismos que se crean, la atención al gasto social ocupa un lugar prioritario. Contar con financiación suficiente para el gasto social supone una garantía decisiva para la adecuada prestación de servicios públicos esenciales, como son la educación, la sanidad y los servicios sociales, pilares básicos de un Estado social y democrático de Derecho.

Con dicho objetivo el **Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico** regula la creación y funcionamiento del Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas y del Fondo de Financiación a Entidades Locales.

El **Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas**, se estructura en tres compartimentos:

- Facilidad Financiera
- Fondo de Liquidez Autonómico
- Fondo Social.

Adicionalmente, se incluye el compartimento Fondo en Liquidación para la Financiación de los Pagos a Proveedores, al que se adscriben las operaciones de crédito vigentes formalizadas con Comunidades Autónomas con cargo al extinto Fondo para la Financiación de los Pagos a Proveedores 2.

El compartimento **Facilidad Financiera**, destinado a extender los beneficios asociados a los mecanismos a aquellas Comunidades Autónomas que cumplen los objetivos de estabilidad presupuestaria y de deuda pública, han conseguido controlar la demora en el pago de la deuda comercial. Con ello, como ventaja para quienes han cumplido con los objetivos se permite que los esfuerzos presupuestarios y las reformas estructurales realizadas se acompañen de la reducción de los costes de financiación que los mecanismos suponen. La adhesión a este compartimento no requiere la aprobación de un plan de ajuste y conlleva la aceptación de unas obligaciones de información de general aplicación.

El **Fondo de Liquidez Autonómico** es el sucesor directo del Fondo homónimo existente hasta 2014 y regulado en el Real Decreto-ley 21/2012, de 13 de julio. A dicho compartimento se adscribirán las Comunidades Autónomas actualmente adheridas al Fondo de

Liquidez Autonómico operativo hasta ahora y las Comunidades Autónomas que incumplan el período medio de pago a proveedores en aplicación de lo dispuesto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril.

El **Fondo Social** es un mecanismo de apoyo a la liquidez de las Comunidades Autónomas, de carácter temporal y voluntario, de conformidad con lo previsto en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, cuya dotación financiará a las Comunidades Autónomas el pago de las obligaciones pendientes con las Entidades Locales que sean vencidas, líquidas y exigibles a 31 de diciembre de 2014 y que deriven de convenios suscritos en materia de gasto social y de otras transferencias en dicha materia.

El presupuesto previsto para el ejercicio 2015 para el Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas asciende a 38.869 millones de euros, correspondiendo a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos la distribución de la dotación entre los compartimentos, así como de los importes máximos a percibir por las Comunidades Autónomas.

Mediante Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 19 de febrero de 2015 se estableció la siguiente distribución de los fondos para 2015:

- Facilidad Financiera: 11.336,72 millones de euros
- Fondo de Liquidez Autonómico: 17.605,43 millones de euros
- Fondo Social: 684,04 millones de euros

6. COMENTARIOS FINALES

La cuestión de la financiación sanitaria admite múltiples abordajes. En este capítulo hemos seguido una perspectiva basada en el ámbito regulatorio, sin entrar en el debate de la suficiencia o insuficiencia de dicha financiación.

En todo caso la cuestión de la suficiencia es una cuestión de cartera de servicios y de eficiencia. Ambos determinantes pueden hacer que la financiación resulte suficiente o insuficiente, con lo que el modelo de prestación sanitaria universal y gratuito deviene en sostenible o insostenible.

De los epígrafes anteriores puede destacarse cómo desde 1999, de acuerdo con la Ley 49/1998, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1999 dispuso en el Capítulo III de su Título I, es el Estado, a través de las transferencias presupuestarias a las comunidades autónomas, el que asume totalmente la financiación pública de la asistencia sanitaria, desvinculándose con ello la asistencia sanitaria de las aportaciones a la Seguridad Social. Así lo ratifica el principio de generalidad en el que se fundamenta la Ley 21/2001, según el cual, el sistema de financiación regulado en la misma se caracteriza por el carácter integrador del mismo, en tanto que abarca la financiación de todos los servicios susceptibles de traspaso a las Comunidades Autónomas. Hasta entonces existían

tres formas de financiación diferenciadas, una para los denominados servicios comunes, otra para los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social y la tercera, para los servicios sociales de la Seguridad Social.

De acuerdo con este mandato, las leyes 21/2001 y 22/2009 de financiación de las Comunidades Autónomas, hacen mención explícita a la financiación sanitaria. En ambas leyes se les presta especial atención a los elementos específicos que garanticen la financiación de los servicios básicos en términos de homogeneidad para todas las CCAA.

La Ley 21/2001 al establecer la masa homogénea de financiación de los distintos bloques competenciales distingue tres bloques destinados a la financiación de: competencias comunes, gestión de los servicios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y gestión de los servicios sociales de la Seguridad Social. También se hace una mención específica al tratar la suficiencia dinámica del sistema de financiación. Finalmente, esta Ley regula asignaciones de nivelación y una garantía sanitaria para los tres primeros años de vigencia del sistema de financiación.

La Ley 22/2009 incluyó la garantía de financiación de servicios públicos fundamentales y los fondos de convergencia autonómica. Los ejes básicos del nuevo sistema regulado en esta Ley son el refuerzo de las prestaciones del Estado del Bienestar, el incremento de la equidad y la suficiencia en la financiación de las competencias autonómicas. El Estado de Bienestar se refuerza mediante la incorporación por el Estado de recursos adicionales que se integran gradualmente en el nuevo sistema. El refuerzo de la equidad se instrumenta básicamente a través del nuevo Fondo de Garantía de Servicios Públicos Fundamentales entre los que cobra peso el sistema de atención a la dependencia.

Por otra parte, los derechos económicos por la prestación de servicios sanitarios a personas no aseguradas o cuando exista un tercero obligado al pago constituyen un recurso marginal desde el punto de vista cuantitativo, pero no por ello descuidado en el proceso de ganancia de eficiencia y modernización impulsado en general en toda la administración sanitaria. En Andalucía, y en la mayoría de las Comunidades Autónomas, se observan grandes avances en este ámbito a lo largo de la pasada década. Cabe mencionar en este sentido dos avances fundamentales, el primero consistió en vincular los conceptos de facturación a terceros con los sistemas de información sanitaria más avanzados, basados en procesos y no simplemente en estancias hospitalarias. Desde 2005, la Comunidad andaluza liquida los derechos generados por prestación de servicios sanitarios basándose en los grupos relacionados por el diagnóstico (GRDs). En segundo lugar, el proceso administrativo relacionado con la liquidación y, especialmente, con la recaudación de los derechos a favor de la hacienda pública autonómica se ha vinculado con el sistema general de las respectivas agencias tributarias regionales. En el caso de Andalucía, la liquidación de derechos por asistencia sanitaria se realiza mediante el Sistema Unificado de Recursos (SUR) de la Consejería de Hacienda. Esta vinculación permite una integración clara y precisa de los derechos generados por esta vía con el resto de ingresos de la administración andaluza.

La importancia de la financiación sanitaria dentro de los sistemas de financiación de las autonomías se ha vuelto a poner de manifiesto con ocasión de la reciente crisis económica y financiera. Además de las medidas extraordinarias reflejadas en Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en este mismo año se publicó el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud.

Entre las medidas más destacadas adoptadas en el RDL 16/2012 cabe destacar la regulación de la condición de asegurado, una nueva categorización de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud, y la creación de un Fondo de Garantía Asistencial, configurado como una partida específica de compensación para la garantía asistencial. El real decreto-ley incorpora determinadas medidas relacionadas con la prestación farmacéutica, regulación de aspectos vinculados a las categorías profesionales, los criterios generales reguladores del sistema retributivo o de la acción social; asimismo se incorporan medidas de eficiencia proponiendo estrategias de gestión centralizada de suministros en el Sistema Nacional de Salud y medidas de esfuerzo en el ahorro energético.

El RDL 16/2012 constituye una clara evidencia de cómo financiación y prestaciones son la cara y cruz de una misma moneda que debe ser contemplada en su más amplio sentido. Persiguiendo la sostenibilidad del SNS, el RDL 16/2012 no contempla el aumento de la financiación sino la reducción del gasto sanitario mediante estrategias de mejora de la eficiencia, pero también con una clara restricción de la población beneficiaria de la asistencia sanitaria gratuita y una merma del estatus laboral y económico de los profesionales del sistema.

Las especiales dificultades por las que han pasado las finanzas públicas españolas han provocado que la Administración Central del Estado retome el control sobre las finanzas autonómicas y el endeudamiento con un control estricto de los mismos. Dicho control se instrumentó en primer lugar mediante el Mecanismo Extraordinario de Financiación para el pago a proveedores, obligando a las CCAA a presentar un Plan de Económico de Ajuste Financiero que garantizase el objetivo de déficit para poder acceder a dichos fondos.

Posteriormente otro de los fondos que aparecieron en 2012 con carácter extraordinario, el Fondo de Liquidez Autonómico, se ha consolidado dentro del Fondo de Financiación a Comunidades Autónomas regulado en el Real Decreto-ley 17/2014, de 26 de diciembre, de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico. Actualmente, el RDL 17/2014 contempla tres compartimentos: Facilidad Financiera, Fondo de Liquidez Autonómico, y Fondo Social.

Como conclusión final podemos destacar el hecho de que la financiación sanitaria, por el volumen de recursos que moviliza y por su extraordinaria y estratégica importancia desde el punto de vista social, ha ocupado y sigue ocupando un lugar destacado en todos los sistemas de financiación de las Comunidades Autónomas en los últimos años. Dicha importancia queda patente en tanto en la existencia de fondos específicos de carácter

ordinario como en la regulación de los mecanismos extraordinarios de financiación. Independientemente de la mayor o menor calidad técnica de los modelos de distribución de fondos hacia las Comunidades Autónomas, y sin entrar a juzgar la oportunidad de determinados instrumentos de financiación en momentos específicos, de lo que no cabe duda es de que la cuestión de la financiación sanitaria debe ser contemplada en el marco de un pacto social sobre el nivel de prestaciones sanitarias públicas que queremos y podemos financiar, lógicamente en consonancia con la perspectiva de sostenibilidad global de las finanzas públicas.

7. BIBLIOGRAFÍA

BANDRÉS, E., & GONZÁLEZ, R. (2015). La reducción del gasto sanitario en España durante la crisis. *Cuadernos de Información Económica*, 248, 37-48.

CUENCA, A., & GONZÁLEZ, R. (2015). Sistema de financiación autonómica y gasto sanitario en España. *Papeles de Economía Española*, 142, 75-93.

DELGADO TÉLLEZ, M., HERNÁNDEZ DE COS, P., HURTADO, S., & PÉREZ, J. J. (2015). *Los mecanismos extraordinarios de pago a proveedores de las administraciones públicas en España* (Documentos Ocasionales. N.º 1501). Madrid, Spain: Banco de España. Recuperado a partir de <http://www.bde.es>.

GONZÁLEZ, I.V. (2013). Los mecanismos estatales de apoyo a la financiación autonómica. *Boletín Económico de ICE*, Nº 3035, 3-13.

Capítulo VI **DERECHO SANCIONADOR: INFRACCIONES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE SANIDAD**

Lorenzo Mellado Ruiz

I. LA GARANTÍA SANCIONADORA EN EL DERECHO PROPIO ANDALUZ SOBRE SALUD Y SALUD PÚBLICA

El grupo normativo sobre salud de la Comunidad Autónoma andaluza viene encabezado por dos leyes fundamentales: la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía (LSA) y la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía (LSPA). Ambas concretan y desarrollan tanto el reconocimiento constitucional del derecho universal a la protección de la salud y el mandato a los poderes públicos para organizar y tutelar los sistemas de salud pública (art. 43 CE), mandato que trasciende obviamente la mera garantía pública del aseguramiento de las prestaciones sanitarias, como su equivalente estatutario de reconocimiento del derecho a la protección de la salud mediante un sistema sanitario público de carácter universal (art. 22.1 de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía)¹.

¹ Para una descripción sintética del modelo de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de sanidad, puede verse DE LA CUEVA ALEU, I., *El derecho constitucional a la protección de la salud. Jurisprudencia constitucional*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, V-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pág. 49 y ss., así como el estudio de VIDA FERNÁNDEZ, J., «Un paso decisivo en la intervención de las Comunidades Autónomas sobre la configuración prestacional del derecho a la protección de la salud: Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 2004, núm. 98/2004», *Revista General de Derecho Administrativo*, 7, (2004), pronunciamiento que, a su juicio, ha supuesto una redefinición del diseño de

Ni en la CE ni en el Estatuto se prevé, expresamente, que dentro de las facultades de ordenación y tutela públicas del derecho (privado) a la salud, junto con las –sí concretadas– medidas preventivas y de prestación de los servicios públicos necesarios, de protección del régimen estatutario de los usuarios y pacientes y las instrumentales de promoción de la educación sanitaria, física y el deporte, se incluya la propia potestad sancionadora de las autoridades competentes para reprimir la comisión de las infracciones administrativas previstas en las propias normas, pero es evidente que se trata de una potestad administrativa ancilar o correlativa, aún de carácter meramente reactivo, a las reconocidas para la propia ordenación integrada del sector. La salud pública ha sido, de hecho, históricamente, una de las áreas o ámbitos de mayor presencia e intensidad de la intervención administrativa.

Como repetidamente ha señalado el TC, la competencia para ordenar la potestad sancionadora –esto es, para tipificar infracciones y sanciones, así como para articular el ejercicio de esta potestad a través de los correspondientes procedimientos– debe considerarse una competencia conexa o accesoria al título competencial sustantivo de la materia de que se trate. Por ello, la competencia para regular el régimen sancionador corresponderá al Estado y/o a las Comunidades Autónomas dependiendo de cuál sea la instancia territorial competente en cada materia, así como del propio alcance normativo de la respectiva competencia (propia y exclusiva, compartida o simplemente general)². En este caso, y como es conocido, tanto en lo relativo a la dimensión individual de la sanidad (art. 149.1.16^a CE) como a la colectiva (art. 148.1.21^a CE, en su referencia a las materias de «sanidad e higiene»), y aún desde la propia –y vana– imposibilidad de una nítida separación de ambas esferas, se trata de competencias compartidas o concurrentes entre el Estado y las Comunidades Autónomas, donde el juego, pues, de la articulación sectorial internormativa ha de conjugarse con determinadas limitaciones derivadas de la prevalencia del aseguramiento del interés general presente en determinadas circunstancias (por ejemplo, para el respeto de los principios básicos del propio procedimiento sancionador)³. Y por ello ha recordado el TC que existen materias donde «no toda la regulación es de exclusiva competencia del Estado, pero la normativa sancionadora autonómica sí habrá de atenerse a lo dispuesto en el art. 149.1.1^a CE, de modo que no podrá introducir tipos ni prever sanciones que difieran, sin fundamento razonable, de los ya recogidos en la normación válida para todo el territorio» (STC 87/1985, de 16 de julio). Por ello, además de la limitación existente en

la planta del papel del Estado y de las Comunidades Autónomas en la configuración y gestión del Sistema Nacional de Salud y, en particular, por lo que se refiere a sus respectivas intervenciones en la fijación del contenido material del derecho a la protección de la salud, esto es, de las prestaciones sanitarias.

² Vid. GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, 9^a ed., Tecnos, Madrid, 2012, págs. 646-647.

³ Sobre el complejo sistema de articulación competencial en materia específicamente de salud colectiva puede verse, por ejemplo, CIERCO SEIRA, C., «La necesaria actualización ...», *op. cit.*, pág. 39, abogando precisamente en su momento por la aprobación de una auténtica ley básica estatal en la materia. También sobre el tema, SANZ LARRUGA, F. J., *Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en materia sanitaria*, en VV. AA., *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1999.

razón de la competencia estatal para establecer la normativa básica en estas materias, las Comunidades Autónomas han de someterse a lo previsto en dicho punto, lo que en materia de sanciones administrativas se traduce en la obligación de que por las Comunidades Autónomas se tenga en cuenta el régimen sancionador existente en las disposiciones estatales vigentes, de forma que no pueden introducir nuevas tipificaciones o graduaciones sancionatorias que supongan modificaciones sustanciales del régimen estatal⁴.

El objeto de este capítulo es, así, la sistematización y análisis de este marco sancionador del Derecho propio de Andalucía en materia de salud y sanidad. Régimen sancionador que, como en el resto de normas jurídico-públicas, viene a configurar la última respuesta o garantía del legislador frente a la vulneración de los preceptos sustantivos correspondientes, necesaria fórmula reactiva de represión, para no dejar huérfanas de vinculatoriedad a las previsiones normativas, que, como se sabe, también cumple determinadas funciones de desincentivación y prevención de los posibles incumplimientos o infracciones. En cualquier caso, es evidente que, sobre todo en el caso de la protección de bienes jurídicos sensibles y «primarios» como puede ser la salud, individual y colectiva, la articulación de un régimen sancionador adecuado y coherente sigue siendo la «última garantía» del efectivo cumplimiento de las disposiciones tuteladas. La sanción no es, como se sabe, una solución material, ni siquiera, por sí, una garantía de eficacia del cumplimiento del derecho, pero, al menos, constituye la última barrera de contención frente a los –inevitables a veces– incumplimientos o contravenciones de los ciudadanos frente a las obligaciones, deberes y mandatos contenidos en los preceptos legales. De hecho, la propia LSPA pretende priorizar, claramente, las medidas preventivas o proactivas para la tutela de la salud pública, a través de la utilización del denominado «análisis de riesgos» como herramienta de gestión. Frente a la protección asistencial u hospitalaria, pensada en la enfermedad y en la reacción frente a los peligros concretos, el paradigma de la gestión colaborativa de los riesgos se focaliza, más bien, sobre la incertidumbre del advenimiento de los mismos y la tutela cautelar de la salud colectiva⁵, desde la consagración positiva de la responsabilidad y el autocontrol como bases sobre las que sustentar el papel de la sociedad, y ampliando los tradicionales ámbitos de protección de la salud (salud ambiental, alimentaria, salud laboral, etc.) con otros con un claro impacto sobre los determinantes de salud, por ejemplo, la propia –y difusa– preservación de un entorno físico para el desarrollo de una vida saludable que afecte a los espacios públicos donde se desenvuelve la vida humana. Como se ha sostenido en este sentido, la normativa moderna de salud pública ha explotado o centralizado sus esfuerzos, sobre todo, en la cara limitativa de la misma, en tanto que exponente

⁴ Vid. ROBLES FERNÁNDEZ, S., «Régimen jurídico de las infracciones y sanciones administrativas en el ámbito de la salud pública», *Derecho y Salud*, Vol. 3, 1, (1995), pág. 126.

⁵ Vid., sobre el tema, ESTEVE PARDO, J., «Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión», *Documentación Administrativa*, 265-266, (2003), pág. 137 y ss.: «Particularmente nuestros cuerpos, nuestra salud, están cada vez más distanciados de la naturaleza. El segmento tecnológico que se interpone entre nosotros y la naturaleza es cada vez más dilatado y más denso. No estamos ya expuestos a los peligros de una naturaleza que estamos modificando en sus componentes más íntimos hasta hacerla del todo artificial».

o reflejo del «orden público», pero sin abundar, al menos hasta los últimos tiempos, en la creación de nuevos derechos capaces de incentivar el anverso positivo o prestacional que también posee en la actualidad su tutela cabal⁶.

La policía administrativa aspira, o ha aspirado, a establecer un estado de perfección, un orden público no sólo en lo relativo a la seguridad pública, sino también, sobre todo las llamadas policías especiales, un orden público económico, sanitario, alimentario. La policía administrativa actúa, así, cuando se producen perturbaciones de ese orden y su objetivo es, precisamente, restablecer ese orden. En cambio, la gestión de riesgo no se plantea el objetivo del riesgo cero porque sencillamente no existe. De lo que se trata es de optar entre riesgos. Por eso, el concepto final de la gestión de riesgos no es el orden público sino el de riesgo permitido⁷.

Conviene tener en cuenta, como premisa de partida, que no existe en Andalucía ninguna norma «*recopilatoria*» o armonizadora del derecho sancionador administrativo en materia sanitaria (por supuesto, dejamos de lado la dimensión penal en que pueden incurrir también, en su caso, estas acciones⁸), puesto que, dejando de lado, incluso, los distintos subsistemas o subsectores específicos y sectoriales en esta materia (muchos de ellos, y en su ley básica de cabecera, con un régimen sancionador singular)⁹, las dos grandes normas vigentes aparecen como complementarias en este punto para la articulación del conjunto de infracciones y sanciones previstas en el ordenamiento sanitario andaluz general¹⁰. Dice, así, el art. 103 LSPA que a las infracciones contempladas en la propia Ley, hay que añadir, complementariamente, las establecidas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios y la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía. Las dos primeras normas no son Derecho «propio» de Andalucía pero obviamente, en tanto legislación básica estatal, son plenamente aplicables, como común denominador normativo

⁶ Vid., CIERCO SEIRA, C., «La necesaria actualización ...», *op. cit.*, pág. 28.

⁷ ESTEVE PARDO, J., «Ciencia y Derecho ...», *op. cit.*, pág. 147.

⁸ Sobre el tema, puede verse VV. AA., *Delitos contra la salud pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007 y MONTERO LA RUBIA, F. J., *Delitos contra la salud pública*, Bosch, Barcelona, 2007.

⁹ A nivel estatal destaca por ejemplo, por su singularidad e importancia, el grupo normativo sobre prevención de riesgos laborales y tutela de la salud laboral, *vid.*, sobre el mismo, y en este tema, CASAS BAAMONDE, M. E., «Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador», *Derecho y Salud*, Vol. 4, Julio-Diciembre 1996, pág. 91 y ss.

¹⁰ En general, como se ha argumentado acertadamente, y junto a las demás disfunciones generales de divergencia en el grado de estructuración normativa, en el rango de la normativa de ordenación de cada sector y en la labor institucional de actualización y clarificación normativas, el caso andaluz se inserta, en este punto, en la propia dinámica general comparada de descompensación de la labor autonómica de desarrollo y complemento de la normativa estatal, general y sectorial, en materia de salud pública o colectiva, con sectores donde el legislador autonómico ha incidido más detenidamente y otros sin apenas regulación, *vid.*, CIERCO SEIRA, C., «La necesaria actualización ...», *op. cit.*, pág. 29.

además, en la Comunidad Autónoma. Pero tanto la LSA como la LSPA sí constituyen las dos normas basilares en esta materia emanadas de los poderes públicos andaluces, en virtud de la habilitación competencial contenida en el art. 55 del Estatuto andaluz, que, como se sabe, otorga a Andalucía la competencia exclusiva sobre organización, funcionamiento interno, evaluación, inspección y control de centros, servicios y establecimientos sanitarios y compartida sobre sanidad interior y, en particular, sobre la ordenación y ejecución de las medidas destinadas a preservar, proteger y promover la salud pública en todos los ámbitos. El análisis crítico que se desarrolla a continuación parte, pues, de la articulación sistémica de los regímenes sancionadores de ambas normas, desde una necesaria superación sincrética de la forzada atomización positiva de los mismos. Se expone, así, el régimen sancionador de la LSPA (Título VII) y de la LSA (Capítulo V) sin seguir la dual y específica sistemática separada de ambas leyes, sino desde el criterio funcional de su necesaria coherencia material o sustantiva, a partir de los fundamentos o elementos mínimos comunes al propio esquema sancionador. La clasificación sigue, no obstante, el criterio tradicional marcado por la gravedad del hecho sancionado, desde la consideración actual, no siempre asumida, de que no todos los problemas de salud colectiva o pública han de constituir amenazas graves a la misma.

No se va a analizar, por ello, lo que podría denominarse como el «subsistema normativo especial» en materia de salud pública en Andalucía, es decir, las normas, algunas con rango legal –y, sobre ello, con un régimen sancionador propio–, que se ocupan de aspectos o dimensiones parciales o específicas de aquélla. La situación, no obstante, ofrece una panorámica bastante similar a la existente a nivel estatal, donde, aunque ya existe una normativa general, más o menos aglutinadora de sus aspectos fundamentales, se ha venido asistiendo a una cierta integración asistemática y descompensada de este amplio y disperso grupo normativo¹¹. Sí conviene mencionar al menos, por su importancia, normas centrales en aspectos concretos de la salud pública que han merecido en la Comunidad andaluza un trato específico. Así por ejemplo, la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía, cuyo objetivo no es sólo, y evidentemente, la protección «económica» de éstos, sino la propia salvaguarda de la salud colectiva frente a los riesgos asociados al consumo, con un régimen sancionador exhaustivo y completo; la Ley 2/2011, de 25 de marzo, de la calidad agroalimentaria y pesquera de Andalucía, algunas de cuyas infracciones sancionan, precisamente, la creación o producción de riegos para la salud pública; la Ley 12/2003, de 24 de noviembre, para la reforma de la Ley 4/1997, de 9 de julio, de prevención y asistencia en materia de drogas, que viene a completar la dimensión preventiva y asistencial del régimen previo con medidas de mayor corte punitivo o sancionador, a la vista, se dice, «*de hechos concretos de enorme trascendencia y alarma social que han tenido lugar durante los últimos meses en Andalucía, relativos a la venta indiscriminada de alcohol a jóvenes y en muchos casos*

¹¹ En este sentido, clarificadoramente, CIERCO SEIRA, C., «La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública», *Derecho y Salud*, Vol. 17, número extraordinario XVII, pág. 25 y ss., que diferencia, así, a nivel estatal, entre una parte general de la salud pública y una parte especial para su análisis.

menores de edad, con peligro grave para la salud»; o, en fin, normas más genéricas referidas a la sanidad ambiental y animal, como la Ley 7/2007, de 9 de julio, de gestión integrada de la calidad ambiental¹² y la Ley 11/2003, de 24 de noviembre, de protección de los animales, con sus respectivos regímenes sancionadores, pero con evidente relación con la perspectiva genérica de protección de la salud colectiva de los ciudadanos¹³.

II. FACTORES O PRESUPUESTOS COMUNES DE DELIMITACIÓN

1. La salud y la salud pública, como bienes jurídicos protegidos

Es evidente, no obstante, como lógico fundamento implícito de ambas normas, que su regulación separada obedece a la propia diferenciación conceptual de su objeto: la salud pública es la salud de la colectividad, la salud física y psíquica de los ciudadanos, más allá de la salud individual, o, como se ha dicho, de la suma de saludes individuales¹⁴. Como se define por ejemplo en la Ley estatal 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, la salud pública es el «conjunto de actividades organizadas por las Administraciones públicas, con la participación de la sociedad, para prevenir la enfermedad así como para proteger, promover y recuperar la salud de las personas, tanto en el

¹² Recientemente modificada por el Decreto-Ley 3/2015, de 3 de marzo, al objeto precisamente, y como necesario acogimiento de las reformas impuestas a nivel estatal y comunitario en la materia, de introducir previsiones directamente enfocadas a obtener mejoras de la salud pública y ambiental, asegurando, al mismo tiempo, la rentabilidad y fomentando la innovación técnica. Así por ejemplo, se define ahora la «autorización ambiental integrada» como la Resolución de la Consejería competente en materia de medio ambiente por la que se permite, a los efectos de la protección no sólo del medio ambiente sino también de la *salud de las personas*, y de acuerdo con las medidas recogidas en la misma, explotar la totalidad o parte de las actividades sometidas a dicha autorización.

¹³ Complementarias a estas últimas son otras normas, de rango menor, como el Decreto 182/2005, de 26 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ordenación de la caza de la Comunidad Autónoma de Andalucía, donde se prevé, por ejemplo, la puesta en marcha del Programa de Vigilancia Epidemiológica de la Fauna Silvestre en Andalucía, para el seguimiento del estado sanitario de las especies silvestres con objeto de detectar la aparición de enfermedades, determinar la prevalencia de éstas y establecer y coordinar las medidas de intervención más adecuadas, ya sean de prevención, de lucha o de control.

¹⁴ Vid. ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?*, en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: «in memoriam»*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 630. Como también se ha precisado, la «sanidad individual» es aquella que tiene por destinatario al individuo en singular, al paciente, y cuyo contenido es, en lo esencial, curativo o asistencial, mientras que la «sanidad colectiva» se enderezaría al conjunto de la población a fin de conservar, proteger y mejorar su salubridad frente a determinados factores o riesgos comunes, vid. CIERCO SEIRA, C., *Administración pública y salud colectiva ...*, op. cit., pág. 8. Pero se desarrollan a continuación, también, y sin embargo, los tres grandes obstáculos al intento de nítida separación entre ambas esferas del género común en que consiste la propia «salud»: la concreción de las tareas y ámbitos en que se traduce el enunciado genérico de tutela de la salud de la colectividad; la propia imposibilidad de trazar una línea divisoria impermeable entre ambas dimensiones; y, finalmente, la gravedad variable de los problemas asociados a la salud colectiva.

ámbito individual como en el colectivo y mediante acciones sanitarias, sectoriales y transversales» (art. 1).

La propia Exposición de Motivos de la LSPA expone nítidamente este binomio conceptual de partida, desde la propia superación de las nociones clásicas y asistencialistas de la salud humana como ausencia de enfermedad¹⁵. La salud se concibe hoy, desde una óptica transversal y funcionalista, tanto como bienestar colectivo como presupuesto de la propia plenitud personal, mientras que la salud pública se define como un factor de inversión en la vida comunitaria óptima, siendo sus cometidos y fines, más que la mera prevención y lucha contra las enfermedades y la ordenación de sistemas de asistencia sanitaria, la propia mejora de la salud y de la calidad de vida de las personas, contribuyendo, en el fondo, a la generación de las condiciones vitales más favorecedoras para la salud de la población, la promoción de conductas y hábitos más saludables y la protección/gestión de la salud antes las amenazas y riesgos. Esta nueva visión, se añade, transforma la actividad económica vinculada a la salud desde un posicionamiento reactivo, de respuesta al accidente o enfermedad patológicas, hacia un posicionamiento proactivo, de anticipación, de promoción y mejora del bienestar de las personas.

Es más, en los últimos tiempos hemos asistido realmente a una evolución del propio concepto aprehendido y clásico del derecho a la salud, que, desde la exclusiva preocupación por la garantía de los derechos prestacionales, ha pasado a tener que encarar los imperiosos retos que impone el avance científico, médico y tecnológico ya calificado como la gran revolución del siglo XXI, o la garantía de nuevas formas de libertad frente a riesgos emergentes y aún desconocidos que de aquel derivan. En la actualidad, el ciudadano ya no se conforma con una sanidad meramente preventiva o con tener garantizadas unas prestaciones de calidad para paliar la enfermedad¹⁶.

En última instancia, el art. 43 CE acoge las dos grandes facetas actuales de la salud: de un lado, una perspectiva individual, de la protección de la salud, que se corresponde con el reconocimiento del derecho a la protección de la salud; de otro, una perspectiva colectiva, que habilita a los poderes públicos a abordar los problemas de salud, en tanto que establece que *«compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios»*. El deber de tutelar

¹⁵ Como se ha dicho, aún quedan resquicios en nuestro sistema jurídico sanitario de una determinada concepción *«paternalista»* de la medicina y del papel de los poderes públicos, en una, sin embargo, imparable evolución, hacia la progresiva cohesión entre las demandas de garantía de la salud y la seguridad individuales, con reconocimiento de la plena autonomía del paciente, y las garantías transversales de tutela de la salud pública o colectiva, *vid.*, por ejemplo, CANTERO MARTÍNEZ, J., «La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud», *Revista Vasca de Administración Pública*, 80, (2008), pág. 18.

¹⁶ GARRIDO CUENCA, N., *Derechos, principios y objetivos relacionados con el derecho a la salud*, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (dir.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008, pág. 608.

la salud colectiva constituye, pues, un bien constitucionalmente protegido, que permite y justifica la posible restricción de determinados derechos fundamentales¹⁷.

Este nuevo enfoque se refleja, también, en el régimen sancionador de estas normas. El objeto de la LSA es mucho más genérico, la protección de la salud, pero, funcionalmente, y a la vez, más delimitado, en tanto que se orienta a la articulación de las actuaciones que permitan la realización del derecho ciudadano a la protección de la salud, en el marco de la «*relación jurídica sanitaria*»¹⁸, junto con los fines ancilares de la garantía de aplicación de los derechos y deberes de los ciudadanos andaluces respecto de los servicios sanitarios autonómicos y la propia ordenación general de las actividades sanitarias en Andalucía. El elenco de infracciones y sanciones de esta norma pivota, por ello, y como veremos, sobre la imposibilitación del ejercicio de tales derechos, el incumplimiento de las normas exigibles a los centros y establecimientos sanitarios, la aplicación incorrecta de ayudas o subvenciones, etc.

Por el contrario, el objeto de la LSPA –y, correlativamente, los bienes jurídicos protegidos a través del instrumental sancionador– es mucho más amplio y diversificado. No sólo persigue el establecimiento de los derechos, obligaciones y responsabilidades de la población respecto a la salud pública o colectiva, las garantías para su cumplimiento y los fines y principios organizativos, sino también la delimitación adicional de las funciones y competencias en materia de salud pública, sus prestaciones y servicios y las líneas basales para la organización de su gobernanza (art. 1.1). La propia Ley define la «*protección de la salud*» como «*un componente de la política de salud en el que se encuadran las actividades orientadas al análisis de riesgos asociados a los alimentos y de riesgos ambientales, a la preservación del entorno saludable que afecte a los espacios públicos donde se desenvuelve la vida humana, a los medios de transporte y a la habitabilidad de las viviendas, así como a la protección frente a aquellos otros riesgos y fuentes de peligro para la salud física y mental que surjan en el contexto social*» (art. 2.19^a). Un primer y aproximativo análisis del régimen de infracciones de la Ley pone inmediatamente de manifiesto su opción por la trascendencia, como objeto de protección, no sólo de la salud –física o mental– individual, en su conexión con el enfoque clásico de tutela de la sanidad ciudadana, sino de la propia salud colectiva entendida como prevención o reacción frente a enfermedades o patologías, incluyendo tipos sancionadores, por ejemplo, de conductas de riesgo sanitario, de

¹⁷ Vid. MAGDALENO ALEGRÍA, A., *La tutela de la salud colectiva como límite de los derechos fundamentales*, en ALENZA GARCÍA, J. F. y ARCOS VIEIRA, M. L. (dirs.), *Nuevas perspectivas ...*, op. cit., pág. 142. En este sentido, y como cobertura jurídica necesaria de la amplia capacidad administrativa para la adopción, como se verá más adelante, de medidas preventivas, incluso antes de la iniciación del procedimiento sancionador correspondiente, señala el art. 8.6 de la LJCA que «*corresponderá a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental*».

¹⁸ Vid. CORBELLA i DUCH, J., *Manual de Derecho sanitario*, 2^a ed., Atelier, Barcelona, 2012, especialmente pág. 161 y ss.

intervenciones que modifiquen el entorno¹⁹ o ambiente con repercusión en la salud pública, de actuaciones estigmatizadoras de terceras personas, etc. Es clara, en este sentido, la íntima conexión entre la perspectiva moderna de protección y salvaguarda de la salud pública o colectiva con la propia protección del ambiente natural²⁰.

En el fondo se trata, no obstante, de dos normas –y dos grupos normativos con su objeto de tutela y preservación– complementarias, y desgajadas de un tronco común constituido por la propia normativa genérica sobre «función pública» de la protección de la salud de las personas²¹. Los avances de la medicina y la ciencia en general han puesto de manifiesto la estrecha condicionalización de la salud de las personas (salud individual) por el conjunto de factores (externos) ajenos a su propia constitución fisiológica. Aspectos como la alimentación, la contaminación ambiental, las condiciones de trabajo, la educación, la vivienda, los hábitos y el estilo de vida, las drogodependencias, etc., entre otros, inciden indudablemente, de una forma más o menos intensa según los casos, en el estado de salud. Las evidencias científicas sobre la interacción de la salud con estos factores o determinantes, ha transformado, pues, esta función pública de tutela u ordenación de la salud colectiva²². El derecho a la protección de la salud es más amplio que el derecho a la asistencia sanitaria, por cuanto incluiría la posición subjetiva respecto de la actividad desarrollada por los poderes públicos para proteger la salubridad y el bienestar colectivos, tanto frente a amenazas o riesgos difusos como frente a acciones externas realizadas por cualquier

¹⁹ El propio «entorno» se ha visto expandido en su conceptualización para trascender incluso el medio natural, puesto que aquel en que se desarrolla la vida humana está constituido también por el entorno socialmente construido conformado por la vivienda, el lugar de trabajo, el colegio, los lugares de ocio, la ciudad en su conjunto y los estilos de vida (Exposición de Motivos de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). La íntima conexión entre el sistema sanitario y la sostenibilidad ambiental se pone también de manifiesto en el Anteproyecto de Ley de Garantías y Sostenibilidad del Sistema Sanitario Público de Andalucía, aprobado por el Consejo de Gobierno andaluz en Junio de 2015. En el se define de hecho la «sostenibilidad» como la garantía «de las necesidades actuales de la ciudadanía y de los grupos de interés del Sistema Sanitario Público de Andalucía sin comprometer su consecución en el futuro, asegurando el equilibrio entre crecimiento económico, cuidado del medio ambiente, el bienestar social y la gestión del conocimiento y la investigación e innovación» (art. 2).

²⁰ Y a la inversa, es evidente que la protección del medio ambiente, en su pluralidad actual de enfoques y subordinamientos, tiene como uno de sus ejes nucleares el de velar por la salud y la calidad de vida de las personas, tanto en su dimensión puramente colectiva o social como en la individual no asistencial, *vid.* con detalle, RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M. M., *Salud y medio ambiente (en especial, los residuos sanitarios)*, en ALENZA GARCÍA, J. F. y ARCOS VIEIRA, M. L. (dirs.), *Nuevas perspectivas ...*, *op. cit.*, pág. 157 y ss. En este sentido, uno de los principios generales de acción de los poderes públicos en materia de salud pública es, precisamente, el de *integración* de la protección de la salud en el resto de políticas públicas, naturaleza transversal común a las propias políticas medioambientales, y recíproca, de tal forma que las actuaciones de salud pública han de tener en cuenta las políticas de carácter no sanitario que influyan en la salud de la población, promoviendo las que favorezcan los entornos saludables y disuadiendo, en su caso, de aquellas que supongan riesgos para la salud (art. 3.b) Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública).

²¹ CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006, pág. 1.

²² CIERCO SEIRA, C., «La necesaria actualización ...», *op. cit.*, pág. 30.

sujeto²³, encontrándonos en cualquier caso ante manifestaciones de un auténtico servicio público o de interés general de la Administración. En este sentido, dentro de sus principios rectores, la propia LSPA recoge el denominado «*principio de integralidad*», que impone que las actuaciones de salud pública deben organizarse y desarrollarse dentro de la concepción integral de la salud y sus determinantes²⁴. Normativa que en el movimiento pendular que ha venido sufriendo desde la segunda mitad del s. XX, donde la consolidación del Estado de Bienestar conduce a la priorización de las acciones y fórmulas de salud individual, en su dimensión básicamente prestacional y asistencial²⁵, frente al paradigma tradicional centrado más en la tutela de la salud y la salubridad colectivas («*policía sanitaria*»), ha devenido hoy, en circunstancias no obstante radicalmente distintas, y, por tanto, con problemas y necesidades nuevas, en un nuevo resurgimiento de la dimensión pública y colectiva de la garantía integral de la salud de las personas. Una renovación de esta función pública derivada, entre otras causas, del perfeccionamiento de los saberes científico-técnicos sobre la influencia del medio externo, y los agentes exógenos, sobre el estado de salud y bienestar de la población; de la necesidad de programación y ejecución de acciones preventivas y profilácticas de carácter colectivo como forma de mitigación de la propia saturación de los mecanismos públicos de atención (individual) sanitaria y asistencial; del surgimiento de nuevas crisis y alarmas, muchas veces de carácter global e interrelacionado, a las que no puede reaccionarse con los mecanismos tradicionales basados en la asistencia sanitaria y médica; etc.²⁶, pero que, a la vez, se enfrenta hoy –críticamente podría decirse– a políticas públicas de recorte, contención del gasto e inestabilidad del equilibrio entre la sostenibilidad económico-financiera del sistema (y su afección a un derecho constitucional pero de configuración legal) y el margen de «reversibilidad» de los derechos sociales de los ciudadanos en las conquistas sociales alcanzadas²⁷.

²³ Vid. MENÉNDEZ REXACH, Á., «El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas», *Derecho y Salud*, 11, (2003), especialmente págs. 16-18. Como se ha sostenido claramente, el derecho a la salud se proyecta, realmente, en tres direcciones, que son, en el fondo, las tres grandes dimensiones o facetas del mismo: el derecho de todo ciudadano a las prestaciones sanitarias del Estado; el interés legítimo en la participación de la acción pública desarrollada por los poderes públicos para la protección de la salubridad pública; y el derecho individual a la protección de la salud personal frente a acciones o agresiones externas, PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989, pág. 79 y ss.

²⁴ Este principio exige, además, que todas las entidades públicas y privadas, así como las redes y comunidades de personas, tengan la posibilidad real de participar de forma efectiva en la toma de decisiones de los intereses colectivos, vid. SÁNCHEZ CURSÓN, J. M^a., «La gobernanza en la nueva Ley de Salud Pública en Andalucía», *Revista eSalud*, Vol. 8, 30, 2012, pág. 3.

²⁵ La evolución histórico-normativa y la situación actual del sistema estatal de prestaciones sanitarias puede verse, por ejemplo, en SÁNCHEZ GARCÍA, M. M., *Prestaciones sanitarias: catálogo de prestaciones y cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud*, en PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 657 y ss.

²⁶ Vid. CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva*, op. cit., págs. 2-5.

²⁷ Vid. AGUADO i CUDOLÁ, V. y PRADO PÉREZ, R., «Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del

En cualquier caso, y desde un enfoque básicamente constitucional, es evidente que la «salud pública», que los poderes públicos están obligados a organizar y tutelar, es una parte esencial del contenido del derecho a la protección de la salud reconocido genéricamente en el art. 43 CE, incluyéndose a su vez, dentro de este amplio concepto, tanto las medidas preventivas como las prestaciones y servicios que sean necesarios para su protección²⁸. Y puede decirse que nos encontramos hoy en un nuevo estadio, no tanto de retorno a las concepciones liberales decimonónicas de protección exógena de la salubridad y la seguridad sanitarias, sino de integración tutelar en base a la primacía del derecho a la promoción de la salud, en términos genéricos, tanto individual como colectiva, pues²⁹.

2. Sujetos responsables

La LSPA sí especifica que pueden ser sujetos responsables de las infracciones que regula cualquier persona, física o jurídica –donde el elemento volitivo en sentido estricto se sustituye por la propia capacidad objetiva de poder infringir las normas a las que estén sometidas por el ordenamiento jurídico– que, por acción u omisión, hubiesen «participado» en las conductas tipificadas, mediando dolo, culpa o negligencia (art. 103.3).

El ámbito subjetivo de punibilidad es, pues, amplio, admitiéndose tanto la comisión activa como pasiva y en los diversos grados o niveles conocidos de intencionalidad (dolo, culpa o simple negligencia del deber necesario de actuación). En esta materia, de hecho, la propia jurisprudencia ha destacado la necesidad, por parte de los responsables de instalaciones, locales o actividades, no sólo de observar los deberes genéricos de diligencia normalmente exigibles, sino una «especial diligencia» para evitar los daños a la salud pública³⁰.

Estado del Bienestar», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, (2014), págs. 87-110. Cabe destacar, simplemente, que en este proceso de reconstrucción del –alcance– de los derechos sociales, la doctrina ha acudido a diversas categorías jurídicas de tutela para asegurar el contenido mínimo –e irreversible– del derecho en cada caso concernido: la teoría del contenido esencial de los derechos, la de las condiciones básicas y la propia garantía institucional para la delimitación de la extensión –cuantitativa y cualitativa– de la posible reversión y el establecimiento de una resiliencia de los derechos sociales, *vid.* PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, INAP, Madrid, 2013.

²⁸ «En definitiva, pues, el contenido del derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 de la Constitución no sólo tiene una dimensión individual que se traduce en el derecho a recibir asistencia sanitaria y cuidados médicos determinados, sino que además se caracteriza por poseer al mismo tiempo una importante dimensión colectiva», CANTERO MARTÍNEZ, J., «La configuración legal y jurisprudencial ...», *op. cit.*, pág. 31.

²⁹ *Vid.* ROBLES FERNÁNDEZ, S., «Régimen jurídico de las infracciones ...», *op. cit.*, pág. 111.

³⁰ Así por ejemplo, en materia de control de consumo de sustancias tóxicas, se ha señalado, en el ámbito andaluz, que «la falta de identificación individual de las personas que consumían la cocaína en el local no supone quebranto de norma o principio alguno, ni descarta la tolerancia al consumo de esas sustancias dentro del local, ya que ante la existencia de muchas personas y las dificultades para su identificación segura, se optó por no formular denuncias individuales, pero el consumo dentro del local ha quedado probado, y este consumo únicamente pudo tener lugar por la falta de diligencia o por la tolerancia de la mercantil sancionada, a la que

No resulta tan sencillo de entender, sin embargo, la delimitación del elemento objetivo del grado de intervención en la comisión de las infracciones. La Ley responsabiliza de las infracciones a los que hubiesen, en términos genéricos, «participado», pero no desglosa, a continuación, el grado o intensidad de tal participación, que puede ser, como se sabe, gradual. Lo lógico hubiera sido determinar, de principio, que la responsabilidad concierne a los «autores» de las infracciones, con posibilidad de una responsabilidad atenuada para el resto de sujetos colaboradores, en distinto grado, con los mismos. La regla general, en materia sancionadora administrativa es, como se sabe, que sólo son responsables de la infracción el autor o autores de la misma. Podría entenderse, así, que la «participación» de la expresión legal vendría a equivaler a autoría, aunque, con carácter básico, pero meramente principal, como es comúnmente aceptado en este ámbito, el art. 130.3 LRJPAC establece que serán responsables subsidiarios o solidarios aquellas personas físicas o jurídicas sobre las que recaiga el deber de prevenir la infracción administrativa cometida por otros, «cuando así lo determinen las leyes reguladoras de los distintos regímenes sancionadores»³¹.

En este sentido, resultan mucho más completas las previsiones establecidas en la normativa andaluza sobre defensa de los consumidores y usuarios. En principio, serán responsables como autores las personas físicas o jurídicas que, dolosa o imprudentemente, realicen las acciones u omisiones antijurídicas tipificadas como infracciones, pero cuando en relación con los mismos bienes o servicios hayan intervenido distintos sujetos, como productores, importadores, distribuidores, minoristas u otros, cada una será responsable, como autor de la infracción que, en su caso, haya cometido, y las sanciones que se impongan a cada uno serán independientes, individuales y adecuadas a las circunstancias objetivas y subjetivas concurrentes en cada una de esas infracciones³².

se exige, como a todo establecimiento público, una mayor diligencia para evitar el consumo de sustancias que dañan la salud pública, más allá de la instalaciones de carteles, que no se convierten en una patente para no tener que vigilar las actividades que realizan dentro del local los clientes, ni permite no realizar ninguna otra actividad para evitar el consumo que, efectivamente, se estaba produciendo», STJA de 28 de septiembre de 2015, rec. 1917/2010.

³¹ Conviene resaltar que en el nuevo paquete legislativo sobre organización y procedimiento de las entidades del sector público (Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) se ha llevado a cabo un –por lo demás bastante criticado– desdoblamiento de los aspectos sustantivos y procedimentales de esta potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Y así, los principios generales de la misma se estudian en la Ley 40/2015 mientras que el procedimiento, que no es sino la traslación operativa de los mismos, se ha llevado a la complementaria Ley 39/2015. Dentro de los principios de la potestad sancionadora (Capítulo III), el art. 28.4 sigue reenviando a la legislación sectorial correspondiente para la tipificación como infracción del incumplimiento de la obligación de prevenir la comisión de infracciones administrativas por quienes se hallen sujetos a una relación de dependencia o vinculación.

³² Art. 82.1 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre. Además de los autores, también serán sancionados por su simple participación en infracciones ajenas, se añade a continuación: a) los profesionales que con su pericia o asesoramiento técnico hayan cooperado dolosa y necesariamente a la comisión de infracciones graves o muy graves; b) los gestores, directores o administradores de empresas y organizaciones cuando su conducta

Por el contrario, la LSA no contiene mención expresa a la dimensión pasiva subjetiva de su régimen sancionador. De hecho, y como se comentará en el análisis material del mismo, la Ley no contiene un régimen sancionador cerrado y exhaustivo, sino una previsión meramente parcial y complementaria de determinadas infracciones más una remisión inter-normativa genérica al resto de infracciones sanitarias expresamente tipificadas en las restantes normas, estatales y autonómicas, en formulación, pues, no sólo vaga e imprecisa, sino difícilmente admisible desde un punto de vista técnico-jurídico de legalidad (art. 24.1).

3. El carácter «abierto» de los regímenes sancionadores en materia de salud del Derecho propio de Andalucía

Finalmente, una última característica de este grupo normativo, que condiciona directamente el propio análisis jurídico de sus elementos, es el carácter «abierto» –lo que no quiere decir que sea ambiguo o indeterminado– del propio catálogo de infracciones y sanciones recogidas en el mismo.

Efectivamente, tanto la LSA como la LSPA no cierran o tasan exhaustivamente dicho catálogo, con mucha mayor claridad expositiva en el segundo caso.

Señala el art. 24.1 LSA que son infracciones sanitarias en materia de salud:

- Las recogidas en la propia Ley; y
- Las tipificadas en las vigentes normas estatales y autonómicas.

Es evidente, por un lado, que si nos encontramos ante materias de competencia compartida, solapada o concurrente, los regímenes sancionadores –que acompañan la propia ordenación sustantiva– han de tener que yuxtaponerse igualmente³³. Pero una cosa es que la competencia básica corresponda al Estado –lo que hace que las Comunidades Autónomas, en la ordenación de la legislación de desarrollo, hayan de acomodar sus regímenes sancionadores a aquella, en una función de ampliación, desarrollo, concreción o especificación del catálogo básico de infracciones y sanciones-³⁴ y otra muy distinta que una Ley autonómica señale que se considerarán infracciones sanitarias «*las que se encuentran tipificadas en las normas estatales y autonómicas*». La formulación es sumamente

dolosa haya sido necesaria en la comisión de la infracción grave o muy grave por la entidad en la que prestasen sus servicios profesionales; c) los que, con beneficio propio, hayan colaborado en la comisión de infracciones graves o muy graves adquiriendo productos o servicios ilegales, si han actuado dolosamente con conocimiento de la ilicitud, salvo que su conducta sea constitutiva de una infracción propia, en cuyo caso sólo serán sancionados como autores.

³³ Así, art. 56.1 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

³⁴ El art. 2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), proclama su carácter de «norma básica», salvo algunos preceptos singulares, carácter que se extiende, por tanto, al régimen sancionador y a las medidas de policía sanitaria que contiene en su seno.

imprecisa y, sobre todo en materia sancionadora, de dudoso encaje constitucional. Obviamente, serán infracciones las que se encuentren tipificadas como tal, pero en las normas estatales y autonómicas relacionadas o vinculadas con la materia, y, siempre, dentro de la cobertura de legitimación otorgada por la titularidad de competencias suficientes para su edición. En cualquier caso, el art. 24.1 LSA no supone una habilitación (mucho menos genérica) a la integración internormativa del régimen sancionador en esta materia (inspirada en principios estrictos como el de legalidad –el reenvío no es, ni siquiera, a normas con rango de Ley-³⁵ o el de tipicidad), de tal forma que en otras normas se pudieran contener infracciones sanitarias por simple disposición de la LSA –previsión inimaginable en el evidente supuesto de normas de ámbito estatal–, sino un mero reconocimiento o asunción, sin valor constitutivo, de la posibilidad (complementaria, y dentro de cada ámbito competencial) de existencia de otras infracciones en materia sanitaria contenidas en normas –sectoriales– distintas a la LSA.

Por su parte, el art. 103 LSPA sistematiza las infracciones en materia de salud pública de acuerdo con los siguientes bloques:

- Infracciones contenidas en la LGS;
- Infracciones contenidas en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios;
- Infracciones contenidas en la LSA; e
- Infracciones contenidas en la propia LSPA y, en las «especificaciones» que la desarrollen en el ejercicio de la potestad reglamentaria correspondiente, fórmula ambigua que hay que conectar, inmediatamente, con la posibilidad, no exenta de límites, de la colaboración reglamentaria en el desarrollo (a través de la introducción de especificaciones, concreciones o graduaciones) de los cuadros de infracciones o sanciones establecidas, en cada caso, por la Ley correspondiente, siempre y cuando no se altere la naturaleza o límites de las que la misma contempla y se contribuya a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes (art. 129.3 LRJPAC) y hoy, art. 27.3 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En este caso, como vemos, no hay una remisión complementaria en blanco a otros regímenes sancionadores en esta materia, pero sí la constancia de una cierta dispersión normativa, al menos en materia sancionadora, que enturbia, quizás, los principios clave en la misma de seguridad jurídica y previsibilidad de las acciones punibles.

³⁵ Es cierto sin embargo, como se ha apuntado, que la propia heterogeneidad inherente a esta disciplina de la salud pública complica el respeto y adecuación a las exigencias del principio de tipicidad y legalidad. Pueden encontrarse en ella, así, centenares de reglamentaciones (sectoriales o especiales) de los productos y actividades más diversas, lo que hace bastante complicado, por su propia naturaleza, y como se ha dicho, una aplicación estricta del principio de «reserva de ley» para la tipificación de las infracciones, *vid.* ROBLES FERNÁNDEZ, S., «Régimen jurídico de las infracciones ...», *op. cit.*, pág. 128.

III. SISTEMATIZACIÓN DEL RÉGIMEN DE INFRACCIONES EN FUNCIÓN DE SU GRADO DE ANTIJURIDICIDAD

1. Infracciones leves

A) *Meras irregularidades en la aportación a la Administración sanitaria de la información que, de acuerdo con la normativa vigente, sea obligatorio facilitar*

Se trata de una infracción «en blanco» consistente no tanto en la falta de aportación de la información (curiosamente no se especifica si dentro de este término habrá que entender incluida también la falta de aportación de la «documentación necesaria»), sino en la comisión de «meras irregularidades» (es decir, no aquéllas de carácter básico o esencial) cometidas durante el deber de facilitación de la misma a la Administración sanitaria correspondiente (competente). No ha de tratarse, entonces, de auténticas infracciones informativas o de constancia, sino de irregularidades (en principio de carácter formal) en la facilitación o traslado de la información que, según la normativa vigente, resultaría obligatoria para los particulares.

Puede chocar, no obstante, con los principios de tipicidad y taxatividad en materia sancionadora que la calificación de la infracción dependa de la «interpretación» tanto de lo que se entienda por «irregularidad», que puede integrarse, no obstante a través de la propia remisión del precepto a las obligaciones legales sustantivas de actuación, como de su «grado de intensidad», porque, en principio, parecería que no cualquier «irregularidad» podría constituir, si supone incumplimiento de un deber expreso, infracción leve a estos efectos.

Los deberes de información se contienen no sólo en la propia LSPA, sino, en virtud de la cláusula abierta del precepto, en la posible normativa de desarrollo o complemento de la Ley, como elemento clave, dentro del conjunto de actuaciones en materia de salud pública, de la denominada genéricamente como «*vigilancia en salud pública*»³⁶. Así por ejemplo, el art. 80 de la misma sí obliga expresamente a los titulares de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias que detecten la existencia de riesgos significativos para la salud derivados de la actividad o de los productos respectivos, lo comuniquen inmediatamente a la autoridad sanitaria correspondiente, procediendo a retirar, si procediera, el producto del mercado o a cesar la actividad.

³⁶ Se define ésta a nivel estatal como el conjunto de actividades destinadas a recoger, analizar, interpretar y difundir información relacionada con el estado de la salud de la población y los factores que la condicionan, con el objeto de fundamentar las actuaciones de salud pública (art. 12.1 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública), siendo competentes para su organización y gestión tanto la Administración General del Estado como las Comunidades Autónomas, y las entidades integrantes de la Administración local, en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 13.1).

Subsistiría la duda de si también caería dentro del radio de infracción de este precepto la comisión de irregularidades en el suministro, envío o facilitación de información a la Administración cuando no exista un deber, legal o reglamentario, expreso en tal sentido, sino que se trate de una orden, obligación o mandato dimanante directamente de la Administración competente para la tramitación o resolución del correspondiente procedimiento. Literalmente, el precepto no sanciona las irregularidades de deberes de información «recogidos» o «previstos» por la normativa vigente, sino la irregularidad del suministro, cuando sea obligatorio hacerlo para el particular, «de acuerdo con la normativa vigente», fórmula abierta que podría justificar la ampliación objetiva del precepto a estos supuestos.

B) Incumplimiento por parte de las personas jurídicas de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos en la normativa sanitaria, así como cualquier otro comportamiento, a título de imprudencia o inobservancia, siempre que se produzca alteración o riesgo sanitario y este sea de escasa repercusión

Igual que antes, se trata de un precepto sancionador «en blanco», a integrar con las propias previsiones sustantivas o materiales donde se establezcan expresamente, para las personas jurídicas o técnicas, los requisitos, obligaciones o prohibiciones relativas a su actuación en este ámbito. En este primer caso, aún mediante el mecanismo de la remisión o reenvío de integración, se entenderían cumplidos los principios de legalidad, predictibilidad y seguridad jurídica en materia sancionadora. No obstante, también constituirá infracción leve cualquier otro comportamiento (en formulación, pues, ya abierta e indeterminada), a título de imprudencia o inobservancia (es decir, sin que quepa incluir aquí los supuestos de actuación dolosa, culposa o intencional), pero siempre que, como criterio de cualificación y, en cierta forma, delimitación de la extensión del precepto, se produzca alteración o riesgo sanitario (conceptos jurídicos indeterminados) que sea de escasa repercusión. Como se sabe, si bien la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en materia sancionadora no resulta por sí misma incompatible con nuestro ordenamiento jurídico (por ejemplo, SSTC 219/89, de 21 de diciembre o 149/91, de 4 de julio), no siempre será sencilla la integración del contenido exigible en cada caso, con posible merma de los principios de seguridad jurídica y taxatividad del régimen sancionador aplicable.

C) Incumplimiento por parte de las personas físicas de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos en la normativa sanitaria, así como cualquier otro comportamiento, a título de imprudencia o inobservancia, siempre que se produzca alteración o riesgo sanitario y este sea de escasa repercusión

El precepto es idéntico al supuesto anterior, aunque referido, ahora, a la actuación, activa u omisiva, de personas físicas, pero, delimitando con mayor rigor el alcance de la prohibición, siempre que se pueda encuadrar en alguna de las categorías reseñadas a continuación:

- Difusión de información no veraz con impacto en la salud pública;

- Inobservancia por parte de los profesionales, en su actividad laboral, de las medidas preventivas y de promoción de la salud establecidas por la autoridad sanitaria, cuando pueda generar algún riesgo para la salud de un tercero;
- Intervenciones que modifiquen el entorno con repercusión en la salud pública;
- Actuaciones sistemáticas que provoquen estigmatización de terceras personas; e
- Inobservancia del tratamiento en enfermedades transmisibles graves con tratamiento curativo efectivo perjudicando a un tercero.

El precepto plantea, no obstante, diversos interrogantes. En primer lugar, la subordinación de su aplicación a la integración de conceptos jurídicos indeterminados especialmente complejos, como el «impacto» de la difusión de información errónea o falsa, sobre la salud pública, o el propio concepto de «entorno», a los efectos de calificar la posible incidencia de determinadas intervenciones sobre el mismo con repercusión (no se dice, curiosamente, negativa) sobre la salud colectiva, o, en fin, el de actuaciones «sistemáticas» que provoquen «estigmatización» de «terceras» personas. El cuarto apartado es, así, sumamente ambiguo e indeterminado. Además, se mezclan en las distintas categorías tanto afecciones a la salud pública o colectiva, en sí, como a la salud (individual) de terceras personas, lo cual no ha de constituir, siempre y en todo caso, un problema –y una infracción– de salud colectiva en principio. En cuanto a los tipos infractores previstos, se sanciona, como vemos, la difusión por cualquier persona de información, datos o noticias erróneos o no veraces que puedan tener impacto, no tanto sobre la salud pública, en sí misma considerada, sino, seguramente, sobre la opinión, conocimiento o percepción de la ciudadanía sobre determinados problemas o cuestiones relacionadas con la misma; la inobservancia por parte de los sujetos de las relaciones laborales (más que por los «profesionales», término sumamente ambiguo) de las medidas preventivas y de promoción de la salud establecidas, en cada caso, por la correspondiente autoridad sanitaria, pero siempre y cuando dicho incumplimiento pueda generar, por sí mismo, algún riesgo (no se califica en qué grado) para la salud de un tercero ajena a dicha relación (no es, pues, una mera remisión en blanco al propio incumplimiento de la normativa sustantiva o material correspondiente, sino que se exige, adicionalmente, la creación de una situación real de riesgo para terceros, individual o colectivamente considerados, habrá que entender); la realización de «intervenciones» que alteren o modifiquen el entorno, y que, además, tengan repercusión (tampoco calificada) en la salud pública (en este caso, sí hubiera sido deseable la especificación del tipo de intervención o actividad, del concepto o concreción del bien o elemento ambiental «intervenido» y, obviamente, de la repercusión o impacto sobre la salud pública, dado que, en los términos literales del precepto, una actuación particular con alteración significativa del entorno y afección grave a la salud pública habría de ser calificada como «infracción leve»); la realización de actividades sistemáticas, es decir, continuadas, sostenidas o reiteradas en el tiempo, aún no ininterrumpidamente, y en base, se supone, a un plan preconcebido de actuación («carácter sistemático» de las mismas), que causen «estigmatización» de terceros, debiéndose entender la misma como exclusión, discriminación o rechazo (en principio con base en causas abiertas), pero, dada su ubicación, que, además –habrá que entender–, supongan algún tipo de afección, aún indirecta, a la salud (individual o colectiva), ya sea de carácter físico o psíquico; y, en último lugar, el

incumplimiento del tratamiento especificado u ordenado para enfermedades transmisibles graves con tratamiento curativo efectivo (es decir, enfermedades con posible afección o repercusión sobre la salud pública o colectiva que, si se siguiera el tratamiento prescrito, podrían solucionarse), y con perjuicio para terceros.

2. Infracciones graves

A) *Ejercicio o desarrollo de cualquiera de las actividades previstas en la LSPA sujetas a autorización sanitaria previa o registro sanitario sin contar con dicha autorización o registro cuando sean preceptivos, así como la modificación no autorizada por la autoridad competente de las condiciones técnicas o estructurales expresas sobre las cuales se otorgó la correspondiente autorización*

El precepto parece ser más preciso que en los casos anteriores. Sin embargo, es una apariencia. La LSPA no concreta qué tipo de actividades están sujetas a autorización sanitaria previa o a simple registro sanitario. Establece el art. 82.1 LSPA que *«las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias en que se lleven a término actividades que puedan incidir en la salud de las personas están sujetas a autorización sanitaria previa de funcionamiento, de acuerdo con la normativa sectorial aplicable»*. El tipo sancionador se hace depender de su previsión material (en tanto norma sancionadora «incompleta» o de «tipificación indirecta»), pero, en ella, no se precisan detalladamente las actividades sujetas a autorización. Genéricamente serán las que puedan incidir (¿de cualquier forma?, ¿en cualquier grado?) en la salud de las personas, pero, en realidad, se trata de una fórmula tautológica poco innovadora: será infracción grave no solicitar autorización cuando, aparte de que la actividad incida en la salud de las personas, ésta sea obligatoria, de acuerdo con la normativa sectorial aplicable, que es dónde habrá que buscar, pues, la integración sustantiva del precepto. A pesar de este aparente reenvío a la normativa sectorial, el propio precepto añade que reglamentariamente habrá de establecerse, en los casos en que proceda (¿cuando no se recoja en ella expresamente?), el contenido de la autorización sanitaria correspondiente y los criterios y requisitos, no tanto para «otorgarla», como dice el precepto, sino para «concederla»³⁷. Como se ha podido decir, sin embargo, este enfoque de tipificación colaborativa, por remisión a otras normas, aunque los elementos

³⁷ El Decreto andaluz 61/2012, de 13 de marzo, ha venido a desarrollar este procedimiento para la obtención de la autorización sanitaria de funcionamiento o para la realización, en su caso, de la comunicación previa de inicio de actividad de todas las empresas alimentarias en el marco territorial y competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como la regulación del Registro Sanitario de Empresas y Establecimientos Alimentarios de Andalucía. Tal y como se define en el mismo, en desarrollo de las previsiones legales, la *«autorización sanitaria de funcionamiento»* es el título que faculta a las empresas y establecimientos alimentarios para realizar su actividad, otorgándose para cada actividad que se realice en una empresa alimentaria (art. 4.1). Para la obtención de esta autorización sanitaria de funcionamiento, las empresas y establecimientos alimentarios deberán cumplir con los requisitos higiénico-sanitarios de infraestructura y equipamiento establecidos en la normativa sanitaria aplicable a la actividad alimentaria que corresponda, relacionada con la producción, la transformación y la distribución de productos de origen animal.

esenciales de cada uno de los tipos sancionadores queden más o menos plasmados en la Ley general, parece necesario e inevitable en una materia, como la protección genérica de la salud, marcada por una intensa heterogeneidad de ámbitos y sectores de ordenación, y sometida, además, a continuas revisiones e innovaciones³⁸.

En cualquier caso, la autorización sanitaria preceptiva habrá de ser otorgada por las Administraciones sanitarias a las que corresponda el control, de acuerdo con las competencias que tengan atribuidas legalmente.

La otra posibilidad de fiscalización, más atenuada entonces, es que el ejercicio o desarrollo de la actividad sanitaria se supedite –no de forma anticipada necesariamente– a su inscripción en el registro correspondiente. Cuando ésta sea obligatoria, su falta de realización conllevará la incursión en infracción grave según la LSPA. En este sentido, ordena la propia Ley que las Administraciones sanitarias constituyan los registros necesarios para facilitar las tareas de control sanitario de las instalaciones, los establecimientos, los servicios y las industrias, las actividades y los productos (art. 82.3 LSPA).

Además de la falta de autorización o registro, también constituirá infracción grave, equiparándose realmente a las mismas, la modificación, no autorizada por la Administración competente, de las condiciones «*técnicas o estructurales*» que expresamente acompañaron el otorgamiento de la correspondiente autorización. En el caso de estas autorizaciones, ha de entenderse que el condicionado forma, en el fondo, parte integrante de su contenido. Precisamente el otorgamiento de la autorización se subordina al cumplimiento efectivo de las mismas, establecido por la Administración para asegurar el ajustamiento a la legalidad de la actividad planteada. La modificación unilateral –no consentida– de las mismas equivale, por ello, a la propia inobservancia del título de actuación, sobre todo tratándose de condiciones «*técnicas o estructurales*» especialmente establecidas para el control sostenido por la Administración autorizante del desarrollo continuado de la actividad o proceso.

Por su parte, y con cierta conexión, el art. 25.1.b) LSA tipifica como infracción grave el incumplimiento de las normas relativas a autorización, calificación, acreditación, homologación y registro de centros, servicios y establecimientos sanitarios, cuyo establecimiento compete a la Administración sanitaria de la Junta de Andalucía (art. 19.4 LSA).

B) Puesta en funcionamiento de aparatos o instalaciones o desarrollo de cualquier actividad, cuyo precintado, clausura, suspensión, cierre o limitación de tiempo hubiera sido establecido por la autoridad competente, siempre que se produzca por primera vez y no concurra daño grave para la salud de las personas

La infracción sanciona, desde una perspectiva genérica, la inobservancia de una resolución u orden de suspensión o limitación establecida expresamente por la Administración,

³⁸ Vid. ROBLES FERNÁNDEZ, S., «Régimen jurídico de las infracciones ...», *op. cit.*, pág. 116.

ya por la puesta en funcionamiento de aparatos o instalaciones, ya por el reinicio de una actividad concreta. Debe tratarse, no obstante, de la primera vez en contravenir el mandato administrativo, y, sobre todo, como elemento atenuante de la calificación infractora, no concurrir daño grave –derivado de la actuación contraria a lo prescrito– para la salud de las personas.

C) No corregir las deficiencias observadas y que hayan dado lugar a sanción previa de las consideradas leves

Se sanciona en este caso la doble o reiterada inobservancia o incumplimiento de la obligación de corrección o subsanación de las deficiencias observadas en el desarrollo de una actividad de las contempladas en la normativa sanitaria. La detección administrativa de dichas deficiencias acarrea la imposición de una sanción leve. El incumplimiento, a posteriori, de la obligación accesoria de corrección de las mismas se transforma, entonces, en infracción grave.

D) Dificultar o impedir el disfrute de los derechos reconocidos en la LSPA a la ciudadanía

No parece lo mismo «dificultar» que «impedir», desde el punto de vista del contenido de antijuridicidad de la acción típica, pero, en cualquier caso, se sanciona la actividad particular intencionada tendente al entorpecimiento u oposición al disfrute, por parte de los ciudadanos, de los derechos relacionados con la salud pública contenidos en la propia Ley.

Estos derechos se contienen en el Capítulo III de la LSPA, clasificándose en derechos a la información (sobre actuaciones y prestaciones de salud pública, condicionantes de salud, programas y calendario de vacunaciones, etc.), a disfrutar de un adecuado nivel de salud pública (no tanto como «derecho absoluto» sino como «derecho» programático al desarrollo de políticas públicas orientadas a su consecución, incluyendo la promoción de estilos de vida saludable, la prevención de enfermedades, etc.), al conocimiento de los factores y elementos relacionados con la salud pública (conocimiento adecuado sobre el estado epidemiológico de su entorno³⁹, sobre la propia salud ambiental, sobre las características y condicionantes relevantes para la salud pública de los productos alimentarios, etc.), a la promoción de la salud (derecho a conocer los riesgos, enfermedades y secuelas

³⁹ En esta materia, es necesario destacar, en la Comunidad Autónoma andaluza, la Orden de 19 de diciembre de 1996, por la que se desarrolla el Sistema de Vigilancia Epidemiológica y se establece la relación de enfermedades de declaración obligatoria, modificada por la Orden de 17 de junio de 2002 y por la Orden de 11 de diciembre de 2008. Un elemento fundamental del Sistema global de Vigilancia Epidemiológica viene constituido por la información microbiológica, esencial desde el punto de vista de la protección de la salud pública. Sobre esta materia, cabe citar, a nivel regional, la Orden de 3 de junio de 2011, por la que se crea el fichero denominado Sistema de Vigilancia Microbiológica de Andalucía, para posibilitar la notificación microbiológica de patologías infecciosas confirmadas por laboratorio, que permitan aportar información complementaria para la vigilancia.

asociadas a las diferentes etapas vitales, a la publicidad sanitaria de los alimentos, a la información adecuada sobre los factores determinantes de la salud mental, etc), al establecimiento de acciones públicas preventivas de salud pública (derecho a conocer los planes, las acciones y las prestaciones en materia de prevención, promoción y protección de la salud, a la inmunización contra las enfermedades infectocontagiosas, a la recepción de prestaciones preventivas, etc.), a la atención en los supuestos y situaciones de especial vulnerabilidad, a la participación en asuntos de la salud pública (participación efectiva en el diseño, gestión y evaluación de las políticas públicas sectoriales), derechos en relación con las actuaciones sanitarias (derecho a conocer y tener acceso a los informes, estudios oficiales y resultados de la investigación, derecho a conocer la cartera de servicios en salud pública, derecho a no sufrir discriminación en el reconocimiento y en el acceso a los servicios de salud pública, etc.), y derecho a la intimidad, confidencialidad y respeto a su dignidad en relación con la participación de los ciudadanos en las actuaciones autonómicas relacionadas con la salud pública.

Con una pequeña variante (mejor, adición), esta misma infracción se recoge en el art. 25.1.a) LSA como infracción igualmente grave. El hecho sancionado es el mismo, pero se matiza que el impedimento del ejercicio de los derechos ciudadanos habrá de referirse, en concreto, a la utilización o disfrute de los servicios sanitarios, públicos o privados, de acuerdo con el enfoque básicamente individualista y asistencial de esta norma en relación con la LSPA.

E) La creación de un riesgo o alteración sanitaria grave por actuaciones particulares de actuación negligente, consistente en la falta de controles y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate

En este caso, se exige, acumulativamente, que se den las siguientes circunstancias cualificadoras:

- Creación o producción de un riesgo o alteración sanitaria grave;
- Falta de adopción de los controles, precauciones o requisitos exigibles para el funcionamiento o desarrollo de la actividad, servicio o instalación; y
- Actuación negligente por parte del titular o responsable de la actividad o instalación.

Como en otros supuestos anteriores, también aquí se relaciona la antijuridicidad del motivo con el propio incumplimiento del responsable de las obligaciones de seguridad y control establecidas en la normativa aplicable. Este modelo de tipificación, por remisión internormativa a la regulación específica reguladora de las distintas áreas de la salud pública, es también habitual a nivel estatal básico, en la LGS. Y es que en este ámbito late una palpable interrelación entre la creación o provocación de riesgos o alteraciones sanitarias y el incumplimiento, en este caso no doloso, de la adopción de las medidas de prevención y precaución exigibles tanto para la apertura o puesta en funcionamiento de una instalación o servicio, como para su mismo desarrollo. Como dice el art. 18.b LSPA, todos los ciudadanos deben respetar y cumplir las medidas establecidas por la autoridad sanitaria

correspondiente para la prevención de riesgos, la protección de la salud o la lucha contra las amenazas a la salud pública, interdicción de la posible producción de peligros para la salud colectiva o de otras personas que se sanciona no sólo por su comisión voluntaria o intencional, sino, también, por resultado de una negligencia grave.

F) Promoción o venta para uso alimentario o utilización o tenencia de aditivos o sustancias extrañas cuyo uso no esté autorizado por la normativa vigente en la elaboración del producto alimenticio o alimentario de que se trate, cuando no produzcan riesgos graves y directos para la salud de los consumidores

Las acciones punibles son la simple promoción –sin resultado final– o la venta efectiva para uso alimentario, o, sin participación de terceros, la utilización o tenencia (propias, habrá de entenderse). El objeto, aditivos o sustancias extrañas, término de adjetivización enormemente ambiguo e indeterminado como para calificar, desde el punto de vista material, una infracción grave en materia sanitaria pública. En todo caso, y como concreción y previsión de seguridad, debe tratarse de sustantivas o aditivos de uso no autorizado por la normativa vigente, debiendo de nuevo acudir a ella para la integración correcta de esta infracción administrativa. La utilización o tenencia, sin más, no son punibles. Sólo lo serán cuando se orienten a la elaboración de un producto alimenticio o alimentario, según la normativa aplicable y la propia naturaleza de la sustancia o aditivo. Las dos conductas sancionadas son, pues, las siguientes:

- Promoción o venta para uso alimentario de aditivos o sustancias «extrañas» prohibidas expresamente; y
- Utilización o tenencia de aditivos o sustancias «extrañas», igualmente prohibidas, para la elaboración del producto alimenticio o alimentario de que se trate.

Entonces, ¿la promoción o venta del producto final, fruto de la tenencia y utilización de las sustancias prohibidas, no queda sancionado? No parece tener sentido tal interpretación literal del precepto.

En todo caso, estas conductas sólo se calificarán como infracciones graves si no producen riesgos graves y directos para la salud de los consumidores (en caso contrario, y como veremos, nos encontraríamos ante una infracción muy grave).

No puede olvidarse, finalmente, que la Ley parte de un concepto integrado y plurifuncional de salud pública. Las actuaciones de prevención y protección de la misma han de desarrollarse, por ello, a través de un conjunto diversificado de acciones dirigidas a proteger la salud ambiental, la seguridad alimentaria y la propia preservación de un

entorno de vida saludable en los espacios públicos donde se desenvuelve la vida humana colectiva (art. 71.1 LSPA)⁴⁰.

G) Elaboración, distribución, suministro o venta de productos alimenticios cuando en su presentación se induzca a confundir al consumidor sobre sus verdaderas características nutricionales, sin trascendencia directa para la salud

Se trata de un tipo sancionador de actividad, no de resultado. Las acciones punibles no han de «confundir» al consumidor sobre la seguridad del producto concreto, sino simplemente «inducir» tal confusión, adelantándose, como medida de prevención, la línea de protección en estos casos. El propósito de confusión o engaño debe articularse a través de una presentación ilegal o incorrecta del producto, pero sólo sobre sus verdaderas características nutricionales y sin trascendencia directa para la salud de los consumidores (en caso contrario, será infracción muy grave).

H) Incumplimiento del deber de colaboración, información o declaración hacia las autoridades sanitarias para la elaboración de los registros y documentos de información sanitaria que establezca la normativa aplicable, así como no seguir, las entidades o personas responsables, los procedimientos establecidos para el suministro de datos y documentos, o hacerlo de forma notoriamente defectuosa

Se sanciona con esta infracción el incumplimiento de los deberes genéricos de colaboración e información de los particulares con las autoridades sanitarias⁴¹, pero específicamente en su labor de constancia o integración registral e informativa, y de acuerdo, como muchos de los otros tipos sancionadores, con lo que establezca, en el fondo, y por remisión, la normativa aplicable. También, el incumplimiento, pero sólo en relación a

⁴⁰ La «prevención» es, obviamente, uno de los aspectos y principios clave en materia de salud pública. Todas las Administraciones públicas, así, en el ámbito de sus respectivas competencias, han de dirigir obligatoriamente las acciones y políticas preventivas en materia sanitaria sobre los determinantes de la salud, entendiendo por tales los factores sociales, económicos, laborales, culturales, alimentarios, biológicos y ambientales que influyen en la salud de las personas (art. 19.1 y 2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública). Y en íntima conexión, la «protección» de la salud se concibe como el conjunto de actuaciones, prestaciones y servicios dirigidos a prevenir los efectos adversos que los productos, elementos y procesos del entorno, agentes físicos, químicos y biológicos, puedan tener sobre la salud y el bienestar de la población. Desde este presupuesto conceptual genérico, las Administraciones Públicas, y entre ellas lógicamente las autonómicas, han de proteger, en el ámbito de sus competencias, la salud de la población mediante actividades y servicios que actúen sobre los riesgos presentes en el medio y en los alimentos, a cuyo efecto se desarrollarán los servicios y actividades que permitan la gestión de los riesgos para la salud que puedan afectar a la población (art. 27, 1 y 2 de la misma).

⁴¹ A nivel general, el art. 8 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, de Salud Pública, establece expresamente que todos los ciudadanos han de facilitar el desarrollo de las actuaciones de salud pública, absteniéndose de realizar conductas que dificulten, impidan o falseen su ejecución.

los sujetos responsables, de los procedimientos establecidos para el suministro de datos y documentos, o su cumplimiento notoriamente defectuoso. Ambas infracciones tienen conexión con los principios de colaboración/participación ciudadana en esta materia y el propio de seguridad sanitaria, que pasa por la garantía de servicios adecuados de información en materia de salud pública a través de una red de centros bien coordinados⁴². Como sanciona el art. 79.1 LSPA, tanto las Administraciones públicas, en el ámbito y hasta el alcance de sus competencias respectivas, como las instituciones y entidades privadas y los particulares, tienen el deber genérico de colaborar con las autoridades sanitarias y sus agentes cuando sea necesario para la efectividad de las medidas adoptadas.

Curiosamente, así, se sanciona de la misma forma el incumplimiento colaborativo en cuanto a la transmisión de datos materiales que el meramente formal de no observancia de los procedimientos de comunicación o traslado establecidos al efecto. Y además, con una cierta asimetría: los responsables del incumplimiento de los deberes genéricos de colaboración, información o declaración de los datos e informaciones necesarios para la elaboración de los registros y demás documentos de información sanitaria son todas las personas; mientras que los específicamente responsables –personas jurídicas o físicas– del suministro fiable de datos y documentos sólo lo serán, en principio y según la literalidad del precepto, por el incumplimiento o incorrección de la utilización del procedimiento establecido para ello. Si una entidad responsable del suministro de información, utiliza el procedimiento correcto, o, incluso utiliza otro pero de forma no notoriamente defectuosa, pero transmite datos erróneos o falsos, ¿incurriría en esta infracción?

También en relación con este precepto, el art. 25.1.c) LSA califica como infracción grave «*incumplir las normas relativas al registro, cumplimentación, notificación y envío de los datos y estadísticas sanitarios, que reglamentariamente estén establecidos por las autoridades sanitarias para los centros, servicios y establecimientos, públicos y privados*». La norma también es incompleta y parcial, necesitándose acudir, para su integración, a la propia normativa sustantiva reguladora de tales obligaciones de constancia o colaboración informativa.

- l) Resistencia a suministrar datos, a facilitar información o a prestar la colaboración a las autoridades sanitarias o a los funcionarios de salud pública en el ejercicio de sus funciones, y, en general, cualquier acción u omisión que perturbe, retrase o impida la labor de los funcionarios de salud pública*

Sin perjuicio de las especialidades derivadas de su desarrollo profesional, los profesionales sanitarios de salud pública que tengan la condición de funcionarios se registrarán, en lo aplicable, por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y hoy Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. En su virtud, y como se sabe, esta categoría de empleados públicos monopoliza el ejercicio de las potestades

⁴² Exposición de Motivos de la Ley estatal 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

públicas atribuidas normativamente a la Administración de dependencia, convirtiéndose la resistencia a la aportación de datos o información, o la negativa al deber genérico de colaboración en el ejercicio por éstos de funciones de autoridad en infracción administrativa grave. Pero además, también se sanciona, en términos amplios, cualquier acción u omisión que perturbe, retrase o impida su labor, habrá que entender, en el ejercicio, igualmente de potestades o funciones públicas reservadas relativas a la salud pública (inspección, control, requerimiento de información o de comparecencias, etc.). También genéricamente, establece el art. 18.f) LSPA en este sentido que todos los ciudadanos están obligados a cooperar con las autoridades sanitarias en la protección de la salud, la prevención de las enfermedades y las estrategias de promoción de la salud y la calidad de vida.

Este, y alguno de los tipos sancionadores reseñados con anterioridad ponen de manifiesto, por otro lado, la importancia –y las repercusiones gravosas de su incumplimiento– de los deberes de «autocontrol» y «corresponsabilización» de los sujetos privados en la función –sólo, pues, formalmente de titularidad pública– de tutela de la salud colectiva. Los deberes de colaboración con las autoridades e inspectores públicos, de registro y constancia de datos, de transmisión de información, etc., son manifestación de la propia «traslación» de parcelas de responsabilidad a los sujetos privados responsables de las instalaciones o actividades, susceptibles de producir daños o perjuicios a la salud pública.

J) Incumplimiento de los requerimientos específicos y de las medidas cautelares o definitivas que formulen las autoridades sanitarias, siempre que se produzcan por primera vez y no concurra daño grave para la salud de las personas

La Administración autonómica ha de promover un alto nivel de protección de la salud de la población, pudiendo establecer, entre otras medidas, cuantas medidas cautelares estime necesarias para enervar los incumplimientos detectados de la legislación sanitaria o detectar cualquier riesgo para la salud colectiva (art. 71.2.c LSPA). El art. 83 LSPA, a continuación, desarrolla el régimen, clases y procedimiento de adopción de dichas medidas cautelares, que se podrán adoptar, en aplicación del principio de precaución, y previa audiencia a las partes interesadas, salvo en caso de riesgo inminente y extraordinario para la salud de la población. Pues bien, este tipo sancionador penaliza tanto el simple incumplimiento o inobservancia de los requerimientos impuestos por parte de las autoridades sanitarias como la desatención de las medidas cautelares o definitivas (es decir, complementarias a la sanción administrativa recaída) establecidas, cuando no se trate de incumplimientos reiterados y no se produzca o induzca daño grave a la salud de las personas.

K) Infracciones leves «cualificadas»

Como cláusula de cierre de este tipo de infracciones, se señala, además, que todas las infracciones calificadas como leves pueden «convertirse» en graves en función de la aplicación de una serie de criterios, aunque no se aclara si es necesaria la concurrencia de

todos (no parece lógico) o simplemente de uno de ellos, que, tampoco aparecen ordenados por gravedad o prioridad de aplicación. Los criterios son: a) nivel de riesgo para la salud pública (pero, ¿cuál sería dicho «nivel» para la conversión de la infracción?); b) cuantía del eventual beneficio obtenido; c) Grado de intencionalidad; d) gravedad de la alteración sanitaria y social producida y de la afectación de los derechos de la ciudadanía; y e) generalización de la infracción y reincidencia⁴³. No son, pues, realmente criterios objetivos cualificadores, sino, más bien, circunstancias «agravantes» de necesaria interpretación o aplicación por parte de la autoridad sancionadora. Por ello, no parece lo más adecuado que puedan servir para «recalificar» una infracción, subordinando, así, el propio principio de tipicidad a la decisión interpretativa de la Administración en su aplicación. A nivel estatal, más ajustadamente, los criterios interpretativos (circunstancias agravantes) han de utilizarse para la «clasificación» inicial de la infracción, en tanto indicadores objetivos de la decisión subjetiva pública (y, por tanto, elementos de control de su relativa discrecionalidad), coincidiendo básicamente con los previstos en el ordenamiento andaluz (riesgo para la salud de la población, gravedad de la alteración sanitaria o social producida, cuantía del eventual beneficio obtenido, grado de intencionalidad y reincidencia en la infracción).

L) Aplicación de ayudas o subvenciones públicas a finalidades distintas de aquéllas para las que se otorgan

Sin equivalente en la LSPA, la última infracción grave que prevé la LSA no es sino una concreción meramente declarativa –en este ámbito– del deber general de aplicación de cualesquiera ayudas o subvenciones públicas a la finalidad concreta que fundamentó su concesión (art. 14.1.a y b de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones).

3. Infracciones muy graves

A) Puesta en funcionamiento de aparatos o instalaciones o desarrollo de cualquier actividad cuyo precintado, clausura, suspensión, cierre o limitación de tiempo hubiera

⁴³ También en materia de protección de los consumidores y usuarios se utiliza esta técnica. Las infracciones calificadas inicialmente como leves pasarán a ser calificadas como graves cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias: a) haberlas cometido voluntariamente o faltando a los más elementales deberes de diligencia exigibles; b) tratarse de una infracción continuada o práctica habitual; o c) tener una alta repercusión en el mercado, afectando a gran número de consumidores. Y las infracciones calificadas como graves tendrán la calificación de muy graves cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias: a) producir una alteración social grave, originando alarma o desconfianza en los consumidores o afectando desfavorablemente a un sector económico; b) haberse realizado explotando la especial situación de inferioridad o indefensión de determinados consumidores o grupos de ellos, como inmigrantes, menores, personas mayores o discapacitados; c) haberse realizado aprovechando situaciones de necesidad de determinadas personas o de bienes o servicios de uso o consumo ordinario y generalizado, así como originar igual situación; o d) haberse realizado prevaleciendo el infractor de su situación de predominio en un sector del mercado (art. 72.2 y 3 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía).

sido establecido por la autoridad competente, cuando se produzca de modo reiterado aun cuando no concurra daño grave para la salud de las personas

Se trata del tipo cualificado de la infracción grave contenida en el art. 105.1.b) LSPA, reservado para los casos de reiteración de las conductas prohibidas y sancionadas, y como infracción de mera actividad, puesto que no se exige el resultado de la producción –efectiva– de una situación de daño grave para la salud de las personas. Hay, pues, infracciones a la salud colectiva que no implican daño grave a la misma, y que se fundamentan, adecuadamente, en la creación de situaciones de riesgo (y no de peligro efectivo) que deben reprimirse vía sanción administrativa de forma preventiva o anticipada.

Pero igualmente deberían haberse establecido determinados tipos sancionadores relativos a la producción de una situación de riesgo o peligro para la salud aún cumpliéndose las exigencias normativas correspondientes. Y a mi juicio como infracción muy grave. Así se hace, acertadamente, en la normativa especial sobre protección de usuarios y consumidores. El art. 71.2.13^a de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía sanciona «*la realización de otras acciones u omisiones –distintas a las tipificadas expresamente en los apartados anteriores– que, incluso sin infracción de normas de obligado cumplimiento, produzcan riesgo o daño efectivo para la salud o seguridad de los consumidores, si se realizan por falta de las precauciones exigibles en la actividad de que se trate*». La antijuridicidad no reside, aquí, en la contravención con el ordenamiento jurídico, sino en la provocación o producción fáctica de: i) una situación de riesgo o ii) de una situación de daño efectivo. La tutela cautelar y efectiva de la salud y seguridad de los consumidores exige, así, una respuesta del Derecho (en este caso en sede sancionadora) independiente de la infracción o no de los deberes u obligaciones establecidas en la normativa aplicable. Por ello, aún sin infracción de la normativa imperativa aplicable, se sancionan las acciones u omisiones que produzcan –o puedan producir– estos resultados, siempre que se realicen faltando las medidas preventivas o de precaución exigibles en la actividad de que se trate.

B) Incumplimiento consciente y deliberado de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidos en la normativa sanitaria o cualquier otro comportamiento doloso aunque no dé lugar a riesgo o alteración de la salud pública grave

Frente a tipos similares de infracción graves fundados en acciones u omisiones de carácter negligente o con consecuencias antijurídicas mediales, en este caso se exige que haya un incumplimiento no sólo consciente, sino deliberado, es decir, orientado estratégicamente al objetivo específico de la vulneración normativa de que se trata, de los requisitos, obligaciones o prohibiciones establecidas expresamente en la normativa sanitaria –común o sectorial–, o, genérica y abiertamente, que se produzca, sin más, cualquier otro comportamiento doloso (habrá que entender, no obstante, que comporte, a la vez, un incumplimiento o vulneración de la normativa aplicable), y, al igual que en el caso anterior, no es necesario el resultado de la creación de un riesgo o alteración graves de la salud

pública, imperando también aquí los principios de prevención y cautela⁴⁴, en este caso a través de los mecanismos desincentivadores constituidos por el aparato administrativo sancionador correspondiente. Hay que recordar, en este sentido, que uno de los objetivos basilares de la LSPA es «alcanzar un elevado nivel de protección de la salud mediante la utilización de los instrumentos necesarios de vigilancia y control de las enfermedades y de los factores ambientales y alimentarios que inciden negativamente en la salud», articulando una respuesta integral a los problemas de salud desde una perspectiva individual y poblacional, incorporando los aspectos de prevención, promoción de la salud, rehabilitación y recuperación de la trayectoria vital (art. 3.1. f) y l) LSPA). Y para ello se acude, entre otros instrumentos, al conocido «principio de precaución interventora» (art. 24 LSPA)⁴⁵. En nuestro caso, no existe adopción de medidas cautelares ante la incerteza de la producción efectiva de un peligro para la salud pública⁴⁶, sino imposición efectiva de una sanción administrativa por incumplimiento de la normativa aplicable, pero el fundamento (de prevención, en un caso, y de represión, en otro) sí es el mismo: la reacción administrativa –cautelar o sancionadora– ante el desconocimiento de la producción efectiva de un peligro pero sobre la base de una evaluación preventiva suficiente acreditativa de la mera posibilidad de su acaecimiento, o, el mero incumplimiento formal de las normas –con su componente no sólo de antijuridicidad positiva– sin tener que esperar, obviamente, a la producción o provocación de la alteración sanitaria (buscada), a recaer, además, sobre la población.

El enfoque es diferente sin embargo, y por contraposición, en la Ley estatal 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, donde la infracción –más o menos– similar viene caracterizada, junto con el carácter doloso o intencional de la acción, en tanto tipo finalista, por la producción efectiva de un riesgo o un daño muy graves para la salud de la población (art. 57.2.a).2º). Parece más adecuada, desde el enfoque preventivo, la opción de la Comunidad andaluza, sobre todo porque penalizar no tanto la creación de un riesgo –que a lo mejor no se convierte en peligro concreto– sino la efectiva producción de un daño muy grave no deja de suponer una mera reacción –formal– compensatoria sin la articulación de la protección efectiva de la salud colectiva, demandante, más bien, de medidas, en último caso represivas, pero de contenido efectivamente reparador. La seguridad jurídica y el principio de legalidad/tipicidad no se resienten, sin embargo, desde el momento de que la infracción se integra materialmente a través del propio incumplimiento de la normativa aplicable, como infracción de actividad. A nivel estatal, sin embargo, la clave no está en la antijuridicidad formal de la acción, pues cabe cualquier tipo de conducta u omisión (lo

⁴⁴ Vid., detalladamente, un estudio sobre la proyección de los mismos sobre los distintos ámbitos y sectores de la salud colectiva, CIERCO SEIRA, C., *Administración pública y salud colectiva ...*, op. cit., pág. 36 y ss.

⁴⁵ A nivel general estatal, también se recoge el principio de precaución como uno de los principios generales de la acción pública en materia de salud, conceptuándose como «la existencia de indicios fundados de una posible afectación grave de la salud de la población, aun cuando hubiera incertidumbre científica sobre el carácter del riesgo, determinándose, entonces, la cesación, prohibición o limitación de la actividad sobre la que concurran» (art. 3.d Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública).

⁴⁶ Vid. ESTEVE PARDO, J., «Ciencia y Derecho ...», op. cit., pág. 143 y ss.

que podría chocar, quizás, con la predeterminación y exhaustividad formales derivadas de estos principios), sino, directamente, en la producción del riesgo o, más grave, la provocación de un daño a la salud colectiva.

C) Preparación, distribución, suministro o venta de alimentos o bebidas que contengan gérmenes, sustancias químicas o radioactivas, toxinas o parásitos capaces de producir o transmitir enfermedades al hombre, o que superen las limitaciones o tolerancia reglamentariamente establecidas en la materia, con riesgo grave para la salud

La infracción sanciona determinadas conductas relacionadas con la salud alimentaria, y desde un claro enfoque, como venimos comentando, de proactividad o penalización de la acción, sin esperar al resultado («capaces de producir o transmitir»). Las dos acciones, necesariamente dolosas, se contraen a la posibilidad de producción o transmisión de enfermedades humanas a causa de la intencionada intoxicación de alimentos o bebidas, o, como norma complementaria, la alteración de los mismos con superación de las limitaciones o los niveles de tolerancia establecidos reglamentariamente en cada norma sectorial, con la consiguiente creación –pero no producción– de un riesgo grave para la salud.

La seguridad alimentaria es, en la LSPA, uno de los ejes fundamentales de la protección de la salud⁴⁷. Por ello, con el objeto de promover un alto nivel de la misma, y además de la actuaciones de necesaria implementación relativa a la protección genérica de la salud, las Administraciones públicas están obligadas a desarrollar actuaciones singulares y relevantes como la promoción de la inocuidad de los alimentos, el establecimiento de dispositivos de control en todos los eslabones de la cadena alimentaria y la evaluación, gestión y comunicación de los riesgos para la salud de la población («análisis de riesgos») asociados a la contaminación química o biológica de alimentos o bebidas, la presencia de residuos en alimentos, la comercialización y uso de aditivos o coadyuvantes, etc. (art. 71.3 LSPA)⁴⁸.

⁴⁷ Como se ha sintetizado, es a partir de la década de los noventa cuando la definición de la «seguridad alimentaria» se vincula decididamente, al menos en los países desarrollados, no sólo al aseguramiento y disponibilidad de alimentos nutricionalmente correctos, sino, también, a su garantía sanitaria para toda la población a largo plazo. La Unión Europea vincula, así, la seguridad de los alimentos con la garantía de la inocuidad de los productos alimentarios, cuyo consumo no tendrá consecuencias negativas sobre la salud, *vid.* ALLIARANGUREN, J. –C., *Seguridad alimentaria*, en ALENZA GARCÍA, J. F. y ARCOS VIEIRA, M. L. (dirs.), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 53.

⁴⁸ Hay que tener en cuenta en este ámbito, en tanto normas básicas en su práctica totalidad, la Ley estatal 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición y la posterior y complementaria Ley 28/2015, de 30 de julio, para la defensa de la calidad alimentaria, que ha supuesto de hecho, en este ámbito, un endurecimiento de las sanciones aplicables.

D) Promoción o venta para uso alimentario o utilización o tenencia de aditivos o sustancias extrañas cuyo uso no esté autorizado por la normativa vigente en la elaboración del producto alimenticio o alimentario de que se trate, y produzcan riesgos graves y directos para la salud de los consumidores

Se trata del tipo cualificado, por la consecuyente y efectiva producción (norma de resultado) de situaciones de riesgo grave y directo en materia de seguridad alimentaria, de la infracción grave, ya comentada, contenida en el art. 105.1.f) LSPA.

E) Desvío para consumo humano de productos no aptos para ello o destinados específicamente a otros usos

En este caso, la infracción muy grave no tiene precedentes atenuados en el resto de hechos punibles. Y se configura, además, como un tipo abierto, de resultado y atrayente de una amplia variedad de conductas ilegítimas. La acción debe ser intencional («desvío»), y ha de recaer sobre productos (no se especifica si también sobre el resto de sustancias o alimentos ya elaborados) no aptos para el consumo humano, y que se destinan dolosamente a ello, o que, más ambiguamente, estén destinados específicamente para otros usos, aunque no sean (no se exige) perjudiciales o dañinos para la salud o seguridad alimentarias de los humanos (lógicamente, en el primer caso, se induce, al no ser aptos para ello, pero el segundo admitiría muchas posibilidades, no siempre de riesgo, que, con el tenor literal del precepto en la mano, caerían bajo su radio de acción y penalización).

En materia de protección de los consumidores se sanciona igualmente «*el desvío para consumo humano y la puesta a disposición de los consumidores de bienes no aptos para ello o destinados específicamente para otros usos*»⁴⁹.

F) Negativa absoluta a facilitar información, a suministrar datos o a prestar colaboración a las autoridades sanitarias o a los funcionarios de salud pública en el ejercicio de sus funciones

A diferencia de la acción tipificada en el art. 105.1.i) LSPA, no se exige aquí la mera resistencia a la colaboración con las autoridades sanitarias, sino la efectiva y absoluta «negativa» a hacerlo, lo que impone, pues, una expresión formalizada de oposición frente al requerimiento público de hacerlo. La obligación genérica para la ciudadanía se contiene, al respecto, en el art. 18.f) LSPA⁵⁰.

⁴⁹ Art. 72.2.5ª de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía.

⁵⁰ Igualmente, también la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, recoge el «deber de comunicación» como uno de los esenciales de los ciudadanos en este ámbito. Se reseña, así, que «*las personas que*

G) Resistencia, coacción, amenaza, represalia, desacato o cualquier otra forma de presión ejercida sobre las autoridades sanitarias o funcionarios sanitarios de salud pública en el ejercicio de sus funciones

Como complemento de la infracción anterior, también se califican como infracción muy grave esta serie de conductas, intencionadas y sin necesidad de conllevar la creación, a través de las mismas, de un riesgo o situación de peligro para la salud pública, relacionadas con los deberes de ajustamiento a la legalidad y respeto a las actuaciones públicas encaminadas a la protección de la salud colectiva. Las acciones son variadas, y abiertas («cualquier otra forma de presión») y dirigidas frente a funcionarios o autoridades con competencia en materia de salud pública, actuando en el propio ejercicio de sus funciones.

En este sentido, y más concretamente, señala el art. 81.1 LSPA que el personal funcionario o estatutario al servicio de la Administración Sanitaria que actúe en el ejercicio de las funciones de inspección gozará de la consideración de agente de la autoridad a todos los efectos y, acreditando su identidad, estará autorizado para el ejercicio de las actuaciones previstas en el art. 23 de la LSA, acreditación que se regula, actualmente, por Orden de 10 de junio de 2015 de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales.

H) Incumplimiento reiterado de los requerimientos específicos que formulen las autoridades sanitarias, así como el incumplimiento de las medidas cautelares o definitivas adoptadas, cuando se produzcan de modo reiterado o cuando concurra daño grave para la salud de las personas

Frente al tipo atenuado del art. 105.1.j) LSPA, el incumplimiento debe ser aquí «reiterado» (¿por una sola vez?), aunque la parte final induce a una cierta confusión interpretativa. La infracción grave consiste en el incumplimiento de requerimientos o desatención de medidas cuando se produzca la primera vez y no haya daño grave a la salud de las personas. La infracción muy grave, sin embargo, sanciona el incumplimiento reiterado (en concordancia, pues, que la previsión anterior) más el incumplimiento de medidas (cautelares o definitivas) cuando sea reiterado o se cause un daño grave (la infracción grave es acumulativa, pero la muy grave optativa: por tanto, y como se adelantaba, una segunda desatención sin creación de riesgo grave, ¿supondría sin más la comisión de una infracción muy grave?).

conozcan hechos, datos o circunstancias que pudieran constituir un riesgo o peligro grave para la salud de la población, los pondrán en conocimiento de las autoridades sanitarias, que velarán por la protección debida de los datos de carácter personal», sin perjuicio de las obligaciones de comunicación e información que la propia normativa imponga a los profesionales sanitarios (art. 9).

- l) *Elaboración, distribución, suministro o venta de productos alimenticios o alimentarios cuando en su presentación se induzca a confundir al consumidor sobre sus verdaderas características nutricionales, con trascendencia directa para la salud*

Se trata del tipo cualificado y agravado del art. 105.1.g) LSPA, prácticamente igual, y caracterizado por la producción de efectos perjudiciales, aún con trascendencia directa, se exige, para la salud (individual o colectiva, al no especificarse).

Obviamente, el cumplimiento de las obligaciones de información veraz a los usuarios, destinatarios o consumidores se torna esencial desde la perspectiva de la seguridad sanitaria y alimentaria. No es sólo la inducción o provocación consciente al error por parte del consumidor, sino la posible afección directa derivada de dichas acciones para la salud. También en la normativa sobre protección de consumidores y usuarios se penaliza, así, la falta de información o la publicidad falsa de los alimentos. Por ejemplo, dentro de las infracciones por incumplimiento de requisitos y condiciones de elaboración y comercialización de bienes se incluye expresamente «*elaborar, distribuir, suministrar u ofertar bienes o servicios sin cumplir correctamente los deberes de información que impongan o regular las leyes y los reglamentos en relación con cualquiera de los datos o menciones obligatorios o voluntarios y por cualquiera de los medios previstos para tal información*» o «*utilizar indebidamente marcados, marchamos, troqueles o distintivos similares, no emplear los obligatorios o emplear los que no cumplan las condiciones reglamentarias en cuanto sea susceptible de perjudicar los intereses de los consumidores, salvo que constituya fraude*»⁵¹.

J) *Infracciones muy graves «cualificadas»*

Con la misma técnica, algo imprecisa, de la clase anterior, también establece en este punto la LSPA que las infracciones tipificadas como graves, según el art. 105 LSPA, pueden «transformarse» en muy graves en caso de concurrencia de alguna de las (mismas) circunstancias contenidas en su apartado segundo y que servían también para la recalificación, por presencia de circunstancias agravantes, de las infracciones leves en graves. La excepción a esta agravación radica en que la misma circunstancia hubiera servido, como agravante específica, para la correspondiente tipificación como grave (no cabe, pues, el doble agravante, y el paso de una infracción leve a muy grave).

En parecidos términos, la LSA no tipifica las infracciones muy graves en su ámbito, sino que remite a la posible concurrencia de circunstancias o hechos agravantes para la posible calificación de las infracciones en principio graves como muy graves. El art. 25.2 LSA acoge como criterios de cualificación antijurídica los siguientes: a) la importancia del daño

⁵¹ Art. 71.2, 1ª y 2ª de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía.

producido para los usuarios; b) la relevancia para la salud pública de la alteración sanitaria ocasionada; c) la cuantía del posible beneficio obtenido; d) la intencionalidad; o e) la reincidencia en la comisión de una infracción de la misma naturaleza en el término de un año, si así se hubiere declarado por resolución firme. Las causas se enfocan, evidentemente, hacia la protección sobre todo de la salud individual, y desde el enfoque clásico de tutela asistencial, hospitalaria o reactiva, aunque los criterios valorativos no dejan de plantear interrogantes en algún caso: así, y por ejemplo, lo relevante (y agravante) no debería ser la «importancia» del daño, sino su gravedad o intensidad, y no sólo para los usuarios (de los servicios sanitarios), sino para ellos, terceros o la población en general.

IV. RÉGIMEN SANCIONADOR

1. Sanciones aplicables

Según el art. 107.1 LSPA, las infracciones tipificadas en materia de salud pública serán objeto de las siguientes sanciones:

- Infracciones leves: hasta 3000 euros
- Infracciones graves: desde 3.001 hasta 15.000 euros
- Infracciones muy graves: desde 15.001 hasta 600.000 euros, pudiendo rebasar esta cantidad hasta alcanzar el quíntuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

Estas cuantías han de ser actualizadas periódicamente a través de norma reglamentaria del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, sobre la base del índice de precios al consumo.

Sin perjuicio de estas sanciones económicas, en los supuestos de infracciones muy graves se podrá acordar adicionalmente por el Consejo de Gobierno, como medida complementaria, el cierre temporal de los establecimientos o servicios por un plazo máximo de cinco años, de conformidad con lo previsto en este sentido por el art. 36.2 LGS (remisión también prevista, en términos abiertos, en el caso de las sanciones y medidas adicionales reguladas en la LSA)⁵².

En el caso de la LSA se pormenoriza, además, el régimen y las posibilidades de las eventuales medidas complementarias a la sanción principal. La autoridad sanitaria competente podrá adoptar, sin que tengan naturaleza sancionadora en este caso, medidas como la clausura o cierre de centros, servicios, establecimientos o instalaciones que no cuenten con las autorizaciones o registros sanitarios preceptivos –que sería, concretamente, y de hecho, la causa de la infracción–, la suspensión (temporal) de su funcionamiento hasta tanto se rectifiquen los defectos o se cumplan o subsanen los requisitos exigidos por

⁵² También, en el mismo sentido, art. 58.2 de la Ley estatal 33/2011, de 4 de octubre.

razones de sanidad, higiene o seguridad (y reflejados, así, en la normativa o reglamentación correspondiente), así como la retirada del mercado, precautoria o definitiva, de productos o servicios por las mismas razones. En todos los supuestos subyace claramente una justificación basada en la peligrosidad y posible irreversibilidad de los daños a la salud –individual o colectiva– derivadas de las infracciones sancionadas en la Ley, lo que justifica la adición como medida complementaria de aseguramiento a la sanción pecuniaria principal. En algún caso con carácter definitivo (clausura o cierre de centros, retirada definitiva del mercado), otros temporal (suspensión de actividad, decomiso provisional de productos), y otros, en fin, como medida incentivadora del cumplimiento de los requisitos exigidos legalmente (cierre de centros sin contar con la autorización pertinente, suspensión de actividades hasta el cumplimiento de los requisitos exigidos, etc.)⁵³.

Hubiera sido deseable, quizás, haber añadido al propio elenco de sanciones en esta materia una serie de criterios específicos de graduación, como hace, por ejemplo, la Ley 2/2011, de 25 de marzo, de la calidad agroalimentaria y pesquera de Andalucía, donde, para la determinación concreta de la sanción que se imponga, entre las asignadas a cada tipo de infracción, se reseña la posible toma en consideración de los siguientes criterios: a) la existencia de intencionalidad o de simple negligencia; b) la reiteración, entendida como la concurrencia de varias irregularidades o infracciones que se sancionen en el mismo procedimiento; c) la naturaleza de los perjuicios causados, en particular, el efecto perjudicial que la infracción haya podido producir sobre la salud o intereses económicos de las personas consumidoras, los precios, el consumo o, en su caso, el prestigio de la denominación de calidad; d) la reincidencia por comisión, en el término de tres años, de una segunda o más infracciones de la misma naturaleza, cuando así se haya declarado por resolución firme; e) el volumen de ventas o de producción y la posición de la empresa infractora en el sector; f) el reconocimiento y la subsanación de la infracciones con anterioridad a la resolución del correspondiente procedimiento sancionador; g) el valor y el volumen o cantidad de las mercancías o productos afectados por la infracción; h) la falta de los controles y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate; i) el incumplimiento de las advertencias previas; y j) el importe del beneficio ilícito obtenido por la comisión de las infracciones una vez cuantificado (art. 48.1).

Igualmente, y con más rigor normativo, en la normativa sobre protección de consumidores y usuarios, se detallan y resuelven los supuestos de concurso de infracciones y normas en esta materia. Esquemáticamente, y por tratarse de una materia complementaria y especial sobre protección de la salud y seguridad de los consumidores, reseñamos las reglas allí previstas:

⁵³ En la normativa andaluza sobre protección de los usuarios y consumidores se diversifican, además, las posibles consecuencias sancionadoras por la comisión de las infracciones recogidas en la misma. Dice así el art. 73.1 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios, que los responsables de éstas podrán ser sancionados con multa o, más atenuadamente, con simple amonestación, reservada para el caso de infracciones leves con atenuante. Dicha amonestación consistirá en su simple pronunciamiento en la resolución sancionadora.

- Si un responsable comete dos o más infracciones, se le impondrán todas las sanciones correspondientes, como regla general;
- Como excepción, si un solo hecho constituye dos o más infracciones, o una de ellas es medio instrumental para cometer la otra, las sanciones se impondrán en proporción a la gravedad real de la conducta (regla ambigua y tautológica que, primero, no parece actuar como excepción, porque aparentemente se sigue permitiendo la doble sanción, aunque se trate de un solo hecho, y, segundo, deja su operatividad a la difusa interpretación de conceptos jurídicos indeterminados);
- Como segunda excepción, cuando la comisión de una infracción comporte necesariamente la comisión de otra u otras, se impondrá sólo la sanción correspondiente a la más grave de las infracciones realizadas, sin perjuicio de que, al fijar su extensión, se tengan en cuenta todas las circunstancias;
- Finalmente, y como tercera excepción, se sancionará como una única infracción continuada, aunque valorando la totalidad de la conducta, la realización de una pluralidad de acciones idénticas o similares que infrinjan el mismo precepto en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

2. Competencia

La potestad sancionadora para la imposición de sanciones por infracciones en materia de salud pública corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía y a los municipios en el ámbito de sus competencias, dentro de los cuales, los órganos competentes para la iniciación, instrucción y resolución de los expedientes sancionadores se determinarán conforme a la legislación de régimen local y a sus propias (y específicas) normas de organización. Sin perjuicio de éstas, en principio habrá que entender que la potestad sancionadora en estos casos corresponderá al Alcalde (art. 21.1.n) y s) LRBRL) y a la Junta de Gobierno Local, de forma subsidiaria, en el caso de municipios de gran población (art. 127.1.l) LRBRL).

En el caso del ejercicio de competencias autonómicas, la potestad sancionadora corresponderá a los órganos de la Consejería competente en materia de salud, tal y como se desarrolle reglamentariamente, salvo en el caso de la adopción de medidas complementarias de cierre temporal en el caso de infracciones muy graves, cuya adaptación corresponderá, como se ha visto, al Consejo de Gobierno.

Tras la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, en este ámbito los municipios deberán ejercer en todo caso como competencias propias, de predeterminación sin embargo legal, funciones en materia de medio ambiente urbano, gestión de residuos sólidos urbanos, contaminación atmosférica en las zonas urbanas, abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales, protección de la salubridad pública y promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre (art. 25.2 LRBRL)

y como servicios obligatorios para todos, los de recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable y alcantarillado (art. 26.1.a) LRBRL).

También en materia de salud genérica, las competencias sancionadoras están repartidas entre la Comunidad Autónoma y los municipios. La distribución no se fundamenta, sin embargo, en la gravedad de las infracciones sino, más discutiblemente a mi juicio, en la cuantía económica de las sanciones (que, por tanto, puede ser de índole puramente local pero, si sobrepasan una cuantía, corresponder su imposición a la Administración autonómica; y viceversa, un problema de salud supramunicipal sancionado con una pequeña multa económica, corresponderá su sanción al municipio). Los órganos competentes en este caso, en el ámbito de sus respectivas competencias, serán:

- Los Alcaldes, hasta 2.500.000 pesetas
- El Consejero de Salud, hasta 25.000.000 pesetas
- El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, para las multas superiores a 25.000.000 pesetas

Estas competencias pueden ser objeto de desconcentración en órganos inferiores, en el seno de las respectivas Administraciones, aunque también podrían ser objeto, directamente, de delegación, tras la reforma de la Ley 4/1999 de la LRJPAC⁵⁴.

Las resoluciones de los procedimientos sancionadores en materia de salud serán susceptibles de recurso de alzada ante el superior jerárquico del órgano que las dictó, excepto aquéllas dictadas por el titular de la Consejería de Salud, que ponen fin a la vía administrativa.

⁵⁴ Por Decreto 275/1998, de 22 de diciembre, por el que se atribuyen competencias sancionadoras en materia sanitaria en el ámbito de la Consejería de Salud, se procedió a la desconcentración de estas competencias por parte del titular de la Consejería en distintos órganos de la misma. La estructura de la misma fue modificada, sin embargo, mediante el Decreto 241/2004, de 18 de mayo, para cuya adaptación se aprobaría, posteriormente, el vigente Decreto 20/2005, de 25 de enero, por el que se desconcentran las competencias sancionadoras y se regulan determinados aspectos del procedimiento sancionador en materia de salud. Según el mismo, el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador en materia sanitaria, cuando la competencia radique en la Administración autonómica lógicamente, corresponderá al titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud en cuyo territorio se haya cometido la presunta infracción. Si se desconoce el lugar en el que la misma se haya cometido o pudiera entenderse cometida en más de una provincia de la Comunidad Autónoma de Andalucía, corresponderá la incoación del procedimiento sancionador al titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud en cuyo territorio tenga su domicilio la persona física o jurídica presuntamente responsable. En cuanto a la resolución, serán competentes para resolver los procedimientos sancionadores en materia sanitaria y para imponer las multas que, en su caso, se determinen en la resolución sancionadora: a) El titular de la Delegación Provincial de la Consejería de Salud, para aquéllas de cuantía no superior a sesenta mil euros; b) El titular de la Dirección General de Salud Pública y Participación y el titular de la Dirección General de Calidad, Investigación y Gestión del Conocimiento de la Consejería de Salud, en el ámbito de sus respectivas competencias y en función de la naturaleza de la infracción, para multas cuya cuantía oscile entre sesenta mil un euros y noventa mil euros; c) El titular de la Consejería de Salud, para multas cuya cuantía vaya de noventa mil un euros a ciento cincuenta mil doscientos cincuenta y tres euros con tres céntimos. En el caso de que se impute la comisión de una pluralidad de infracciones en un único procedimiento sancionador, será competente para resolver el mismo el que lo sea para imponer la sanción de mayor cuantía.

Más compleja es la previsión final en este punto de la LSA. Señala el art. 27.4 de la Ley que «la Administración de la Junta de Andalucía podrá actuar en sustitución de los municipios, en los supuestos y con los requisitos previstos en la legislación de régimen local». La potestad sancionadora municipal en materia de salud, y sobre las competencias materiales atribuidas normativamente al municipio (art. 4.1.f) LRBRL), se desagregaría de las mismas para entrar a subrogarse en su ejercicio, por sustitución, por la Administración autonómica. Pero la LRBRL no da cobertura directa a tal mecanismo. El art. 60 de la misma prevé la posibilidad de imposición por parte autonómica de medidas o acciones para «vencer» la resistencia local en el caso de incumplimiento de sus obligaciones, con afección paralela al ejercicio de competencias de la Administración estatal o la propia autonómica, y previo apercibimiento con apertura de plazo de cumplimiento voluntario, lo cual es distinto al incumplimiento o inexecución de competencias propias de la Corporación local. Sí es verdad que, dentro de dichas medidas a adoptar para el cumplimiento de la obligación local, se prevé, finalmente, la posible sustitución de la entidad local en su realización, y a costa de la entidad local. Pero, a mi juicio, el presupuesto del artículo es diferente: se refiere al incumplimiento de obligaciones locales impuestas directamente por la Ley, y no al ejercicio de competencias propias atribuidas por la Ley. Habrá que salvar el precepto centrandolo en la interpretación no tanto en el mecanismo específico de «sustitución» que prevé cuanto en la remisión, que hay que interpretar de forma integradora, a los supuestos y requisitos que se prevean, en cada caso, en la normativa –básica y de desarrollo– de régimen local.

En cualquier caso, se prevé reglamentariamente que cuando la Administración autonómica tenga conocimiento de hechos que puedan constituir una infracción sanitaria y para cuya sanción sean competentes los Alcaldes, de conformidad con el art. 27.2 LSA, se instará la actuación del Ayuntamiento correspondiente. En la comunicación formal que se efectúe se hará advertencia expresa de que deberá actuarse en el plazo de un mes desde su recepción, y de que, en caso contrario, se considerará dicha comunicación como el requerimiento previsto en el art. 60 LRBRL, pudiendo en consecuencia ejercerse subsidiariamente la competencia sancionadora en los términos previstos en el art. 27.4 LSA. Si transcurrido el plazo reseñado, no se hubiese recibido contestación al respecto o de la contestación emitida se deduzca la existencia de inhibición en el ejercicio de la competencia municipal, los órganos competentes de la Administración de la Junta de Andalucía adoptarán las actuaciones correspondientes. La tutela resarcitoria de la salud no sólo legitima la intervención pública en la actividad de los particulares sino, incluso, como caso excepcional, la posible intervención sustitutoria de la Administración en principio titular de las competencias sancionadoras. Se prevé así, en el ordenamiento andaluz, el ejercicio subsidiario por la Administración autonómica de la competencia sancionadora municipal en el ámbito de la salud y la sanidad, desde la prevalencia (material) de su protección vía sanciones administrativas sobre la cobertura (formal) de la atribución inicial de las competencias.

Como manifestación más atenuada de las relaciones interadministrativas en esta materia, se establece en la LSPA que cuando los servicios municipales tengan conocimiento de infracciones no localizadas exclusivamente en su término municipal (más bien cuyos efectos lo trasciendan, y que, a pesar de ello, escapen a su competencia, y no caigan dentro de

la competencia estatal), lo pondrán inmediatamente en conocimiento de la Administración autonómica, remitiendo todo lo actuado y cuantos antecedentes obren en su poder (art. 109.3).

3. Procedimiento sancionador: la adopción de «medidas provisionales» y el acuerdo de «medidas preventivas»

Como regla –general– de partida y presupuesto legitimador, no cabrá la imposición de sanción alguna en materia de salud –individual o colectiva– sin la tramitación del correspondiente procedimiento sancionador (art. 110.1 LSPA).

El procedimiento es, pues, necesario y específico: no cabe, así, la doble tramitación, en paralelo, de dos procedimientos sancionadores, por la autoridad local competente y por la autonómica, en el caso de concurrencia de los mismos hechos y fundamento jurídico (y, debe entenderse, sujeto infractor⁵⁵). El conocido principio general de «*non bis in idem*» (art. 133 LRJPAC y ahora 31 LRJSP) impide que un sujeto pueda ser sancionado dos veces por la misma infracción (salvo excepciones), de tal forma que si unos mismos hechos están tipificados como la «misma» infracción en dos leyes sancionadoras que coinciden en castigar esta misma conducta, sólo se le puede aplicar una de ellas, imponiendo la sanción allí prevista⁵⁶, imposibilidad de doble sanción que se intenta evitar, en este caso concreto, a través de la prohibición de doble tramitación de procedimientos sancionadores por unos mismos hechos. Ello no quita, obviamente, a la posibilidad de que si finalmente no recae sanción en el ámbito local, la Comunidad Autónoma pueda iniciar o retomar su potestad sancionadora sobre los hechos acaecidos⁵⁷.

⁵⁵ Así por ejemplo, expresamente, en el art. 86.1 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios de Andalucía.

⁵⁶ Vid. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El derecho sancionador turístico en Andalucía*, en VV. AA., *Turismo en Andalucía y Norte de Marruecos: Nuevos retos, nuevas propuestas*, Facultad de Turismo, Universidad de Málaga, pág. 182. En el ámbito estatal sí se aclara expresamente que «*si una misma acción u omisión fuera constitutiva de dos o más infracciones, se tomará en consideración únicamente aquella que comporte mayor sanción*» (art. 56.2 Ley 33/2011, de 4 de octubre). También en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, se prevé expresamente la imposibilidad de doble sanción por los mismos hechos y en función de los mismos intereses públicos protegidos, aunque sí puedan exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes (art. 33).

⁵⁷ Curiosamente, en la normativa andaluza complementaria sobre protección de los consumidores y usuarios sí se prevé, además expresamente, no la imposición de medidas complementarias, lógica en esta materia dada la trascendencia de los bienes jurídicos implicados y la posible irreversibilidad de los daños o perjuicios susceptibles de sufrirse, sino, directamente, de «*sanciones complementarias*», por unos mismos hechos, cuando se trate de una situación excepcional y en los casos de infracciones muy graves o graves en que concurren agravantes que así lo justifiquen. Estas sanciones adicionales pueden consistir en el cierre total o parcial o la no utilización por el responsable del establecimiento, instalación o local, o la suspensión del servicio o de la actividad en la que se cometiera la infracción. Además de ello, estas sanciones complementarias comportan, como medida adicional, la prohibición de continuar la actividad de oferta o comercialización en los servicios de la

La iniciación, desarrollo o instrucción y la terminación del procedimiento administrativo sancionador en materia de salud pública se ha de ajustar, genéricamente y por reenvío, a las disposiciones legales sobre el procedimiento administrativo y a las normas sobre el ejercicio de la potestad sancionadora (art. 110.2 LSPA). Hasta el 1 de octubre de 2016 dicha normativa viene constituida, fundamentalmente, y como se sabe, por la LRJPAC, a nivel básico; a partir de dicha fecha, han entrado en vigor tanto la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, como la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que han supuesto una reformulación de la sistemática legal clásica de la ordenación de la potestad sancionadora de la Administración Pública, con una desagregación de los aspectos orgánicos y de los aspectos procedimentales de la misma (no obstante, y paradójicamente, los principios generales de ésta, pese a no constituir claramente aspectos orgánicos, sí se regulan en la Ley 40/2015). También habrá que tener en cuenta, como norma legal de referencia sobre determinados aspectos del ejercicio de la potestad sancionadora en Andalucía, a la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.

Una vez instruidos los procedimientos sancionadores, el plazo máximo para dictar y notificar resolución expresa en el caso de la comisión de infracciones leves será de seis meses. En los procedimientos tramitados por la comisión de infracciones graves o muy graves, este plazo se amplía hasta nueve meses, previsión de ampliación acorde, en principio, con la restrictiva disposición actual del art. 42.2 LRJPAC⁵⁸.

Dada la esencialidad de los bienes jurídicos protegidos por este régimen sancionador y la especial relevancia de las posibles infracciones cometidas, quizás hubiera sido interesante, como sí se refleja en la normativa estatal de salud pública, articular la posibilidad de publicación, por parte de las autoridades competentes, de las sanciones firmes impuestas por las infracciones cometidas y los hechos constitutivos de las mismas, o la obligación de comunicar a la Comunidad Autónoma afectada las posibles infracciones con efectos supraautonómicos o la comisión de la mismas en su territorio de que se haya tenido conocimiento, como prevé expresamente la Ley andaluza 2/2011, de 25 de marzo, de la calidad agroalimentaria y pesquera (art. 50.5).

Conviene hacer una referencia específica, dada la trascendencia de los bienes jurídicos protegidos en este tipo de expedientes sancionadores, a la posibilidad, reflejada expresamente en la Ley, de adopción, por parte del órgano instructor, de medidas provisionales.

sociedad de la información cuando la infracción se haya cometido por este medio (art. 76.1 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de defensa y protección de los consumidores y usuarios). A pesar de la denominación, y de su cobertura legal, no parece que se pueda tratar de «sanciones complementarias» como tal, sino de medidas accesorias o complementarias a la sanción principal.

⁵⁸ A nivel general estatal, de hecho, el plazo de nueve meses es el común para dictar y notificar la resolución sancionadora en todos los casos.

Como reseñan los arts. 108 LSPA y 28 LSA, una vez iniciado el procedimiento sancionador, el órgano competente para resolver podrá adoptar⁵⁹, mediante acuerdo motivado, como medidas provisionales para asegurar el cumplimiento de la resolución que, eventualmente, pudiera recaer, y, en todo caso, para asegurar el cumplimiento de la legalidad y la salvaguardia de la salud pública –como bienes jurídicos subyacentemente protegidos por la propia disposición de los procedimientos sancionadores contra las conductas tipificadas en la normativa–, entre otras, las siguientes:

- La suspensión total o parcial de la actividad
- La clausura de centros, servicios, establecimientos o instalaciones
- La exigencia de fianza

Salvo en el último caso, cuyo fundamento radica más bien en el aseguramiento económico de la susceptibilidad de cumplimiento, en su caso, de la sanción que pudiera derivar del procedimiento sancionador, en los otros dos supuestos late no sólo la garantía cautelar de la efectividad de la sanción, sino, de forma más importante quizás, la tutela preventiva y anticipada de la salud frente a los daños o posibles riesgos sobre la misma derivados de la continuación de las actividades o actuaciones mientras se sustancia el procedimiento sancionador⁶⁰. Como bien se ha dicho, en tanto medidas de naturaleza cautelar, éstas puede incluir no sólo el aseguramiento de la eficacia en sentido estricto de la resolución final que se dicte en el procedimiento a la que dicha medida se vincula (es decir, que la misma se pueda cumplir, y, en caso de incumplimiento, ejecutar coactivamente), sino también otras que la garantizan en sentido amplio: la posibilidad de contar con el aparato probatorio necesario que la sustente y evitar el mantenimiento de los efectos de la infracción y satisfacer las exigencias de los intereses generales⁶¹.

⁵⁹ Las medidas preventivas a que se refiere el art. 29 LSA han de ser adoptadas por el titular de cada Delegación Provincial de la Consejería de Salud, en el ámbito territorial de la misma (art. 4.1 del Decreto 20/2005, de 25 de enero, por el que se desconcentran las competencias sancionadoras y se regulan determinados aspectos del procedimiento sancionador en materia de salud).

⁶⁰ En materia de protección de los consumidores y usuarios, el elenco de medidas cautelares se encuentra más desarrollado y completo. Así, puede adoptarse: a) la inmovilización de los productos, materias o elementos para la producción y la comercialización agroalimentaria y pesquera, así como la retirada de cualquier forma de publicidad difundida a través de cualquier medio, incluido el electrónico; b) el control previo de los productos que se pretendan comercializar y respecto de los que con anterioridad se haya detectado alguna irregularidad que haya sido subsanada; c) la paralización de los vehículos en los cuales se transporten productos agroalimentarios, pesqueros o materias y elementos para la producción y la comercialización agroalimentaria y pesquera; d) la retirada del mercado de productos agroalimentarios, pesqueros o materias y elementos para la producción y la comercialización agroalimentaria y pesquera; e) la suspensión temporal del funcionamiento de un área, un elemento o una actividad del establecimiento inspeccionado; f) la suspensión provisional de la comercialización, compra o adquisición de productos agroalimentarios, pesqueros o materias y elementos para la producción y la comercialización agroalimentaria y pesquera; g) suspensión del derecho de uso de la denominación, marca o elemento identificativo de que se trate (art. 39.2 de la Ley 2/2011, de 25 de marzo, de la calidad agroalimentaria y pesquera de Andalucía).

⁶¹ TARDÍO PATO, J. A., «Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo», *Revista Jurídica de Navarra*, 38, 2004, pág. 115.

En esta línea, la propia LSA habilita a las Administraciones Públicas, en términos generales, en el marco de sus respectivas competencias, para establecer y acordar las limitaciones preventivas de carácter administrativo respecto de aquellas actividades públicas y privadas que, directa o indirectamente, puedan tener consecuencias negativas para la salud (art. 21.1). No se trata de medidas sancionadoras, sino de limitaciones o condicionamientos públicos de la actividad desarrollada tanto por personas públicas como privadas. La salud se configura, pues, como título legítimo de intervención administrativa en la actividad de los particulares, bien que con previa habilitación legislativa⁶², en momentos de claro retraimiento –y formulación ciertamente restrictiva– de dichas fórmulas de limitación, reducidas a supuestos específicos y excepcionales justificados o apoyados en razones imperiosas de interés general⁶³. Pero es que además, en este ámbito, expresamente se permite que las Administraciones Públicas adopten o establezcan cuantas limitaciones, prohibiciones, requisitos y medidas preventivas sean exigibles, en relación con las actividades públicas o privadas que directa o indirectamente puedan suponer riesgo inminente y extraordinario para la salud, pudiendo decretar, entre otras, la suspensión del ejercicio de actividades, cierre de empresas o de sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales que tengan una repercusión extraordinaria y negativa para la salud de los ciudadanos⁶⁴, siempre que exista o se sospeche razonablemente la

⁶² Vid. CIERCO SEIRA, C., *Administración pública y salud colectiva ...*, op. cit., págs. 20-21: «allí donde esté habilitada por el legislador para intervenir, la Administración podrá acordar, por razones de salud colectiva, la imposición de una serie de medidas que en casi ningún otro lugar puede movilizar. [...] Se hace visible aquí cómo la capital importancia de la salvaguarda de la salud de la población impulsa a armar a la Administración con algunos de los poderes de intervención o policía más penetrantes que conoce nuestro ordenamiento jurídico y, al mismo tiempo, abre la posibilidad a que, en ciertas situaciones, sea la propia Administración quien aprecie y determine el mejor modo de enfrentarse a los riesgos o amenazas que se presenten».

⁶³ Bien es verdad, no obstante, que la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, exceptiona de su ámbito de aplicación a los «servicios sanitarios», incluidos los servicios farmacéuticos, realizados o no en establecimientos sanitarios e independientemente de su modo de organización y de financiación a escala estatal y de su carácter público o privado, prestados por profesionales de la salud a sus pacientes, con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud, cuando estas actividades estén reservadas a profesiones sanitarias reguladas (art. 2.2.f) y considera además expresamente a la «salud colectiva» como uno de los supuestos específicos de «razón imperiosa de interés general» (art. 3.11), que justifica la posible supeditación a controles o intervenciones previas de las actividades de servicios, su implantación o su ejercicio, desarrolladas por los particulares. A pesar de ello, el art. 29.2 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública sí permite que las Administraciones sanitarias puedan establecer la obligación de presentar una declaración responsable o una comunicación previa para el inicio de actividades en aquellas instalaciones, establecimientos, servicios o industrias que desarrollen actividades que puedan afectar a la salud.

⁶⁴ En la Ley estatal 33/2011, de 4 de octubre, en términos amplios y flexibles, las medidas que puede adoptar en estos supuestos, pero siempre mediante resolución motivada, la autoridad competente, podrían ser: a) la inmovilización y, si procede, el decomiso de productos y sustancias; b) la intervención de medios materiales o personales; c) el cierre preventivo de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias; d) la suspensión del ejercicio de actividades; e) la determinación de condiciones previas en cualquier fase de la fabricación o comercialización de productos y sustancias, así como del funcionamiento de las instalaciones, establecimientos, servicios e industrias, con la finalidad de corregir las deficiencias detectadas; y f) cualquier otra medida ajustada a la legalidad vigente si existen indicios racionales de riesgo para la salud incluida la suspensión de actuaciones.

existencia de este riesgo (art. 21.2 LSA)⁶⁵. En estos casos, corresponde al personal que lleve a cabo funciones de inspección la adopción de dichas medidas, debiendo dar cuenta inmediatamente a continuación de las actuaciones realizadas al titular de la correspondiente Delegación Provincial de la Consejería de Salud, que, a su vez, deberá ratificar o no dichas actuaciones en un plazo máximo de 48 horas desde que las mismas fuera adoptadas. Aunque no se dice expresamente, habrá que entender que estas medidas provisionales quedarán sin efecto si, posteriormente, no se inicia de forma efectiva el procedimiento sancionador o si, iniciado, no se recoge en el mismo pronunciamiento expreso sobre ellas. Se pone claramente de manifiesto en esta posibilidad legal la trascendencia global de la salud y, consecuentemente, la intensidad de las limitaciones jurídicas derivadas o conectadas a su tutela y preservación⁶⁶. Porque no se trata de sanciones administrativas, establecidas tras el correspondiente –y garantista procedimiento administrativo sancionador–, ni siquiera de estrictas medidas cautelares o provisionales, acordadas por el órgano de iniciación del propio procedimiento sancionador –con audiencia o traslado correspondiente al presunto infractor–, sino, directamente, de medidas preventivas ablativas derivadas de la mera labor de inspección administrativa, pero que pueden comportar, como vemos, la limitación no sólo de libertades, o la posible derivación de perjuicios económicos, sino la interdicción, aún temporal, de auténticos e inmediatos derechos constitucionales, como el derecho al trabajo o a la libertad de empresa⁶⁷, sobre la base no de la certificación de la comisión de una infracción, o de las sospechas de la misma, sino de la suposición de existencia de un riesgo, bien que inminente y extraordinario para la salud⁶⁸. La esencialidad y radicalidad del bien jurídico protegido parecen justificar tales medidas extraordinarias, y la casi imperiosa necesidad de un cambio de enfoque en la formulación de las funciones administrativas de prevención y cautela, desde los clásicos

⁶⁵ La propia normativa estatal general en materia de salud pública habilita tal posibilidad para las Comunidades Autónomas. Según el art. 54 de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, cualquier Comunidad Autónoma, en situaciones de excepcionalidad y cuando así lo requieran motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, en el ámbito de sus respectivas competencias, puede adoptar «cuantas medidas» sean necesarias para asegurar el cumplimiento de la Ley. En el fondo es evidente, puesto que lo realmente oportuno hubiera sido, a partir del propio mandato implícito de garantía de la efectividad de las previsiones normativas, asegurar fácticamente la no afección o alteración de la salud pública o colectiva en estos supuestos extraordinarios.

⁶⁶ En el ámbito de la seguridad alimentaria, puede verse sobre el tema TOLEDO MARTÍN, A., *Las medidas provisionales en el Derecho alimentario y la responsabilidad patrimonial de la Administración por su adopción*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

⁶⁷ En el ámbito de la protección de los consumidores y usuarios, expresamente se prevé, así, que ante situaciones de riesgo para la salud y seguridad de los mismos, las Administraciones públicas competentes puedan adoptar las medidas que resulten necesarias y proporcionadas para la desaparición del riesgo, incluida la intervención directa sobre las cosas y la compulsión directa sobre las personas (art. 15.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias).

⁶⁸ En relación a ello puede verse, por ejemplo, CIERCO SEIRA, C., «Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres», *Revista de Administración Pública*, 175, (2008), págs. 55-111.

esquemas del control directo de los peligros para la salud y la integridad humanas hasta las nuevas formulaciones de la gestión cautelar de los riesgos en espacios de incertidumbre científica, nuevos mecanismos de delimitación de las capacidades de ordenación de la Administración.

Se trata, pues, con carácter general, de medidas de *naturaleza excepcional* y adoptadas, muchas veces, de *manera inmediata*, es decir, sin un procedimiento administrativo formalizado de garantía, pero que han de sujetarse, a pesar de ello, a una serie de límites y garantías como aval de legitimidad. En este sentido, y dentro de los diferentes tipos que cabe aislar de este tipo de medidas ablatorias, cabe destacar las que se proyectan sobre bienes, productos o procesos productivos, que son las que se reflejan en los tipos sancionadores que estamos analizando⁶⁹.

A nivel estatal, no obstante, aun tratándose de medidas de carácter excepcional y por motivos de extraordinaria gravedad o urgencia, se exige que las mismas sí se adopten previa audiencia de los interesados (por la reseñada y posible afección a sus derechos o intereses), salvo en caso de riesgo realmente inminente y extraordinario para la salud de la población, limitándose en cualquier caso su duración o vigencia al tiempo exigido por la propia situación de riesgo que las hubiera motivado y respetándose igualmente, en las decisiones sobre su adopción y mantenimiento, el principio nuclear de proporcionalidad. En relación a este último, cabe recordar que la propia adopción de medidas preventivas está inmediatamente relacionada con el principio de precaución, uno de cuyos límites viene constituido, precisamente, por la propia afección de la medida cautelar adoptada sobre el resto de derechos o intereses de los afectados. En concreto, las decisiones adoptadas de acuerdo con el principio de precaución en materia de salud o seguridad alimentaria, por ejemplo, tienen siempre un efecto negativo para el sistema económico y el comercio de productos, y, por ello, la normativa comunitaria viene imponiendo que tales medidas sean proporcionadas y contengan las restricciones para el comercio que resulten estrictamente necesarias para alcanzar el elevado nivel de protección de la salud establecido tanto a nivel comunitario como, en su desarrollo, en el seno de los Estados miembros.

Cuando concurren razones de urgencia inaplazable, las medidas provisionales podrán ser adoptadas por el órgano competente para iniciar el procedimiento o por el órgano instructor, de conformidad con lo establecido en el art. 15 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Las medidas preventivas pueden ser adoptadas, pues, una vez dictado el acuerdo de iniciación del procedimiento y en cualquier momento de su instrucción, concordando así con la potestad administrativa, atribuida en el art. 72.4 LRJPAC, de modificar durante la tramitación del mismo, de oficio o a instancia de parte, las medidas inicialmente

⁶⁹ Un análisis *in extenso* de las mismas puede verse en CIERCO SEIRA, C., *Administración pública y salud colectiva ...*, *op. cit.*, pág. 270 y ss.

adoptadas cuando se aprecien circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción⁷⁰.

Finalmente, el tercer tipo de medidas que pueden adoptarse en los procedimientos sancionadores (junto con las cautelares o provisionales y las preventivas o especiales) serían las complementarias o adicionales (a la sanción pecuniaria principal). Sin mención específica en el grupo normativo andaluz, puede entenderse aplicable en este punto la regla general contenida en la normativa estatal general sobre salud pública: la tramitación de un procedimiento sancionador por las infracciones tipificadas en las normas aplicables, no postergará la exigencia –de base legal, pues– de las obligaciones de adopción de medidas de prevención, de evitación de nuevos daños o de reparación, previstas en la norma, que serán independientes de la sanción que, en su caso, se imponga. Y en concreto, en materia de protección de consumidores y usuarios, expresamente se prevé en la normativa estatal que en el procedimiento sancionador pueda exigirse al infractor la reposición de la situación alterada por la infracción a su estado original (piénsese, por ejemplo, en infracciones en materia de sanidad ambiental), y, en su caso, o subsidiariamente, la indemnización de los daños y perjuicios probados causados al consumidor.

V. PRESCRIPCIÓN Y CADUCIDAD DE LAS INFRACCIONES Y LAS SANCIONES

La LSA no contiene ninguna previsión al respecto. La LSPA sí que cierra las previsiones relativas al derecho sancionador en esta materia con el régimen de prescripción y caducidad de las infracciones y sanciones que regula (más benévolo, por cierto, que en otros ámbitos sectoriales específicos también involucrados en la defensa de la salud pública, como es el caso de la normativa sobre protección de los consumidores y usuarios a nivel autonómico igualmente).

Los plazos de prescripción de las primeras, que en cualquier caso se computarán desde el día en que se hubiera cometido la correspondiente infracción y se interrumpirán desde la adopción y notificación del acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador a la persona interesada⁷¹, son:

- Infracciones leves: un año

⁷⁰ Vid, en un sistemático análisis clarificador, GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El procedimiento sancionador (Teoría y práctica)*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 29 y ss.

⁷¹ No hace mención la normativa andaluza a la posibilidad, factible en estos ámbitos de infracciones de actividad, de aquéllas de tracto continuo. A nivel estatal sí se señala que en los supuestos de infracciones continuadas, el plazo de prescripción comenzará a contar desde el momento de la finalización de la actividad o del último acto con el que la infracción se consuma. E incluso, en el caso de que los hechos o actividades constitutivos de infracción fueran desconocidos por carecer de signos externos, dicho plazo se computaría desde que éstos se manifestasen (art. 59 Ley 33/2011).

- Infracciones graves: dos años
- Infracciones muy graves: cinco años

La acción para perseguir las infracciones caducará cuando, conocida por la Administración la existencia de una infracción y finalizadas, en su caso, las diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos, hubiera transcurrido un año sin que la autoridad competente hubiera ordenado incoar el oportuno procedimiento. No se aclara, sin embargo, el supuesto de caducidad del procedimiento una vez iniciado éste, en los casos obviamente de paralización no imputable al presunto responsable, o los supuestos, habituales en esta materia, de infracciones continuadas, discontinuas o permanentes, en donde el día inicial de cómputo no podrá ser, sin más, el de inicio de comisión de la infracción.

Por su parte, los plazos de prescripción de las sanciones impuestas, que comenzarán a contarse desde el día siguiente a aquel en que adquiera firmeza la resolución sancionadora correspondiente, serán:

- Sanciones impuestas por faltas leves: un año
- Sanciones impuestas por faltas graves: dos años
- Sanciones impuestas por faltas muy graves: cinco años

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUADO i CUDOLÁ, V. y PRADO PÉREZ, R., «Derecho a la protección de la salud y exclusión de la asistencia sanitaria: la crisis económica como pretexto para la limitación del acceso a los servicios y prestaciones del Estado del Bienestar», *Revista Vasca de Administración Pública*, 99-100, (2014).

ALLI-ARANGUREN, J.-C., *Seguridad alimentaria*, en ALENZA GARCÍA, J. F. y ARCOS VIEIRA, M. L. (dirs.), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

CANTERO MARTÍNEZ, J., «La configuración legal y jurisprudencial del derecho constitucional a la protección de la salud», *Revista Vasca de Administración Pública*, 80, (2008).

CASAS BAAMONDE, M. E., «Derecho público y salud laboral: el régimen jurídico sancionador», *Derecho y Salud*, Vol. 4, Julio-Diciembre 1996.

CIERCO SEIRA, C., *Administración Pública y salud colectiva. El marco jurídico de la protección frente a las epidemias y otros riesgos sanitarios*, Comares, Granada, 2006.

«La necesaria actualización de la legislación española en materia de salud pública», *Derecho y Salud*, Vol. 17, número extraordinario XVII.

«Las medidas preventivas de choque adoptadas por la Administración frente a los productos insalubres», *Revista de Administración Pública*, 175, (2008).

CORBELLA i DUCH, J., *Manual de Derecho sanitario*, 2ª ed., Atelier, Barcelona, 2012.

DE LA CUEVA ALEU, I., *El derecho constitucional a la protección de la salud. Jurisprudencia constitucional*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, V-2004, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004.

ESTEVE PARDO, J., «Ciencia y Derecho ante los riesgos para la salud. Evaluación, decisión y gestión», *Documentación Administrativa*, 265-266, (2003).

GAMERO CASADO, E. y FERNÁNDEZ RAMOS, S., *Manual básico de Derecho Administrativo*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

GARRIDO CUENCA, N., *Derechos, principios y objetivos relacionados con el derecho a la salud*, en BALAGUER CALLEJÓN, F. (dir.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., *El procedimiento sancionador (Teoría y práctica)*, Dykinson, Madrid, 2013.

El derecho sancionador turístico en Andalucía, en VV. AA., *Turismo en Andalucía y Norte de Marruecos: Nuevos retos, nuevas propuestas*, Facultad de Turismo, Universidad de Málaga.

MAGDALENO ALEGRÍA, A., *La tutela de la salud colectiva como límite de los derechos fundamentales*, en ALENZA GARCÍA, J. F. y ARCOS VIEIRA, M. L. (dirs.), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

MENÉNDEZ REXACH, Á., «El derecho a la asistencia sanitaria y el régimen de las prestaciones sanitarias públicas», *Derecho y Salud*, 11, (2003).

MONTERO LA RUBIA, F. J., *Delitos contra la salud pública*, Bosch, Barcelona, 2007.

PEMÁN GAVÍN, J., *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1989.

PONCE SOLÉ, J., *El Derecho y la (ir)reversabilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos*, INAP, Madrid, 2013.

RAZQUÍN LIZÁRRAGA, M. M., *Salud y medio ambiente (en especial, los residuos sanitarios)*, en ALENZA GARCÍA, J. F. y ARCOS VIEIRA, M. L. (dirs.), *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

ROBLES FERNÁNDEZ, S., «Régimen jurídico de las infracciones y sanciones administrativas en el ámbito de la salud pública», *Derecho y Salud*, Vol. 3, 1, (1995).

ROMEO CASABONA, C. M., *Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?*, en ARROYO ZAPATERO, L. y BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: «in memoriam»*, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha/Ediciones de la Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

SÁNCHEZ CURSÓN, J. M^a., «La gobernanza en la nueva Ley de Salud Pública en Andalucía», *Revista eSalud*, Vol. 8, 30, 2012.

SÁNCHEZ GARCÍA, M. M., *Prestaciones sanitarias: catálogo de prestaciones y cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud*, en PALOMAR OLMEDA, A. y CANTERO MARTÍNEZ, J. (dirs.), *Tratado de Derecho Sanitario*, Vol. I, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2013.

SANZ LARRUGA, F. J., *Las competencias del Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales en materia sanitaria*, en VV. AA., *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidade da Coruña, A Coruña, 1999.

TARDÍO PATO, J. A., «Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo», *Revista Jurídica de Navarra*, 38, 2004.

TOLEDO MARTÍN, A., *Las medidas provisionales en el Derecho alimentario y la responsabilidad patrimonial de la Administración por su adopción*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

VIDA FERNÁNDEZ, J., «Un paso decisivo en la intervención de las Comunidades Autónomas sobre la configuración prestacional del derecho a la protección de la salud: Sentencia del Tribunal Constitucional de 25 de mayo de 2004, núm. 98/2004», *Revista General de Derecho Administrativo*, 7, (2004).

VV. AA., *Delitos contra la salud pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007.

Capítulo VII PREVENCIÓN, ASISTENCIA Y REINSERCIÓN EN MATERIA DE DROGAS Y ADICCIONES

Severiano Fernández Ramos

1. MARCO LEGAL Y CONCEPTUAL

1.1. Introducción

Aun cuando cambian las sustancias, el perfil de las personas, las vías de administración, las modas, la percepción sobre las drogas y los propios riesgos de las mismas, el consumo de drogas constituye un problema complejo, constante y, en permanente evolución que genera fracaso escolar, baja empleabilidad, violencia en el ámbito familiar y conductas disruptivas.

Así, la extensión en España durante la década de los 80 del consumo de la heroína en forma de una epidemia fatal, que diezmó toda una generación de jóvenes y que generó importantes problemas de seguridad ciudadana, llevó a la drogadicción a constituir uno de los principales problemas de preocupación de la sociedad española, rivalizando incluso con el paro y el terrorismo, problema acentuado por la ausencia inicial de recursos de protección social y sanitaria adecuados para afrontar esta situación¹. Ahora bien, la «crisis de la heroína» lo fue por el incremento de la inseguridad ciudadana y la conflictividad social que producía el aumento de

¹ Como señalara el Informe de 22 de noviembre de 1995 de la Comisión Mixta Congreso-Senado, para el estudio del problema de la droga, «El fenómeno del consumo de drogas ilegales adquiere su primera gran extensión en un contexto socio-histórico determinado y que, en todo caso, provocó lo que se ha venido en calificar de «crisis» o «epidemias» referido a la aparición y rápida extensión del consumo de heroína por vía parenteral. A pesar de que el consumo de otras drogas, como cannabis y cocaína, también aumentó e incluso en la práctica la mayor parte de los casos eran y son de poli-toxicomanía, no cabe duda que la heroína determina las características del fenómeno y la respuesta que se iba a dar al problema. Son diversos los elementos confluyentes para la creación de un imaginario social en torno a los

los delitos relacionados con las drogas. No se empezó a considerar como un problema de salud pública hasta la aparición del VIH y VHC².

Con posterioridad, el problema de la heroína fue remitiendo, gracias a los esfuerzos realizados por los servicios públicos y por la sociedad civil, y a la propia mortalidad de los afectados³. Pero el consumo de otras sustancias, a menudo inducido por los usos sociales vinculados a formas y modas de disfrute del ocio, evoluciona hoy día en sentido contrario. Así, constituye un motivo de preocupación el consumo inadecuado y excesivo de bebidas alcohólicas, la creciente aceptación social de los derivados del cannabis y la falsa percepción de su inocuidad, así como el consumo de otras drogas –las más conocidas las sintéticas, como el éxtasis y otras, en general, variantes de la anfetamina– en proceso de renovación constante, ligadas al ocio y la diversión, y, en particular la extensión del consumo de cocaína (el informe mundial sobre las drogas de la ONU de 27 de junio de 2007 declaró a España como el país donde más se consume cocaína, superando a los Estados Unidos de América)⁴.

También se produce, cada vez con mayor frecuencia, la utilización como drogas de algunos compuestos (precursores) que, siendo autorizados para actividades y consumos perfectamente lícitos y sin relación alguna con su utilización como sustancias psicotrópicas,

drogodependientes y su contexto social que se traduce en una gran alarma social, que condiciona de manera evidente una respuesta racional y alejada de las soluciones mágicas y de la satanización de los problemas».

² Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado sobre las perspectivas de futuro en el abordaje de las actuales y nuevas adicciones, *BOCG*, Sección CG, X Legislatura, 25 de marzo de 2014, p. 7.

³ El citado Informe de 22 de noviembre de 1995 de la Comisión Mixta Congreso-Senado, señaló: «Las poblaciones de heroínómanos envejecen progresivamente o padecen problemas sanitarios muy graves, una clara desintegración social y una historia de repetidos fracasos terapéuticos».

⁴ El Informe de 24 de mayo de 2011 de la Ponencia de la Comisión Mixta Congreso-Senado, sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro», sintetiza la evolución histórica del consumo de droga en España como sigue. En los años 80 los rasgos distintivos era: un consumo casi exclusivamente de heroína; un consumo casi únicamente masculino; un consumo altamente rechazado socialmente, debido a la frecuente conexión con la delincuencia; una alta percepción social del riesgo de la drogadicción; la gran soledad que aquejaba a las familias afectadas, y la consideración de la droga como un problema social, con respuestas aisladas y desde los servicios de atención social. En los años 90 las notas predominantes son: consumo creciente; cambio de sustancias, con la cocaína en ascenso, pero la heroína siempre latente; cambio del perfil del consumidor; comienza a calar la idea de que las drogas son un producto de consumo, sobre todo en el tiempo del ocio, que puede usarse con normalidad; aumenta el consumo juvenil; y surgen las primeras terapias médicas, si bien el tratamiento social es aún hegemónico. Desde 2000 a nuestros días se consolida el predominio de la cocaína, combinada con una amplia variedad de sustancias, por regla general aceptadas socialmente como producto de consumo normal y con usuarios de ambos sexos; se confirma el cada vez más temprano comienzo en el consumo (así continúan aumentando el consumo y la incidencia de las drogas entre jóvenes y adolescentes); debido al despegue del consumo de cocaína, irrumpe la patología dual; avanza y termina por consolidarse el tratamiento médico, a pesar de las disfunciones en las relaciones con las áreas psiquiátricas. *BOCG*, Sección CG, IX Legislatura, 31 de mayo de 2011. Una descripción también de la evolución del consumo en Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», *BOPA* núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 26.999 y ss.

se utilizan como drogas de consumo, a veces con efectos demoledores. Entre ellas están fármacos anestésicos, productos químicos industriales o fertilizantes. Estas modas son cambiantes y de imprevisibles consecuencias, lo que justifica la alarma social que supone la aparición de estos nuevos consumos⁵.

En Andalucía, en la última década se observa, en general, una estabilización de las prevalencias de consumo de las diversas sustancias psicoactivas en la población andaluza, excepto en el caso del cannabis que mantiene una tendencia ascendente. No obstante, esta estabilización se produce en unos niveles relativamente elevados. El incremento del consumo de cocaína todavía no se ha frenado totalmente, pero comienzan a aparecer signos de estabilización (al tiempo que aparecen signos de retorno de la heroína). En cuanto al consumo de tabaco, se detecta una reducción del consumo diario, aunque aumenta el consumo ocasional. En general, se observa una estabilización de las edades de inicio al consumo de sustancias psicoactivas, situándose este inicio en edades muy tempranas⁶.

1.2. Evolución de la normativa autonómica sobre drogodependencias

La respuesta desde el Derecho a este problema ha sido muy dispar. Desde el Estado, debe destacarse la ausencia de un marco legal estatal global en materia de drogodependencias. Así, la normativa estatal se ha centrado principalmente en la faceta del control sobre la oferta tanto de drogas ilegales –vía Código Penal y Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana–, como de la oferta y demanda de drogas institucionalizadas (destacando la Ley 28/2005, de 26 diciembre, de Medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco⁷. Sólo recientemente, con la aprobación de la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que ampara un nuevo enfoque de las actuaciones de promoción y protección de la salud, se ha completado el marco legal estatal.

Por su parte, la mayoría de las Comunidades Autónomas desde la década de los ochenta, dictaron disposiciones específicas para la atención a las personas con drogodependencias,

⁵ Exposición de motivos de Ley 4/2015, de 6 de marzo, de Asturias, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas. Pero lo más reseñable es que, a diferencia de los consumos de los 80, durante los noventa se incrementa notablemente la asociación de los consumos de esas sustancias a los espacios de ocio, de forma que se incorpora de forma creciente a los estilos de vida de sectores de población (en ocasiones prácticamente adolescente), que lo practican en un marco de «normalización» muy diferente al de los usuarios de heroína de la década anterior, cuya característica más destacable había sido la marginación de los consumos (Estrategia Nacional 2009-2016, pág. 33).

⁶ Diagnóstico del III Plan Andaluz de Drogas y Adicciones (2016-2021), p. 40.

⁷ Esta Ley vino a replantear el diseño del Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, sobre limitaciones en la venta y uso de tabaco para protección de la salud de la población. Este Real Decreto se dictó con el carácter de norma básica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.16. a de la Constitución, y de acuerdo con lo previsto en el artículo 25.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

y que, principalmente, durante la década posterior de los noventa, fructificaron en leyes específicas sobre drogas⁸. En general, estas Leyes autonómicas, aunque impulsadas desde la política de servicios sociales, se caracterizan porque no son exclusivamente unas Leyes de servicios sociales, sino que contienen una regulación global del fenómeno de las drogodependencias, considerando de forma *integral* el conjunto de actuaciones de prevención del consumo de drogas, así como del proceso continuado de asistencia e integración social de las personas drogodependientes. De este modo, estas Leyes incluyen tanto medidas de prevención orientadas a la reducción de la demanda, y de asistencia e incorporación social del drogodependiente, que atañen principalmente a los sistemas sanitarios y de servicios sociales, como también medidas de reducción de la oferta de drogas institucionalizadas –limitaciones a la publicidad, promoción, venta y consumo–, con el correspondiente régimen sancionador⁹.

En el caso de Andalucía, en la década de los 80, se creó una estructura específica de actuación sanitaria y social, integrada por el Comisionado para la Droga de la Junta de Andalucía (Decreto 72/1985, de 3 de abril) y los Patronatos Provinciales para la Droga y los Centros Provinciales de Toxicomanías (Decreto 73/1985, de 3 de abril). A ello debe añadirse la aprobación de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía, que dispuso que los Servicios Sociales Especializados atenderán, entre otros sectores, a los toxicómanos, con la finalidad de desarrollar actuaciones de prevención y reinserción social de alcohólicos y otros drogodependientes, coordinadas por el órgano de la Administración autonómica especializado en la materia (art. 11.4), y, en consecuencia, la aplicación a este sector de las normas generales en materia de servicios sociales (registro, autorización y acreditación de centros y entidades, subvenciones, inspección...).

⁸ La pionera fue la Ley 20/1985, de 25 de julio, de prevención y asistencia en materia de sustancias que pueden generar dependencia de Cataluña, que se anticipó más de un lustro al resto de las leyes autonómicas: Ley 3/1994, de 29 de marzo, de Castilla y León de prevención, asistencia e integración social de drogodependientes; Ley 2/1996, de 8 de mayo, de Galicia, sobre drogas; Ley 3/1997, de 16 de junio, de la Comunidad Valenciana, sobre Drogodependencias y otros trastornos adictivos (derogada); Ley 1/1997, de 6 de octubre, de Cantabria, de prevención, asistencia e incorporación social en materia de drogodependencias; Ley 6/1997, de 22 de octubre, de la Región de Murcia, sobre drogas, para la prevención, asistencia e integración social; Ley 18/1998, de 25 de junio, del País Vasco, reguladora de la prevención, asistencia e inserción en materia de drogodependencias (derogada); Ley 9/1998, de 22 de julio, de Canarias, sobre prevención, asistencia e inserción social en materia de drogodependencias; Ley 1/1999, de 29 de marzo, de Extremadura; de prevención, asistencia y reinserción de las drogodependencias de tratamiento de las toxicomanías; Ley 3/2001, de 4 de abril, de Aragón, de prevención, asistencia y reinserción social en materia de drogodependencias; Ley 5/2001, de 17 de octubre, de La Rioja, sobre drogodependencias y otras adicciones; Ley 5/2002, de 27 de junio, de la Comunidad de Madrid, de drogodependencias y otros trastornos adictivos; Ley 15/2002, de 11 de julio, de Castilla La Mancha, de drogodependencias y otros trastornos adictivos; Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra; Ley 4/2005, de 29 abril, Islas Baleares, de drogodependencias. La Comunidad más tardía en abordar esta temática de modo global ha sido Asturias, con la Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas.

⁹ Vid. E. MOREU CARBONELL, «Acción sanitaria y social para la prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencias», VV AA, *El marco jurídico de los servicios sociales en España, Realidad actual y perspectivas de futuro*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 323 y ss.

Ahora bien, la aprobación durante la década siguiente, de la Ley 4/1997, de 9 julio, de Prevención y Asistencia en Drogodependencias de Andalucía, supuso un significativo avance en la regulación de la normativa en cuanto a la prevención, asistencia y reinserción en materia de drogas en Andalucía. En efecto, mientras las regulaciones anteriores partían de un enfoque sectorial (casi exclusivo desde los servicios sociales), la Ley 4/1997 abordó la regulación de las drogodependencias, como ya habían avanzado otras Comunidades Autónomas, desde un enfoque global, tomando en consideración el fenómeno social de la dependencia de las drogas en sus aspectos educativos, sanitarios, sociales y laborales.

En líneas generales, la Ley andaluza 4/1997 es una norma de contenido predominantemente programático, es decir, sus preceptos son mayoritariamente mandatos genéricos a las Administraciones Públicas andaluzas para que promuevan, impulsen o fomenten determinadas actividades, habiliten medios, desarrollen programas..., mientras que escasean los preceptos que reconocen derechos subjetivos. Asimismo, aun cuando ya la Ley 4/1997 se preocupó por contemplar las llamadas drogas institucionalizadas (alcohol y tabaco), en los años posteriores se acentuó el consumo de alcohol con alta incidencia en la juventud (conocido fenómeno del «botellón»), lo que obligó a adoptar nuevas medidas, mediante la modificación de la Ley 4/1997 en dos ocasiones (Ley 1/2001, de 3 de mayo, y Ley 12/2003, de 24 de noviembre)¹⁰.

¹⁰ La Ley 1/2001, de 3 de mayo, respondió a la modificación de los perfiles y hábitos de los consumidores en especial en el consumo de alcohol, con alta incidencia en la juventud, así como la necesidad de que las Corporaciones Locales apoyaran las actuaciones tanto en materia preventiva como de disminución de oferta en este campo, para lo cual se alcanzó el acuerdo institucional llamado el «Pacto por la Noche», el cual se plasmó en una Proposición de Ley tramitada por acuerdo entre los Grupos Parlamentarios. La Ley 1/2001, de 3 de mayo, vino a modificar varios preceptos de la Ley 4/1997, en cuanto a las prohibiciones referidas al consumo de alcohol y a la potestad sancionadora y su posible delegación a favor de los Ayuntamientos, extremos que fueron desarrollados reglamentariamente por el Decreto 167/2002, de 4 de junio. Por su parte, la Ley 12/2003, de 24 de noviembre, declaró en su exposición de motivos que la finalidad inicial de dicho texto legal tenía un marcado carácter preventivo y asistencial, y, en menor medida, punitivo o sancionador, «por lo que, a la vista de hechos concretos de enorme trascendencia y alarma social que han tenido lugar durante los últimos meses en Andalucía, relativos a la venta indiscriminada de alcohol a jóvenes y en muchos casos menores de edad, con peligro grave para la salud, se han detectado carencias importantes en la referida Ley; en concreto, falta de instrumentos eficaces para atajar dichas conductas en tiempo real por parte de los agentes de la autoridad o autoridad competente, imposibilidad de acordar medidas cautelares para evitar la comisión de infracciones con gran alarma social y de acordar sanciones accesorias, tales como cierres o clausuras de locales, así como deficiencias en la correcta tipificación de algunas conductas reprobables que originan la imposibilidad de imponer las sanciones correspondientes, por lo que resulta necesario y urgente proceder a modificar algunos aspectos de la Ley de Prevención y Asistencia en materia de Drogas.

Además, de la experiencia tanto en el ámbito de la Administración autonómica como municipal en la lucha contra el descontrolado consumo de alcohol en la calle o en determinados establecimientos, de manera preocupante por los más jóvenes, y en especial desde la entrada en vigor de la Ley 4/1997, de 9 de julio, y sobre todo desde su última modificación de 2001, se evidencia la necesidad urgente de contar con instrumentos más rápidos y eficaces para evitar consecuencias negativas para la salud pública y especialmente contra aquellos infractores que burlan la Ley debido a la falta de dichos instrumentos, convirtiéndose esta impunidad en un elemento de consternación y alarma social que es necesario atajar».

Asimismo, desde el punto de vista competencial, cabe recordar que, de acuerdo con el artículo 61.3 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, tras la reforma de la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de servicios sociales, que en todo caso incluye:

- «a) La regulación, ordenación y gestión de servicios sociales, las prestaciones técnicas y las prestaciones económicas con finalidad asistencial o complementarias de otros sistemas de protección pública.
- b) La regulación y la aprobación de planes y programas específicos dirigidos a personas y colectivos en situación de necesidad social.
- c) Instituciones públicas de protección y tutela de personas necesitadas de protección especial, incluida la creación de centros de ayuda, inserción y rehabilitación».

1.3. Conceptos básicos

1.3.1. Drogas

La Ley 4/1997 –art. 3– considera drogas aquellas «sustancias, naturales o de síntesis, cuyo consumo pueda generar adicción o dependencia, o cambios en la conducta, o alejamiento de la percepción de la realidad, o disminución de la capacidad volitiva, así como efectos perjudiciales para la salud»¹¹. Específicamente tienen esta consideración:

- a) Los estupefacientes y psicótrpos. El Convenio de Viena sobre Sustancias Psicotrópicas de 21 de febrero de 1971 incluye el listado de sustancias consideradas ilícitas, así como sus precursores¹². No se puede olvidar, no obstante, el proceso de renovación constante de drogas sintéticas en un contexto de ocio y diversión.
- b) El tabaco. El tabaco continúa siendo uno de los más importantes problemas de salud pública, y es la causa prevenible más importante de mortalidad, que provoca, además, una notable pérdida de calidad de vida y disminución de la esperanza de vida¹³. Cabe destacar, entre otras normas, el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud

¹¹ De modo similar, la Ley 20/1985 de Cataluña define la droga como la Sustancia que, administrada al organismo, es capaz de originar una dependencia, provocar cambios en la conducta y producir efectos perniciosos para la salud –art. 3.2–. Como señala E. MOREU CARBONELL, «Acción sanitaria y social para la prevención, asistencia y inserción en materia de drogodependencias», *op. cit.*, p. 327, ni toda sustancia capaz de considerarse «droga» es objeto de atención por el Derecho, ni las políticas en el ámbito de las drogodependencias se limitan a las drogas en sentido farmacológico, ni la intensidad de la intervención jurídica está en función de las características farmacológicas o de los efectos adictivos de las distintas drogas.

¹² Por Real Decreto 1194/2011, de 19 de agosto, se establece el procedimiento para que una sustancia sea considerada estupefaciente en el ámbito nacional.

¹³ En Andalucía, según la evaluación del II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, el alcohol es, desde 2003, la sustancia principal que más admisiones a tratamiento motiva y es también la más presente en los episodios de urgencias hospitalarias relacionados con consumo de drogas. III Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones (2016-2021), p. 41.

- (OMS) para el Control del Tabaco, de Ginebra de 21 de mayo de 2003, así como la Directiva 2014/40/UE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros en materia de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco y los productos relacionados (y por la que se deroga la Directiva 2001/37/CE), y, ya en el ordenamiento español, la importante la Ley 28/2005, de 26 diciembre, de Medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, sobre todo, tras las reformas efectuadas por la Ley 42/2010, de 30 de diciembre y la Ley 3/2014, de 27 de marzo¹⁴.
- c) Las bebidas alcohólicas. El alcohol ha sido considerado por la Organización Mundial de la Salud como una de las drogas potencialmente más peligrosas para la salud física, psíquica y social de las personas, en especial cuando se trata de personas menores y jóvenes que están adoptando sus hábitos de salud, más aún, como ocurre en nuestro entorno, cuando existe un nivel alto de tolerancia social. No define la Ley 4/1997 qué deba entenderse por bebidas alcohólicas. Otras leyes autonómicas entienden por bebida alcohólica toda bebida con una concentración de etanol igual o superior al uno por ciento de su volumen¹⁵. En todo caso, como ha señalado E. MOREU CARBONELL, esta consideración de las bebidas alcohólicas como droga contrasta el planteamiento de la Ley 24/2003, de 10 de julio, de la viña y el vino, que califica esta sustancia como «alimento natural»¹⁶.
- d) Otras sustancias de uso industrial o cualquier otra capaz de producir los efectos y consecuencias antes descritos. En tal sentido, debe subrayarse la utilización de compuestos cuyos usos legales se alteran para convertirse en drogas de consumo con efectos demoledores.

Pero, además, la Ley 4/1997 diferencia entre:

- Drogas no institucionalizadas. La Ley considera como tales principalmente, la heroína, la cocaína, cannabis y sus derivados, así como otras drogas sintéticas «cuyo uso no constituye un hábito socialmente aceptado»¹⁷.

¹⁴ En relación con los dispositivos susceptibles de liberación de nicotina, de acuerdo con las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, parece razonable considerar que, cuando el dispositivo es susceptible de liberar nicotina, sus efectos tanto para la persona usuaria como para terceras personas no difieran del tabaco. Así, en julio de 2013, la OMS recomendó no utilizar estos artículos y desaconsejaba el producto hasta que no haya datos que demuestren que es un producto seguro, eficaz y de calidad aceptable, y que todo ello esté certificado por un organismo regulador nacional competente; y en un informe publicado en agosto de 2014, considera además que hay suficiente evidencia para advertir sobre estos dispositivos y recomienda prohibir su uso en espacios públicos cerrados, su venta a los menores y cualquier tipo de reclamo o alegación sobre su utilidad para dejar de fumar.

¹⁵ Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas de Asturias (art. 4.1).

¹⁶ «Acción sanitaria y social para la prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencias», *op. cit.*, p. 345. Cabe reseñar en este ámbito el «Plan de Acción Europeo para reducir el Uso Perjudicial del Alcohol 2012-2020» de la Organización Mundial de la Salud de la Región Europea

¹⁷ La similitud con la Ley 20/1985 de Cataluña es evidente: La heroína, la cocaína, la «cannabis» y sus derivados, el ácido lisérgico y otras drogas de uso no integrado en la estructura social –art. 3.2–.

– Drogas institucionalizadas. El tabaco y las bebidas alcohólicas¹⁸.

1.3.2. *Drogodependencias y adicciones*

La Ley 4/1997 –art. 5.c)– define la drogodependencia como una «enfermedad crónica y recidivante que afecta al estado físico, psicológico y social del individuo, caracterizada por una tendencia compulsiva al consumo de drogas»¹⁹. Así, la Ley –art. 1– parte de la consideración de la drogodependencia como una enfermedad con repercusiones en las esferas biológica, psicológica y social del individuo, por lo que requiere la integración de las actuaciones de asistencia e integración social del drogodependiente en el Sistema Sanitario y de Servicios Sociales. Así, se dirá que la drogodependencia es una «enfermedad de carácter social» –art. 4–. En tal sentido, años después, la Estrategia Nacional 2009-2016, dirá que el cambio más significativo producido en la percepción social del fenómeno del consumo de drogas y de las drogodependencias en los últimos años reside en la concepción de las adicciones como una enfermedad más y, por tanto, en el reconocimiento de que los afectados por las mismas tienen derecho a la correspondiente atención sanitaria y social²⁰.

¹⁸ España, el alcohol es la droga legal más consumida y presenta una fuerte asociación con las conductas de ocio. Se ha señalado que, quizás, debería pensarse en mecanismos tendentes a su uso racional, teniendo en cuenta modelos como la Ley 25/2005 sobre tabaco, pues el debate social en torno a esta norma y, finalmente, la aprobación y aplicación de la misma ha generado un aumento de la percepción del riesgo, así como una disminución de su consumo. Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado sobre las perspectivas de futuro en el abordaje de las actuales y nuevas adicciones, BOCG, Sección CG, X Legislatura, 25 de marzo de 2014, p. 12.

¹⁹ «La adicción a las drogas no es una elección libre, sino el final de un camino que comienza con el uso libre de una droga y que en un porcentaje de personas vulnerables, por factores que todavía se investigan, conduce a la pérdida de control. En cuanto a la causa que la provoca, a grandes rasgos podría sintetizarse la existencia de dos posiciones. La que considera que la causa es biológica, siendo el resto de circunstancias factores que inciden en algunos aspectos relacionados con la misma. Y las que, sin negar la biología, otorgan un lugar decisivo a las demás circunstancias que rodean la enfermedad. En relación con la primera posición, se ha puesto de manifiesto ante la Ponencia que se está asistiendo en la actualidad a un cambio de paradigma, en el sentido de que se viene de un paradigma clásico, centrado en el objeto adictivo, a un paradigma nuevo centrado en la vulnerabilidad individual, lo que explica que sólo una minoría de los sujetos expuestos desarrollan conductas adictivas. No se trata de que las adicciones se produzcan por las sustancias, sino que hay sujetos que tienen una especial vulnerabilidad». Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado sobre las perspectivas de futuro en el abordaje de las actuales y nuevas adicciones, BOCG, Sección CG, X Legislatura, 25 de marzo de 2014, pp. 20 y 21.

²⁰ Pág. 77. Ya el Informe de 22 de noviembre de 1995 de la Comisión Mixta Congreso-Senado, expresó: «El horizonte básico de una adecuada política asistencial y re habilitadora ha de estar orientado a un cambio profundo en la representación social de las personas con problemas de drogodependencia, procurando, como única vía real de resocialización, desterrar la imagen marginal y criminógena de los drogodependientes. La solidaridad ha de prevalecer sobre la mitificación del problema». Pero, sobre todo, la Comisión Mixta Congreso-Senado, en el Informe de la Ponencia de 24 de mayo de 2011 sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro», señaló tajantemente que la idea de mayor calado expuesta a lo largo de las reuniones de trabajo fue justamente que «a pesar del estigma de la heroína, que pervive en la percepción social, la drogadicción es una enfermedad», y, en concreto, una enfermedad crónica y recidivante. BOCG, Sección CG, IX Legislatura, 31 de mayo de 2011.

La consideración del drogodependiente, ante todo, como un enfermo crónico plantea, además, la exigencia de *dignificación de su estatuto desde una perspectiva ética*, con los mismos derechos que los demás pacientes, incluido el respeto a su intimidad y autonomía personal²¹.

De otro lado, conviene resaltar que un número de pacientes presenta una «patología dual» (término acuñado en nuestro país por D. Miguel Casas), es decir, la concurrencia, simultánea o secuencial, a lo largo del ciclo vital, de una enfermedad adictiva y otro trastorno mental²². Es este uno de los mayores retos del sistema de las adicciones en nuestra Comunidad Autónoma (en realidad, en todo el país), pues requiere de la coordinación de dos redes asistenciales diferenciadas²³.

Por su parte, el II Plan Andaluz de Drogas incluyó el término adicción sin sustancia, para hacer referencia básicamente a los problemas generados por el juego de azar patológico, si bien posteriormente se han revelado otras adicciones sin sustancia, especialmente la adicción a las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. La impulsividad es el rasgo común a todas las adicciones²⁴.

Más aún, en la actualidad, se considera que el término «drogas» es obsoleto, y es una palabra estigmatizada y nos hace pensar únicamente en las adicciones ilegales con sustancias, concepto que actualmente está muy superado. Por el contrario, se considera que la palabra adicciones como «pérdida del poder de control de la conducta» es la palabra a utilizar en la actualidad, pues es la única con capacidad de aglutinar las adicciones con o sin sustancias tanto legales como ilegales (alcohol, tabaco, medicamentos hipnótico-sedantes, heroína, cocaína, anfetaminas, cannabis, ludopatía, ciber-póquer, móviles y otras nuevas tecnologías de la información y la comunicación, compras y sexo compulsivo, etc.), dando una visión más amplia y menos sesgada de la situación actual y de las estrategias a abordar en el futuro, siendo necesario generalizar oficialmente el término

²¹ Informe de 24 de mayo de 2011 de la Ponencia de la Comisión Mixta Congreso-Senado, sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro», p. 29.

²² En el citado Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado de 24 de mayo de 2011 sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro», se indica que entre el 60 y el 70% de los adictos a las drogas sufren ya hoy de patología dual.

²³ Se trata de una deficiencia puesta de manifiesto por el Defensor del Pueblo de Andalucía, Informe al Parlamento de 2011, BOPA 6 de junio de 2012, p. 469. Por su parte, el Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado, de 21 de marzo de 2014, sobre las perspectivas de futuro en el abordaje de las actuales y nuevas adicciones, habla de la necesaria integración de las redes existentes en la red única sanitaria. BOCG, Sección CG, X Legislatura, 25 de marzo de 2014, p. 21.

²⁴ La Ley 13/2011, de 27 mayo, impone a los operadores del juego la elaboración de un «plan de medidas» que incorpore las reglas básicas del juego responsable (art. 8.1, párrafo 3º). En tal sentido, en 2013 se aprobó la Estrategia de Juego Responsable de la Dirección General de Ordenación del Juego, adscrita al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas.

«adicciones» como palabra que construye la realidad del mundo anteriormente llamado de las «drogodependencias» y que incluiría las adicciones clásicas a las drogas, más las adicciones sin sustancias²⁵.

1.3.3. Titulares de derechos y principios

Según la Ley 4/1997 –art. 2–, tendrá derecho a la atención en los servicios públicos cualquier persona que se encuentre en el territorio de la Comunidad Autónoma. Por tanto, se incluyen a los extranjeros, aún sin residencia legal.

De otro lado, de acuerdo con el último informe de la Comisión Mixta Congreso-Senado, la política española sobre drogas y adicciones se sustenta en los principios de solidaridad; corresponsabilidad de los poderes públicos; responsabilidad pública en lo relativo a la disponibilidad y el acceso a prestaciones y servicios; universalidad; igualdad; equidad; integración de la perspectiva de género; multiculturalidad y atención específica a la vulnerabilidad; máxima proximidad al ciudadano; interdisciplinariedad en las intervenciones; atención personalizada; integral y continuada; y participación ciudadana²⁶.

2. ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y COMPETENCIAS

2.1. Administración del Estado

Aunque no es el objeto de este trabajo, parece oportuno introducir una breve referencia a la organización en la Administración del Estado, pues sirvió de referencia para la Administración autonómica²⁷. En concreto, el Real Decreto 1677/1985, de 11 de septiembre,

²⁵ Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado, de 24 de mayo de 2011, sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro». *BOCG*, Sección CG, IX Legislatura, 31 de mayo de 2011. De hecho, el Informe propuso que el Plan Nacional de Drogas pasara a llamarse Plan Nacional sobre Adicciones. Además, el informe insiste en la idea de diferenciar entre los conceptos de consumo de drogas y adicción a las drogas. El consumo suele ser circunstancial, pudiendo o no acompañar al sujeto que lo practica a lo largo de su vida. Por el contrario, las conductas adictivas son enfermedades crónicas recidivantes y evitables que constituyen un problema de salud pública.

²⁶ Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado, de 21 de marzo de 2014, sobre las perspectivas de futuro en el abordaje de las actuales y nuevas adicciones, *BOCG*, Sección CG, X Legislatura, 25 de marzo de 2014, p. 28.

²⁷ Las primeras referencias sobre la necesidad de realizar actuaciones estructuradas y coordinadas en materia de drogodependencias, aparecen en el Decreto 3032/1978 de 15 de diciembre sobre la creación de una Comisión Interministerial para el estudio de los problemas derivados del consumo de drogas. Como consecuencia de lo anterior, en el debate sobre el Estado de la Nación de 1983 el Gobierno informó de su intención de institucionalizar y centralizar en un sólo órgano la acción de coordinación política y administrativa de prevención de drogodependencias, para lo que elaboraría un «Plan Nacional».

de coordinación interministerial para la ejecución del Plan Nacional sobre Drogas para el período 1985-1999 (primer Plan Nacional) instituyó la figura del Delegado del Gobierno para dicho Plan y le atribuyó funciones encaminadas a instrumentar la coordinación de sus participantes. De este modo, la *Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas*, fue creada con el objetivo de instrumentar la coordinación del Grupo Interministerial encargado del diseño, implantación y ejecución del Plan. Mucho más tarde (2014) el Grupo Interministerial al que servía de apoyo la Delegación de la Gobierno, sería suprimido, pero permanece ésta. Los objetivos y funciones la Delegación del Gobierno se han ido adaptando a la evolución de las políticas de prevención y lucha contra las drogodependencias plasmadas en los sucesivos Planes y Estrategias aprobados desde 1985²⁸.

En 1993 se unen definitivamente el control de la oferta y la reducción de la demanda, al incorporarse éstas competencias últimas al Delegado del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. Así, entre sus funciones se encuentra la de fomentar, analizar, proponer y gestionar, en el ejercicio de sus competencias, programas de prevención, asistencia y reinserción en el ámbito de las drogodependencias, en coordinación con las distintas instituciones que participan en el PND²⁹. Asimismo, la Delegación del Gobierno para el PND, si bien desde su creación en 1985 dependió del Ministerio de Interior, desde el año 2004 depende del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Ahora bien, su rango inicialmente asimilado al de un Subsecretario³⁰, en la actualidad se ha relegado al de Director General³¹.

²⁸ Por Real Decreto 1885/1996, de 2 de agosto, la Delegación del Gobierno se le atribuyó la función de llevar el Registro General de Operadores de Sustancias Químicas Catalogadas y las demás que se atribuyen al Ministerio del Interior por la Ley 3/1996, de 10 de enero, así como la competencia para recibir, analizar y estudiar la información sobre tráfico de drogas y blanqueo de capitales relacionado con el mismo. Asimismo, como consecuencia de la aprobación de la Ley 36/1995 de 11 de diciembre, de creación de un Fondo procedente de los bienes decomisados por tráfico de drogas, se atribuyeron nuevas competencias de gestión del fondo. Finalmente, por Real Decreto 79/1997 se derogó el Real Decreto 1677/1985.

²⁹ Art. 7 Real Decreto 200/2012, de 23 de enero. Otras funciones son realizar y coordinar en el territorio español actividades de recogida y análisis de datos y de difusión de la información, tanto de carácter estadístico como epidemiológico, sobre el consumo de drogas y las toxicomanías, definiendo, a tales efectos, indicadores y criterios, actuando como Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías, sin perjuicio de las competencias que en sus respectivos ámbitos territoriales puedan ejercer las Comunidades Autónomas sobre la materia, de acuerdo con sus Estatutos. Promover sistemas de evaluación de programas de prevención, tratamiento, rehabilitación e integración social y aplicar estos sistemas a los programas y a las actividades financiadas con cargo al Plan Nacional sobre Drogas; elaborar y dirigir la encuesta estatal sobre el uso de drogas en la enseñanza secundaria y la encuesta domiciliaria sobre alcohol y drogas en España, así como recoger y elaborar la información de los indicadores que componen el Sistema Estatal de la información en drogodependencias.

³⁰ Todavía en el Real Decreto 1449/2000, de 28 de julio, de estructura básica del Ministerio de Interior, tenía asignado el rango de Secretaría General.

³¹ Art. 2 Real Decreto 200/2012, de 23 de enero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el cual determina su adscripción a la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

Además, para reforzar la coordinación se creó la figura de los *coordinadores departamentales del Plan Nacional sobre Drogas*, de tal modo que en todos los ministerios representados en el Consejo Español de Drogodependencias existe una persona designada como coordinadora departamental a efectos del Plan Nacional sobre Drogas³².

Asimismo, el mismo Plan Nacional de Drogas de 1985, creó dos órganos de cooperación de la Administración del Estado con las Comunidades Autónomas: de un lado, la *Conferencia Sectorial sobre Drogas*, integrada por miembros de los órganos de Gobierno del Estado y de las Comunidades Autónomas (Ministros y Consejeros) competentes en la materia; y, de otro lado, la *Comisión Interautonómica sobre Drogas*, presidida por el Delegado del Gobierno para el Plan Nacional de Drogas, y de la que forman parte los responsables directos de los planes autonómicos sobre Drogas en las Comunidades Autónomas, y que actúa como órgano delegado de la Conferencia. Así, la Comisión Interautonómica asume la preparación de los asuntos a someter a la Conferencia Sectorial y el estudio de todos aquellos que interesan al Plan constituyendo el foro técnico en el que se somete a debate aquellas cuestiones que atañen al desarrollo de las políticas sobre drogas y drogodependencias en España.

De otro lado, como estructuras vinculadas al PND, se creó el Observatorio Español sobre Drogas, al que correspondía las actividades de recogida y análisis de datos y de difusión de información sobre drogas³³, así como el llamado Grupo Interministerial para el PND, como órgano de coordinación³⁴. No obstante, en el marco del proceso de racionalización y simplificación general de la estructura organizativa del sector público estatal, ambos órganos fueron suprimidos en 2014 y, en cambio, se creó el *Consejo Español de Drogodependencias y otras Adicciones*, como órgano colegiado interministerial de consulta y asesoramiento, así como de participación (por parte de las administraciones públicas no estatales; de la Fiscalía General del Estado; y de los principales agentes sociales implicados) en las políticas o actuaciones de competencia estatal en los ámbitos de la prevención y/o la atención integral a las adicciones, que sean promovidas, llevadas a cabo o coordinadas por la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, al que

³² Real Decreto 1113/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen jurídico del Consejo Español de Drogodependencias y otras Adicciones (disposición final primera).

³³ El Observatorio Español sobre Drogas se creó mediante Real Decreto 783/1998, de 30 de abril, y por Orden del Ministerio del Interior, de 24 de noviembre de 1998, se regularon las funciones, composición y estructura del Consejo Asesor del Observatorio Español de la Droga y las Toxicomanías. Este órgano se creó a semejanza del Observatorio Europeo de la Droga y Toxicomanía, creado por el Reglamento (CEE) 3021/93, del Consejo, de 8 de diciembre de 1993, con el objetivo general de alcanzar una información objetiva, fiable y comparable a nivel europeo sobre el fenómeno de la droga y toxicomanía, así como sobre sus consecuencias (art. 1.2), para lo cual se creó la Red europea de información sobre droga y toxicomanía (artículo 5).

³⁴ El Grupo interministerial para el Plan Nacional sobre Drogas fue creado por Real Decreto 1677/1985, de 11 de septiembre, y por Real Decreto 1116/2006, de 2 de octubre, se determinó la última versión de su composición y estructura.

se adscribe³⁵. La Ley atribuye al Consejo el cumplimiento de la finalidad general de mejora de la calidad técnica en la definición y ejecución de las políticas y actuaciones estatales de control de la oferta y reducción de la demanda de drogas, así como de otras adicciones como la ludopatía, y de sus perjudiciales efectos en la vida de las personas y en la sociedad que se promuevan, coordinen o lleven a cabo por la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas. Por otra parte, en lo que respecta a la composición, la ley obliga a que la norma reglamentaria de desarrollo garantice la presencia de las distintas administraciones públicas con competencias en materia de control de la oferta y reducción de la demanda de drogas y de otras adicciones, de la Fiscalía General del Estado y de los principales agentes sociales implicados en la prevención y el tratamiento de los problemas relacionados con las drogodependencias y otras conductas adictivas³⁶.

Distinto del Consejo Español de Drogodependencias y otras Adicciones, es el *Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social*, creado en 1999, y regulado en la actualidad por el Real Decreto 235 /2005, de 4 de marzo, órgano colegiado, de naturaleza interinstitucional y de carácter consultivo, adscrito a la Administración General del Estado, a través del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, concebido como ámbito de encuentro, diálogo, participación y asesoramiento en las políticas públicas de servicios sociales. Así, este órgano tiene como finalidad primordial propiciar la participación y colaboración del movimiento asociativo en el desarrollo de las políticas de acción social enmarcadas en el ámbito de competencias atribuidas al Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales³⁷.

En otro plano, se creó la *Comisión Técnica de Valoración de Actuaciones sobre Drogas*, como órgano colegiado consultivo adscrito a la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, para el apoyo y asesoramiento técnicos a ésta en el ejercicio de las

³⁵ La Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del Sector Público y otras medidas de reforma administrativa –art. 20 y disposición adicional segunda–.

³⁶ En tal sentido, el Real Decreto 1113/2015, de 11 de diciembre, por el que se desarrolla el régimen jurídico del Consejo Español de Drogodependencias y otras Adicciones, contempla la representación mayoritaria, pero no exclusiva, de los ministerios y órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado, así como de los organismos y agencias que dependen de ésta, que tienen atribuidas en la actualidad competencias que afectan o pueden afectar más directamente al cumplimiento de los fines y funciones legales ya mencionados y que, por tal motivo, deben estar presentes en el Consejo. Y, junto a dicha representación estatal, se contempla, de acuerdo con lo previsto legalmente, la representación de las administraciones públicas autonómicas y locales, de la Fiscalía General del Estado, así como de los principales agentes sociales implicados en la prevención y atención integral de la problemática relativa a las drogodependencias y otras adicciones. En este último caso, se han incorporado representantes de la comunidad científica, de las entidades privadas sin ánimo de lucro más representativas de ámbito estatal y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas también de ámbito estatal.

³⁷ Para el cumplimiento de los fines señalados, el Consejo Estatal de Organizaciones no Gubernamentales de Acción Social tiene asignadas las funciones de asesoramiento y propuesta sobre cuantas medidas de política social pueden abordarse a favor de los grupos más vulnerables de nuestra sociedad, entre los cuales se mencionan expresamente el área de personas con problemas de drogodependencia.

competencias que le corresponden³⁸. Por su arte, el *Sistema Español de Alerta Temprana* fue creado por el Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías y Europol en colaboración con los Estados Miembros de la UE, en el marco de la Acción Conjunta de 16 de junio de 1997 relativa al intercambio de información, la evaluación de riesgos y el control de las nuevas drogas de síntesis.

Finalmente, por Ley 36/1995, de 11 de diciembre, se creó el *Fondo de bienes decomisados*, regulado por Ley 17/2003, de 29 de mayo³⁹. Este fondo de titularidad estatal se nutre con los bienes, efectos e instrumentos que sean objeto de decomiso, cuando se hayan utilizado o provengan de la ejecución de un delito de contrabando de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas catalogadas como precursores⁴⁰, y que por sentencia firme se adjudiquen al Estado, y del producto obtenido por la aplicación de la Ley 4/2009, de 15 de junio, de control de precursores de drogas. También forman parte de este Fondo las rentas e intereses procedentes de dichos bienes. Los recursos del Fondo se destinarán a programas de prevención de toxicomanías, asistencia de drogodependientes e inserción social y laboral de éstos, así como a la intensificación y mejora de las actuaciones de prevención, investigación, persecución y represión de los delitos a los que se refiere esta Ley, incluyendo los gastos necesarios para la obtención de pruebas, la adquisición de medios materiales para los órganos competentes en la represión de los mismos delitos y el reembolso de los gastos incurridos durante la investigación de estos delitos –art. 2 Ley 17/2003⁴¹. En tal sentido cabe mencionar la Mesa de Coordinación de Adjudicaciones, órgano colegiado al que corresponde adoptar las medidas necesarias para procurar el incremento de los ingresos del Fondo mediante la colaboración con los órganos judiciales y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y la mejora de la gestión de los bienes integrados en el mismo –art 6 Ley 17/2003⁴².

³⁸ Orden SCO/2036/2007, de 3 de julio, por la que se crea la Comisión Técnica de Valoración de Actuaciones sobre Drogas.

³⁹ Por Real Decreto 864/1997, de 6 de junio, se aprobó su Reglamento.

⁴⁰ Los precursores son sustancias químicas que se desvían de su curso legal y se utilizan para la elaboración de distintos tipos de drogas, de acuerdo con la Ley 4/2009, de 15 de junio, de control de precursores de drogas.

⁴¹ Pueden ser beneficiarios del Fondo, además de la propia Delegación del Gobierno para el PND, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales, las organizaciones no gubernamentales sin ánimo de lucro, de ámbito estatal, cuya labor se desarrolle total o parcialmente en materia de drogodependencias, así como los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado con competencias en materia de narcotráfico, entre otros –art. 3 Ley 17/2003–.

⁴² La Ley 17/2003 –art. 7– establece que «dentro del primer trimestre de cada ejercicio, se remitirá a las Cortes Generales un informe completo sobre la actividad del fondo en donde se recogerá tanto el detalle de las principales operaciones como los datos económicos más destacados que permitan conocer el alcance de sus actuaciones en relación con los fines legalmente atribuidos». A este respecto, los destinatarios del Fondo deben remitir una memoria sobre la realización de las actividades y un informe económico justificativo del gasto realizado. Sobre la gestión del Fondo es de interés el Informe de Fiscalización del Tribunal de Cuentas núm. 999 sobre la Delegación del Gobierno para el PND.

En otro plano, no puede dejarse, tampoco de lado la creación en 1990 de la Comisión Mixta en el Parlamento español, inaugurando, así un modelo democrático de participación política en el abordaje de la problemática de la droga, que ha dado como fruto diversos informes, abundantemente citados en este trabajo.

2.2. Administración Junta de Andalucía

2.2.1. Competencias de Administración de la Junta de Andalucía

De acuerdo con la Ley 4/1997 corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía desarrollará, en materia de drogodependencias, las funciones siguientes:

- *Planificación y coordinación de actuaciones.* Las funciones de planificación general de las actuaciones, la evaluación y las de coordinación de las funciones y servicios que en esta materia desarrollen las Administraciones Públicas andaluzas y las entidades públicas y privadas, sin perjuicio de las competencias que le corresponden en materia de sanidad, servicios sociales, consumo, educación y otras –art. 27.1–. La planificación se trata de modo específico más adelante.
- *Sistema de información.* Directamente vinculado a al competencia sobre planificación, corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía el establecimiento de un sistema centralizado de información y documentación sobre drogodependencias, que permita el seguimiento y la evaluación continua del consumo de drogas y de su problemática asociada, facilitando los programas de investigación sobre el tema, con las debidas garantías del derecho al anonimato sobre los datos que se registren –art. 27.2.b)–.
- *Funciones administrativas.* Corresponde también a la Administración de la Junta de Andalucía la autorización, acreditación, registro e inspección de centros, programas y servicios que, puestos en marcha por entidades públicas o privadas, desarrollen actividades y acciones de intervención en materia de consumo de drogas o problemática asociada al mismo –art. 27.2.a)⁴³. A estas funciones debe añadirse la competencia para la imposición de las sanciones previstas en la Ley –art. 40.1–, y, aun cuando no se explicita, la competencia para convocar y conceder subvenciones y ayudas públicas a entidades públicas o privadas, desarrollen actividades y acciones de intervención en materia de drogas.
- *Gestión de centros y programas.* Aunque la Ley no lo mencione, también corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía la gestión de recursos, centros y programas propios de atención socio-sanitaria y de incorporación social dirigidos a las personas con problemas de drogodependencias y adicciones.

⁴³ Decreto 87/1996, de 20 de febrero, y de la Orden de 28 de julio de 2000, conjunta de las Consejerías de la Presidencia y de Asuntos Sociales, por la que se regulan los requisitos materiales y funcionales de los servicios y centros de servicios sociales de Andalucía; Orden de 28 de agosto 2008, por la que se regula la acreditación de los centros de atención a personas con problemas de drogodependencias y adicciones sin sustancias. Asimismo, debe tenerse en cuenta que el Decreto 69/2008, de 26 febrero, por el que se establecen los procedimientos de las Autorizaciones Sanitarias y crea el Registro Andaluz de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios, califica como centros sanitarios a los centros de atención sanitaria a drogodependientes (Anexo I, C.2.5.90.2.).

2.2.2. Órganos de coordinación y gestión

El Decreto 72/1985, de 3 abril, asignó a la *Comisión Delegada de Bienestar Social* la función de dirigir al Comisionado para las Drogodependencias. Más asépticamente, la Ley 4/1997 –art. 27.3– dispuso que la Comisión delegada de Bienestar Social contará con un área específica para la planificación, coordinación y atención a las drogodependencias cuya composición se fijará reglamentariamente. Sin embargo, el Decreto 281/2010, de 4 de mayo, por el que se regula la composición y funciones de las Comisiones Delegadas del Gobierno, aun cuando contempla una *Comisión Delegada para la Igualdad, el Bienestar y la Inmigración*, no le asigna ya funciones específicas en materia de drogodependencias.

También en 1985, como consecuencia de la aprobación del I Plan Andaluz de Drogas, y a imagen y semejanza del Delegado del Gobierno de la Administración del Estado, por el citado Decreto 72/1985, de 3 abril, se creó la figura del *Comisionado para las Drogodependencias*, que sería recogida incluso en la Ley 4/1997 –art. 35.1– como órgano unipersonal de coordinación de las actuaciones que en materia de drogas se lleven a cabo en Andalucía y de gestión de los recursos destinados específicamente a este fin por la Administración de esta Comunidad Autónoma⁴⁴.

No obstante, lo cierto es que este órgano que, pasó a depender de la Consejería competente en asuntos sociales, acabó por asignársele un nivel orgánico de Director General⁴⁵, por lo que se trataba exclusivamente de una singularidad meramente nominal. Así, por Decreto del Consejo de Gobierno 205/2004, de 11 de mayo, fue reemplazado por una simple Dirección General para las Drogodependencias, dependiente de la Consejería para la Igualdad y Bienestar Social. Años antes, mediante Acuerdo de 23 de febrero de 1998, el Gobierno había creado la *Fundación Pública Andaluza para la Atención a las Drogodependencias*, que sería finalmente extinguida y sustituida en 2011, en el marco del proceso de reordenación del sector público andaluz, por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, a la cual le corresponden las funciones gestoras en la materia⁴⁶. De este modo, las competencias en materia de drogodependencias se reparten entre la Consejería

⁴⁴ El Comisionado para la actuación frente a la drogodependencia se adscribió inicialmente a la Consejería de Gobernación, pero en ejecución de las directrices de la Comisión Delegada de Bienestar Social, de modo que parecía presentar una cierta dependencia funcional de la Comisión delegada. Y dependiente del Comisionado como órgano de apoyo al mismo, se constituyó una Comisión Técnica integrada por los ocho directores de los Centros Provinciales de Toxicomanías.

⁴⁵ Decreto 112/1985, de 5 de junio, por el que se asigna rango de Director General al Comisionado para la Droga (BOJA nº 64, de 21 de junio).

⁴⁶ La Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, ordenó su extinción y la subrogación de la fundación por la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía (art. 19). Lo cierto es que la Fundación Andaluza de Atención a las Drogodependencias realizaba acuerdos y convenios con federaciones y asociaciones para el mantenimiento de distintos programas, mediante los cuales la fundación transfería fondos al movimiento asociativo procedentes de los presupuestos pertenecientes a la Administración de la Junta de Andalucía, y que la fundación percibía como subvención específica por la Ley de Presupuesto para

de Igualdad y Políticas Sociales⁴⁷ y la *Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía*⁴⁸.

Por su parte, el III Plan Andaluz de Drogas y Adicciones (2016-2021) prevé la creación de una *Comisión Regional de Drogodependencias y Adicciones* integrada por la Secretaría General de Servicios Sociales de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía y las Comisiones Técnicas provinciales⁴⁹.

De otro lado, el Real Decreto 1911/1999, de 17 de diciembre, por el que se aprobó la Estrategia Nacional sobre Drogas para el período 2000-2008, contempló, en el objetivo segundo del Área de Evaluación y Sistemas de Información, la necesidad de que cada Plan Autonómico dispusiera de un Observatorio propio antes del año 2003⁵⁰. En tal sentido, el II

el desarrollo de programas que, en principio, ella misma debe ejecutar, y que se delegaban a las asociaciones, sin estar sometidas de esta forma a lo dispuesto el Derecho público.

⁴⁷ De acuerdo con el Decreto 209/2015, de 14 julio, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, corresponden a este departamento las competencias sobre desarrollo y coordinación de las políticas activas en materia de prevención, asistencia y reinserción social de las personas en situación de drogodependencias y adicciones (art. 1.d.6º). Más específicamente, corresponden a la Secretaría General de Servicios Sociales, entre otras, las funciones siguientes: h) La coordinación de las actuaciones que en materia de atención a las drogodependencias se lleven a cabo en Andalucía. i) La elaboración y dirección del Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones. j) La coordinación técnica de las actuaciones de las distintas instituciones implicadas y el desarrollo de programas específicos de prevención, asistencia y reinserción social en el ámbito de las drogodependencias y adicciones. k) La autorización de centros de atención a drogodependientes (art. 7.1).

⁴⁸ El Decreto 101/2011, de 19 de abril, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, entre los fines generales de la Agencia, asigna: La atención a las drogodependencias y adicciones; y la incorporación social para la atención a colectivos excluidos o en riesgo de exclusión social (art. 7.c). En consecuencia, la Agencia desarrollará las siguientes competencias, funciones y actuaciones para la atención a las drogodependencias y adicciones; y la incorporación social para la atención a colectivos excluidos o en riesgo de exclusión social, mediante su colaboración y asistencia técnica en: a) La gestión de recursos, centros y programas de atención socio-sanitaria y de incorporación social dirigidos a las personas con problemas de drogodependencias y adicciones. b) La gestión de programas dirigidos a personas, grupos y colectivos excluidos socialmente para favorecer su incorporación social. c) Las actividades que tengan por objeto mejorar la calidad de vida de las personas afectadas por las drogodependencias y adicciones (art. 9.1.4).

⁴⁹ Presidida por la persona titular de la Secretaría General de Servicios Sociales de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, la Comisión estará compuesta por la Subdirección General de Drogodependencias y Adicciones de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, la Subdirección de Drogodependencias de la Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, los Jefes y las Jefas de Servicio de la Secretaría General de Servicios Sociales de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía con competencias en esta materia y los Directores y las Directoras de los Centros Provinciales de Drogodependencias. La Comisión podrá ampliarse a los Jefes y las Jefas de Servicio de las Delegaciones Territoriales de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía y a otras personas cuando así lo estime la presidencia de la misma.

⁵⁰ El origen último se encuentra en el Consejo Europeo reunido en Dublín en junio de 1990 que ratificó el documento «Orientaciones para un plan europeo de lucha contra la droga», y que en su reunión de Luxemburgo en junio de 1991 aprobó el principio de creación de un *Observatorio Europeo de las Drogas* como respuesta en el ámbito de la Unión Europea a la necesidad de contar con la suficiente información sobre la droga y la toxicomanía

Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, aprobado mediante Decreto 209/2002, recogió entre sus objetivos la necesidad de crear el *Observatorio Andaluz sobre Drogas y Adicciones* como un instrumento de información, formación e investigación de dicho Plan, y en tal sentido se aprobó el Decreto 294/2002, de 3 diciembre, por el que se crea y regula el Observatorio andaluz sobre drogas y adicciones⁵¹.

Técnicamente, el Observatorio Andaluz sobre Drogas y Adicciones se crea como órgano colegiado de carácter consultivo y de investigación, al objeto de asesorar y formular propuestas, a la Junta de Andalucía, de modo interdisciplinar, en materias técnicas relacionadas CON el fenómeno de las drogas y el problema generado por las drogodependencias y otros trastornos adictivos en la Comunidad Autónoma de Andalucía –art. 1.1.⁵². Y, además, de los miembros que lo integran en representación principalmente de la Administración de la Junta de Andalucía, está asistido por un Comité Científico integrado por profesionales y personalidades relevantes en disciplinas relativas a las drogodependencias –art. 5.⁵³.

Por su parte, el III Plan Andaluz de Drogas y Adicciones (2016-2021) considera que el Observatorio deberá incorporar a su labor la coordinación e impulso de la actividad investigadora y formativa, con el objetivo de mejorar la información científica disponible, promover la divulgación de los resultados obtenidos a través de los proyectos de investigación que se desarrollen en Andalucía y favorecer la promoción y gestión del conocimiento

en una visión de conjunto a difundir entre los Estados miembros. Así el Observatorio Europeo de la Droga y las Toxicomanías fue aprobado por el Reglamento 302/93 del Consejo, de 8 de febrero.

⁵¹ En su día el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», formuló alguna duda sobre este órgano: «se vuelve a crear un órgano más de participación institucional que un órgano técnico de estudio y de conocimiento de la realidad». BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 26.999 y ss.

⁵² El Observatorio Andaluz sobre Drogas y Adicciones tiene encomendadas, entre otras las siguientes funciones: a) Coordinar un sistema de información que permita evaluar la situación del consumo de drogas y sus efectos asociados en un momento determinado, así como su evolución y tendencia futura. b) Analizar periódicamente la situación epidemiológica del consumo de drogas en la Comunidad Autónoma Andaluza. c) Realizar propuestas en el ámbito de las drogas y adicciones que, en base a los estudios y evaluaciones realizadas, favorezcan la toma de decisiones sobre las políticas que pueden desarrollarse. d) Asesorar en las acciones a adoptar en cualquiera de los ámbitos competenciales de la Junta de Andalucía para disminuir la prevalencia de las patologías adictivas e incrementar la calidad de la asistencia a las mismas. e) Desarrollar estudios e investigaciones sobre aspectos relevantes relacionados con las drogas y las adicciones, tendentes a obtener un mejor conocimiento de la realidad social de estos problemas en Andalucía. h) Elaborar un informe anual que recoja los datos más relevantes sobre las Drogas y Adicciones en Andalucía.

⁵³ El Observatorio Andaluz sobre Drogas y Adicciones emitió su primer informe sobre la situación de las drogas en Andalucía en el año 2005, recogiendo en él la evolución epidemiológica del consumo de drogas y las admisiones a tratamiento por este consumo desde 1987, así como otros indicadores sobre consumo problemático, asistenciales y de incorporación social. Posteriormente ha publicado informes específicos sobre el Indicador Admisiones a Tratamiento (2006, 2007 y 2008), Indicador Urgencias Hospitalarias (2006, 2007 y 2008), Informe Mortalidad (2004 y 2005), la encuesta poblacional 'Los Andaluces ante las Drogas' (2005) y «La Población Andaluza ante las Drogas» (2007), «La encuesta escolar sobre uso de drogas en Andalucía» (2006).

generado a toda la ciudadanía y a la comunidad científica y profesional, debiendo dotarse para ello de la estructura necesaria para su adecuado desarrollo⁵⁴.

Asimismo, el II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, aprobado mediante Decreto 209/2002, contempló las *Comisiones Provinciales de Drogodependencias* como órganos de coordinación provincial de las actuaciones de las Administraciones autonómicas y locales en materia de drogas. Estas Comisiones se integran en las Delegaciones Provinciales de la Consejería competente en materia de drogodependencias, y están compuestas, además de por representantes de las Administración autonómica, por representantes de la Diputación Provincial y de los Ayuntamientos de más de 20.000 habitantes y otras Entidades Locales supramunicipales (mancomunidades) gestionen en materia de drogodependencias. Sus funciones principales consisten en formular las bases del Plan provincial sobre drogodependencias, incentivar y potenciar la creación de Planes Municipales de drogodependencias, especialmente en municipios de más de 20.000 habitantes, y fomentarán el asociacionismo municipal a tales efectos. La composición y funcionamiento de las Comisiones Provinciales de Drogodependencias se encuentra regulada por Decreto 301/2003, de 21 de octubre⁵⁵.

Además, el III Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones (2016-2017) contempla la creación de *Comisiones Técnicas Provinciales*, como órganos para la coordinación de recursos y programas de drogodependencias y adicciones por áreas de intervención. Presididas por la dirección del Centro Provincial de Drogodependencias, que coordinarán las actuaciones que se acuerden junto con los Jefes y las Jefas de Servicio de las Delegaciones Territoriales de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía en el ámbito de sus competencias. En concreto, se crearán cuatro Comisiones Técnicas por provincia, tantas como Áreas de intervención del III PASDA: Prevención, Incorporación Social, Atención Sociosanitaria y Gestión del Conocimiento.

2.3. Administraciones Locales

La Ley 4/1997 dispuso que las Diputaciones Provinciales y los Ayuntamientos ejercerán sus competencias en esta materia, tanto propias como delegadas, en el marco de lo

⁵⁴ El III Plan Andaluz asigna, además, al Observatorio Andaluz sobre Drogas y Adicciones la función de coordinación del proceso de evaluación del propio III Plan, garantizando el registro de toda la información necesaria para la evaluación del III Plan y articulando la intervención de las diversas partes implicadas en el proceso de evaluación.

⁵⁵ La Comisión Provincial de Drogodependencias podrá determinar la constitución y composición, con carácter indefinido o temporal de Grupos Técnicos de seguimiento que asumirán el estudio y análisis de temas concretos encomendados por aquélla. Los Grupos Técnicos de seguimiento serán presididos por el Director del Centro Provincial de Drogodependencias, pudiendo asistir a sus reuniones los expertos que el Presidente de la Comisión Provincial de Drogodependencias estime conveniente convocar para que asesoren sobre las materias objeto de estudio –art. 6 Decreto 301/2003, de 21 de octubre–. Desde el último trimestre del año 2004 y hasta finales del año 2005 se habían constituido las Comisiones Provinciales de Drogodependencias de Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Jaén y Sevilla. Por su parte, la Comisión Provincial de Drogodependencias de Málaga quedó constituida en febrero de 2006 (Memoria de gestión de 2006).

previsto en la presente Ley –art. 28.1–. Específicamente, en relación con los Ayuntamientos, estableció que, de acuerdo con los criterios y directrices del Plan Andaluz sobre Drogas, podrán llevar a cabo actuaciones de información, prevención e integración social –art. 28.2–. Por tanto, se excluyen las actuaciones de tratamiento a drogodependientes, que por su naturaleza sanitaria se consideran de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma.

Sin embargo, de un modo incoherente, la Ley 4/1997 añade que la Administración de la Junta de Andalucía podrá establecer con las Corporaciones Locales las adecuadas relaciones de colaboración, en orden a la prestación de servicios de carácter preventivo, *asistencial* y de reinserción social, sin perjuicio de las competencias que les sean propias –art. 30–. Asimismo, la Ley prevé que los Ayuntamientos que pongan en marcha actuaciones en materia de drogas podrán recibir financiación de la Junta de Andalucía –art. 28.4–.

Y en tal sentido, el II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones estableció como objetivo general de sus programas asistenciales y de incorporación social el aumento de la cobertura y de la calidad de la atención socio-sanitaria a las personas drogodependientes, para lo cual la Administración de la Junta de Andalucía ha venido convocando subvenciones a las entidades locales para el desarrollo de programas y el mantenimiento, construcción, reforma y equipamiento de centro de atención a las drogodependencias⁵⁶.

Por su parte, la Estrategia Nacional sobre Drogas para el periodo 2000-2008 asignó a los municipios las siguientes funciones: desarrollo de políticas específicas de prevención en materia de drogodependencias, fundamentalmente en el ámbito comunitario; procurar la integración social de los usuarios de drogas en base al desarrollo de planes de formación profesional y empleo; elaboración y puesta en marcha de medidas de limitación de la oferta y disponibilidad, fundamentalmente de drogas legales; ejecución de la función inspectora y de la potestad sancionadora, así como la cooperación de la policía local; coordinación de las intervenciones en materia de drogas a nivel local⁵⁷.

⁵⁶ Así, primero se dictó la Orden de 22 de abril de 2002, por la que se regulan y convocan subvenciones a las entidades locales para el desarrollo de programas, y el mantenimiento, construcción, reforma y equipamiento de centros de atención a las drogodependencias. A este Orden siguió la Orden de 21 de julio 2005, por la que se regulan y convocan subvenciones a las entidades locales para el desarrollo de programas y el mantenimiento, construcción, reforma y equipamiento de centro de atención a las drogodependencias (modificada por Orden de 12 de julio de 2007), establece que su objeto es la convocatoria de subvenciones a las Diputaciones Provinciales, Ayuntamientos y sus organismos autónomos y las Mancomunidades de municipios pertenecientes al ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el mantenimiento, construcción, reforma y equipamiento de Centros de atención a las drogodependencias y para el desarrollo de *programas de prevención, asistenciales y de incorporación social* en esta materia. Como es lógico, la Orden establece que las actuaciones a subvencionar deberán adecuarse a los objetivos y estrategias del II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones.

⁵⁷ En su día, el Informe de 22 de noviembre de 1995 de la Comisión Mixta Congreso-Senado, para el estudio del problema de la droga, expresó que la participación de las Corporaciones Locales es muy desigual y, en muchos casos, insuficiente. La Comisión consideró entonces conveniente la implicación activa de los municipios en el marco de los planes autonómicos sobre drogodependencia. Pero doce años después se volvió a señalar: «Las

En este sentido, desde la Administración de la Junta de Andalucía se ha impulsado también el programa «Ciudades sin Drogas», dirigido a establecer políticas de promoción de la salud, desarrollando aptitudes y recursos individuales que permitan a los ciudadanos unas condiciones de vida saludable, a desarrollar por las Corporaciones Locales⁵⁸.

Por su parte, respecto a las Diputaciones Provinciales, según la Ley 4/1997 –art. 28.3–, los Ayuntamientos de menos de 20.000 habitantes recibirán el apoyo técnico y económico de las Diputaciones provinciales, de este modo la Ley 4/1995 se ajustó a los parámetros generales de cooperación previstos en la entonces vigente Ley 11/1987 de relaciones entre la Junta de Andalucía y las Diputaciones Provinciales. En tal sentido, las Diputaciones suscribieron convenios con diversos Ayuntamientos al objeto de mantener, entre otros, servicios ambulatorios en sus respectivas localidades.

Pero además de esta función de cooperación a los Ayuntamientos, lo cierto es que las Diputaciones andaluzas han sido claves para la implantación de la red asistencial de atención a las personas con drogodependencias. Así, cabe recordar que mediante Decreto 73/1985, de 3 de abril se crearon los Patronatos Provinciales para la Droga y los Centros Provinciales de Toxicomanías, los cuales se sustentaron mediante Convenios con las Diputaciones Provinciales.

De otro lado, la reforma de la Ley 4/1997, operada por la Ley 1/2001, de 3 de mayo, contempló expresamente la posibilidad de que el Gobierno de la Junta de Andalucía delegue en los órganos de las Corporaciones Locales la competencia para sancionar en esta materia, en los términos que reglamentariamente se establezcan –art. 40.2–. Posibilidad de la se hizo uso mediante el Decreto 167/2002, de 4 junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 4/1997, de 9 de julio⁵⁹. Y el III Plan Andaluz contempla

Corporaciones locales como entidad más cercana al ciudadano deben tener un papel relevante sobre todo en el diseño de las políticas y estrategias de prevención». Si bien se añadía que para ello es necesario que cuente con los recursos adecuados que le permitan llevar a cabo labores de prevención y de intervención temprana. Acuerdo de 28 de marzo de 2007 de la Comisión Mixta Congreso-Senado para el Estudio del Problema de las Drogas por el que se aprueba, con modificaciones, el Informe de la Ponencia para el estudio de los efectos nocivos de las drogas en la salud de los jóvenes y, muy especialmente, de sustancias como el cannabis, la cocaína y las drogas de diseño. BOCG, Sección CG, VIII Legislatura, 30 de abril de 2007.

⁵⁸ Orden de 5 de julio de 1999 por la que se regulan y convocan ayudas públicas en materia de prevención de drogodependencias, dirigidas a Ayuntamientos y Mancomunidades de Municipios, para el desarrollo del Programa «Ciudades sin Drogas», sustituida por una posterior Orden de 1 de febrero de 2006, por la que se regulan y convocan subvenciones en el ámbito de la Consejería. De acuerdo con la Memoria de Gestión de 2006 del II Plan Andaluz habían participado 388 municipios en este Programa, y, sobre todo, el porcentaje de población que residía en municipios con programa, en 2006 se situaba en el 86,17% (pág. 21 de la Memoria).

⁵⁹ El art. 3.1 del Decreto 167/2002, de 4 junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 4/1997, de 9 de julio, dispone lo siguiente: «De acuerdo con el artículo 40.2 de la Ley 4/1997, de 4 de julio, se delega en los Ayuntamientos la competencia para la iniciación, instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores por las infracciones leves y graves tipificadas en dicha Ley, que se cometan dentro de su término municipal, así como la revisión de los actos dictados en esos procedimientos. Quedan exceptuadas de esta

como objetivo promover el incremento del número de Ayuntamientos Andaluces que establezcan Convenio de Colaboración en materia normativa sancionadora.

3. PLANIFICACIÓN

3.1. Los Planes Nacionales sobre Drogas

Hasta la fecha se han aprobado tres Planes Nacionales sobre Drogas:

- *Plan Nacional sobre Drogas para el periodo 1985-1999*. Como ya se señaló la principal plasmación del primer Plan Nacional sobre Drogas fue la aprobación del Real Decreto 1677/1985, de 11 de septiembre (derogado por el Real Decreto 79/1997) de creación de la Delegación del Gobierno para el PND, como órgano unipersonal, con las competencias de desarrollo de los Acuerdos del Grupo Interministerial. En este primer Plan las prioridades eran compensar una red abundante en centros de internamientos no acreditados y carentes de dispositivos ambulatorios y hospitalarios⁶⁰. Tras un informe de 22 de noviembre de 1995 de la Comisión Mixta Congreso-Senado para el Estudio de las Drogas, aprobado por unanimidad por todos los grupos políticos, el Gobierno aprobó en 1997 un Plan de Medidas dirigidas a implementar las propuestas del informe.
- *Estrategia Nacional sobre Drogas para el periodo 2000-2008*. Aprobada por Real Decreto 1911/1999, de 17 de diciembre, en colaboración con los órganos de la Administración Central, todas las Comunidades Autónomas y las ONGs del sector, con la finalidad de adecuarse a la evolución de las drogodependencias y a los compromisos internacionales adquiridos por España en la lucha contra la drogadicción. Tiene origen en la declaración de principios rectores, metas y objetivos plurianual aprobada en la vigésima Sesión Extraordinaria de la Asamblea General de Naciones Unidas, celebrada en junio 1999 en Nueva York con masiva presencia de Jefes de Estado y de Gobierno (reflejo de la importancia que el fenómeno de las drogas seguía significando a nivel mundial). En dicha declaración se mandataba a todos los Estados la elaboración de estrategias sobre drogas que constituyeran los elementos operativos para la consecución de los objetivos propuestos⁶¹. Asimismo, se tuvieron en cuenta los trabajos que la Unión Europea venía desarrollando al objeto de aprobar

delegación aquellas infracciones cuya comisión tenga lugar en las dependencias o Centros de la Administración de la Junta de Andalucía». Ahora bien, como era preceptivo de acuerdo con la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local en aquel momento –art. 27–, el Decreto 167/2002 dispuso que para la efectividad de las competencias delegadas, la Administración de la Junta de Andalucía suscribirá con los Ayuntamientos los Convenios correspondientes, en los que se establecerán los medios necesarios para la financiación de las competencias delegadas. En tal sentido, hacia 2006 un total de 93 Ayuntamientos tenían suscrito Convenio en esta materia (Memoria de gestión de 2006).

⁶⁰ Informe de 12 de junio de 1991, de la Comisión Mixta Congreso-Senado para el estudio del problema de la droga. Boletín Oficial de las Cortes Generales (número 9, Serie A, de 17 de junio de 1991).

⁶¹ En concreto, el objetivo primero de dicha declaración recogía la necesidad de desarrollar y aplicar para el 2003 estrategias nacionales que incorporen plenamente los principios rectores en la declaración referidos a la reducción de la demanda y, en su objetivo segundo, lograr al más alto nivel político en cada país, un compromiso a largo

en el Consejo Europeo de Helsinki los días 10 y 11 de diciembre de 1999 la Estrategia de la Unión Europea sobre Drogas (2000-2004), continuación del Plan de Acción de Drogas (1995-1999) aprobado en Cannes en junio de 1995. Posteriormente en el año 2005, el Ministerio de Sanidad y Consumo puso en marcha un Plan de Acción sobre Drogas hasta 2008, basado en la evaluación del primer cuatrienio de la Estrategia.

- *Estrategia Nacional sobre Drogas para el periodo 2009-2016*. En el marco de la Estrategia Europea sobre Drogas 2005-2012, aprobada por el Consejo Europeo en diciembre de 2004, por Acuerdo de Consejo de Ministros de 23 de enero de 2009, se aprueba con el propósito de impulsar y desarrollar los aspectos positivos de la anterior Estrategia y corregir sus limitaciones⁶². En desarrollo de la misma se previó la elaboración de dos Planes cuatrienales de Acción sobre Drogas (2009-2012 y 2013-2016), en los que habrían de definirse las actuaciones específicas a desarrollar⁶³. En concreto, el Plan de Acción para el periodo 2009-2012, aprobado el 14 de octubre de 2009, perseguía la coordinación y cooperación en el marco del Estado, la reducción de la demanda y de la oferta de drogas, la mejora del conocimiento científico y la formación para los profesionales del ámbito de las drogodependencias. Por su parte, la Unión Europea cuenta con una Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga para el período 2013-2020.

3.2. El Plan Andalúz sobre Drogas

El mismo año que el primer Plan Nacional de Drogas, en 1985, se aprobó el Plan Andalúz sobre Drogas, el cual sería consagrado por la Ley 4/1997 –art. 29–. Mediante Decreto

plazo para la aplicación de una estrategia nacional de reducción de la demanda y establecer un mecanismo para asegurar la más absoluta coordinación y participación de las autoridades y sectores pertinentes de la sociedad.

⁶² Resolución de 2 de febrero de 2009, de la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas, por la que se publica el Acuerdo de Consejo de Ministros por el que se aprueba la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016, BOE 13 febrero 2009.

⁶³ La Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016 se sustentó en los principios rectores siguientes: a) *La consideración de la evidencia científica*. En función de la misma y de los criterios objetivos de efectividad y eficiencia se definirán, priorizarán y desarrollarán las intervenciones. b) *La participación social*. Mediante la sensibilización y concienciación de la sociedad en su conjunto, a fin de que se involucre de forma directa en este tema. Se prestará una especial atención a la identificación, motivación e implicación activa de los grupos poblacionales que se hallan en situaciones de mayor vulnerabilidad. c) *La intersectorialidad*. Ofrece un enfoque y un abordaje multifactorial, intersectorial y multidisciplinar, y aspira a una optimización de esfuerzos y recursos mediante la coordinación y cooperación de los distintos agentes. d) *La integralidad*. Comprende tanto el objeto de la Estrategia, que contempla las drogas legales e ilegales, como el ámbito de las intervenciones, que incluye la reducción de la demanda y el control de la oferta. e) *La equidad*. Garantiza la igualdad efectiva de todos los ciudadanos en el acceso a los diferentes programas y servicios, contemplando la resolución o reducción de las desigualdades que afectan a las personas. f) *El enfoque de género*. Asume la responsabilidad de incorporar esta perspectiva en todos los objetivos señalados en la Estrategia, y de hacer posible su efectividad en las acciones desarrolladas para conseguirlos mismos. El problema es que esta Estrategia se formuló en el período inmediatamente anterior a la crisis económica, que supuso un drástico recorte en las aportaciones de todos los agentes públicos.

209/2002, de 23 julio, se aprobó el II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, el cual debía extender su vigencia hasta el 2007⁶⁴. Asimismo, por Orden de 18 de noviembre 2009 se creó el Comité Director para el impulso y de coordinación de la elaboración del III Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones 2010-2016. Sin embargo, este III Plan no ha llegado a aprobarse hasta justamente en 2016, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de 19 de abril de 2016, lo cual ha exigido la prórroga del II Plan. Este III Plan se aprueba con vigencia de 2016 a 2021, y crea una Comisión Regional de Drogodependencias y Adicciones presidida por la persona titular de la Secretaría General de Servicios Sociales de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales de la Junta de Andalucía, con las funciones de coordinación, evaluación y seguimiento de los diferentes recursos y programas del Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones.

En cuanto a su elaboración, la Ley 4/1997 especifica que los poderes públicos promoverán la participación de las asociaciones y federaciones de drogodependencias, y otras organizaciones no gubernamentales, en la planificación y evaluación de los diferentes ámbitos territoriales del Plan Andaluz sobre Drogas –art. 31.5–. Además, corresponde al Consejo Asesor sobre drogodependencia conocer, con carácter previo a su aprobación, el Plan Andaluz sobre Drogas e informar el mismo –art. 31.2.a)–. Asimismo, aun cuando la Ley 4/1997 no lo mencione, en aplicación de la legislación de régimen local, las entidades locales deben poder participar en la elaboración de los planes empujados por la Administración autonómica como instrumentos de coordinación, como sucede justamente con el Plan Andaluz sobre Drogas –art. 58.2 Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local⁶⁵. En todo caso, corresponde al Consejo de Gobierno la aprobación del Plan Andaluz sobre Drogas (no se especifica que la aprobación sea mediante Decreto). Del contenido del plan y sus evaluaciones se elevará una memoria anual al Parlamento de Andalucía –art. 29.2–.

Respecto a su contenido, el Plan se contendrán todas las actuaciones preventivas, de atención e incorporación social a desarrollar de forma coordinada por las distintas Administraciones Públicas Andaluzas y por las entidades colaboradoras. Por las especiales características de los problemas relacionados con el mal uso de las bebidas alcohólicas y el grado de incidencia de esta problemática concreta, el Plan Andaluz sobre Drogas incluirá medidas específicas sobre el alcohol –art. 29.1 Ley–.

En cuanto a su financiación, la Ley 4/1997 dispone que las cantidades recaudadas por las Administraciones competentes como resultado del régimen sancionador que se establece

⁶⁴ Sobre la base de los estudios del Observatorio Andaluz sobre Drogas y Adicciones se confeccionó el Informe de Situación tras el II Plan Andaluz Sobre Drogas y Adicciones (2002-2007), en el cual se indicaba que el alcohol y el tabaco eran los consumos más extendidos. Entre las sustancias de curso ilegal, el cannabis era con diferencia la más consumida, seguida a distancia por la cocaína en polvo. Las prevalencias de consumo eran más elevadas entre los hombres que entre las mujeres para todas las sustancias.

⁶⁵ Esta participación de las entidades locales se prevé expresamente en algunas leyes autonómicas, como la Ley 20/1985 de Cataluña –art. 34.2–.

en la presente Ley serán aplicadas al presupuesto del Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones en el municipio –art. 39.6–. Otra cosa es la cuantía exigua que supone esta medida.

En relación con sus efectos, la Ley declara expresamente que el Plan Andaluz sobre Drogas será vinculante para todas las Administraciones Públicas y entidades privadas e instituciones que desarrollen actuaciones en materia de drogas –art. 29.3–. En tal sentido, la Ley 4/1997 –art. 33.3– condiciona la integración de centros de titularidad privada, y los de titularidad pública distinta de la Junta de Andalucía, en la red pública de atención a las drogodependencias, «siempre que se adecuen a los objetivos y a la programación establecidos por la Junta de Andalucía». Y, como nos consta, la Ley prevé que los Ayuntamientos podrán llevar a cabo actuaciones de información, prevención e integración social «de acuerdo con los criterios y directrices del Plan Andaluz sobre Drogas» –art. 28.2–.

3.3. Planes locales sobre drogas

Ya la Estrategia Nacional sobre Drogas para el periodo 2000-2008 se propuso como objetivo que en el año 2003, el 50% de todos los Municipios españoles de más de 20.000 habitantes contaran con un Plan Municipal sobre Drogas, elaborado en coordinación y de conformidad con los criterios y directrices del Plan Autonómico de Drogas⁶⁶. Asimismo, debe recordarse que las Comisiones Provinciales de Drogodependencias, contempladas en el II Plan Andaluz y reguladas por Decreto 301/2003, de 21 de octubre, tienen entre sus funciones, de acuerdo con la Estrategia Nacional, incentivar y potenciar la creación de Planes Municipales de drogodependencias, especialmente en municipios de más de 20.000 habitantes⁶⁷.

4. PARTICIPACIÓN E INICIATIVA SOCIAL

4.1. Participación

La Ley 4/1997 –art. 31.1– creó el *Consejo Asesor sobre Drogodependencias*, como órgano de carácter consultivo y de participación social en materia de drogodependencias, en el que estarán representadas las Administraciones Públicas andaluzas, las asociaciones

⁶⁶ Estrategia Nacional sobre Drogas para el periodo 2000-2008, p. 84. En el año 2008, el porcentaje de Municipios al que se refiere el objetivo debía ser del 100%. Por su parte, en la evaluación de la estrategia en 2003 se indicó que de los 334 municipios que, según los datos del INE superaban una población de 20.000 habitantes, sólo un centenar habían aprobado planes municipales de drogas (pág. 46). Por su parte, en el documento de evaluación final de la Estrategia 2000-2008 (p. 31) se dirá que en los municipios mayores (de más de 20.000 habitantes) se supera el objetivo del 50% planteado en la Estrategia Nacional sobre Drogas, cuando lo cierto es que ese objetivo era para 2003.

⁶⁷ En este sentido, el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía", señaló que la existencia de un Plan Municipal de drogas debe ser un requisito para acceder a las subvenciones en materia de drogas, tanto para la realización de convenios como para recibir ayudas para el programa «Ciudades ante las Drogas». BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27035.

de drogodependencias a través de sus federaciones más representativas, así como otras organizaciones no gubernamentales y la iniciativa social⁶⁸.

El Consejo Asesor sobre drogodependencia tendrá las siguientes funciones: a) Conocer, con carácter previo a su aprobación, el Plan Andaluz sobre Drogas e informar el mismo; b) Conocer e informar el presupuesto de gastos y la memoria anual del Plan Andaluz sobre Drogas; c) Solicitar de los órganos o entidades competentes expertos en la materia los informes que se estimen necesarios; d) Valorar las necesidades generadas por el problema de las drogas en Andalucía; e) Ser consultado previamente a la concesión de ayudas económicas destinadas al movimiento asociativo; f) Proponer para ser declarados de interés para la Comunidad Autónoma a aquellas entidades que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 33.2 de la presente Ley; g) Cualesquiera otras que, en el marco de sus competencias, se le atribuyan reglamentariamente para el adecuado cumplimiento de sus fines⁶⁹.

Al objeto de conseguir mayor operatividad, el Consejo Asesor funcionará en Pleno y en Comisión Ejecutiva. La organización y composición del Consejo Asesor sobre Drogodependencias se encuentra regulada en el Decreto 128/2001, de 5 de junio⁷⁰.

De otro lado, la Ley 4/1997 dispuso que en los ámbitos provinciales, comarcales y locales, podrán constituirse Consejos de Participación. Las Administraciones Públicas de Andalucía facilitarán su constitución y funcionamiento. Y por Decreto 23/2007, de 30 enero, se crearon los *Consejos Provinciales de Participación sobre Drogodependencias* y se regula su constitución, funciones, y régimen de funcionamiento. Son funciones de los Consejos Provinciales de Participación sobre Drogodependencias, entre otras: a) Informar a la Presidencia de la Comisión Provincial de Drogodependencias sobre las actuaciones y programas previstos en la provincia desde el movimiento asociativo representado en el Consejo Provincial respectivo, en el marco del II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones.

⁶⁸ Este Consejo Asesor de Drogodependencias viene a sustituir a la anterior Comisión de Participación sobre Drogodependencias de Andalucía, creada por Decreto 68/1994, de 22 de marzo, y regulada por Orden de 13 de mayo de 1994, modificada posteriormente por Orden de 11 1996. En concreto, el Decreto 68/1994 dispuso lo siguiente: «Para articular la participación social se crea adscrita a la Consejería de Asuntos Sociales la Comisión de Participación sobre Drogodependencias como órgano colegiado para la colaboración y asesoramiento de la Comunidad Autónoma en esta materia, con las siguientes funciones: Informar el Plan Andaluz sobre Drogas. Conocer la Memoria anual del Plan Andaluz sobre Drogas. Intervenir en los procedimientos de indulto en los términos establecidos en la legislación vigente. Cualesquiera otras que se le asignen».

⁶⁹ En la práctica, la precedente Comisión de Participación sobre Drogodependencias ha servido para consensuar las solicitudes de indultos de drogodependientes en proceso de reinserción remitidas al Ministerio de Justicia.

⁷⁰ El Decreto 128/2001, de 5 de junio, fue objeto de una queja ante el Defensor del Pueblo andaluz presentada por dos Asociaciones de profesionales (APRODA Y SOMAPA), por su exclusión del mismo. Asimismo, el Decreto 128/2001, de 5 junio, fue modificado por el Decreto 131/2005, de 17 de mayo. El 9 de enero de 2006 tuvo lugar, en Sevilla, la reunión constitutiva del Pleno del Consejo Asesor, cuyo Orden del Día contemplaba, además de la constitución formal del órgano tras su nueva regulación y la designación de los miembros de la Comisión Ejecutiva.

b) Analizar el Plan Provincial de Drogas y Adicciones y su cumplimiento en la provincia. c) Colaborar en la elaboración de Planes Municipales de Drogodependencias y el desarrollo de Programas Específicos en los ámbitos Municipales y de Zonas de Trabajo Social, propiciándose la generación de datos desagregados por sexo⁷¹.

4.2. Iniciativa social

4.2.1. Fomento de la iniciativa social

Al igual que en otros ámbitos sociales, conforme al principio de participación, la Ley 4/1997 establece que las Administraciones Públicas andaluzas, dentro de sus respectivos ámbitos de competencias, promoverán la participación y concurrencia de las instituciones, asociaciones, federaciones y de los ciudadanos en general –art. 6.2–. Asimismo, las Administraciones Públicas de Andalucía facilitarán la formación específica del voluntariado, integrado en las asociaciones que trabajan en drogodependencias –art. 9.2 Ley 4/1997–.

Más específicamente, la Ley 4/1997 establece que se promoverá la participación de las asociaciones ciudadanas en las actuaciones de las Administraciones Públicas para la prevención, atención e integración social de los drogodependientes, previa autorización y acreditación de sus actividades –art. 32.1–. Se fomentará preferentemente el voluntariado social de drogodependientes en proceso de reinserción social que colaboren en las actividades citadas o en otras de carácter cívico o social, y se mantendrán líneas estables de coordinación entre las Administraciones Públicas y las asociaciones y federaciones de drogodependencias para la prevención, atención e integración social –art. 32.4–.

Con anterioridad a la creación del Plan Nacional sobre Drogas y de los Planes Autonómicos, el movimiento asociativo ya había comenzado a desarrollarse. Los primeras asociaciones que surgen estaban formadas por personas afectadas por el consumo de alcohol. En aquel momento este tipo de asociaciones se orientaban fundamentalmente a la autoayuda. La llegada de la epidemia de heroína en los años ochenta, con la morbilidad y mortalidad que supuso, precipitó el desarrollo de asociaciones en el ámbito de otras drogas. En un principio estas asociaciones se orientaron principalmente a la reivindicación ante las administraciones públicas sobre la necesidad de implantar recursos especializados. Más adelante, una vez desarrollada la red de recursos para la atención a las drogodependencias, asumen también la realización de actividades específicas y la prestación de servicios. A partir de ese momento, vinieron a cubrir un importante espacio en cuanto a recursos y

⁷¹ En cuanto su composición, además de diversos representantes de los órganos periféricos de la Administración de la Junta de Andalucía, hay también representantes de la Diputación Provincial, la Federación Andaluza de Municipios y Provincias, las asociaciones o federaciones provinciales específicas de drogodependencias, de las asociaciones de alcohólicos rehabilitados y de las asociaciones de jugadores de azar, entre otros. Téngase en cuenta que los Patronatos Provinciales de Drogodependencias que en algunas provincias no llegaron ni siquiera a ponerse en funcionamiento, o no llegaron a pasar del simple acto de constitución.

programas dentro de la Red de Atención a las Drogodependencias en Andalucía, realizan acciones tanto preventivas como asistenciales. Posteriormente surgen las asociaciones de personas afectadas por el juego patológico y las integradas por profesionales que trabajan en el ámbito de las adicciones⁷². En la actualidad, el tejido asociativo en este ámbito en Andalucía es numeroso y diversificado⁷³.

De acuerdo con la Ley 4/1997, las Administraciones Públicas de Andalucía apoyarán la creación y funcionamiento de las Federaciones Provinciales y Regionales de Asociaciones, a fin de crear cauces de coordinación entre éstas y de ellas con las Administraciones Públicas –art. 31.6–. Las asociaciones, federaciones, fundaciones y organizaciones de acción social en el campo de las drogodependencias podrán cooperar en la prevención, asistencia e integración social, previa inscripción en el correspondiente Registro de Entidades, Centros y Servicios, y siempre que se adecuen a las normas previstas en la legislación vigente –art. 33.1-⁷⁴.

La Administración de la Junta de Andalucía podrá declarar de interés para la Comunidad Autónoma aquellas entidades en las que concurren los siguientes requisitos –art. 33.2–:

a) Que sus estatutos establezcan fines de interés en el área de las drogodependencias.

⁷² Como señalara el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», el movimiento asociativo en Andalucía, que tuvo sus orígenes previos a la existencia del Plan Andaluz sobre Drogas, se potencia a raíz de la creación de la Red de Atención a las Drogodependencias. Como comentábamos antes, el movimiento asociativo ha servido para producir un mayor acercamiento del drogodependiente a los recursos asistenciales y programas de incorporación social. Por ello, podemos decir que el papel del voluntariado se centra en la reeducación del toxicómano, en la búsqueda de alternativas nuevas o abandonadas, actuando como refuerzo, y en muchas otras ocasiones cubriéndole sus necesidades básicas. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27112.

⁷³ En Andalucía existen aproximadamente 340 asociaciones subvencionadas de afectados, familiares y voluntarios que se agrupan en varias federaciones de carácter regional (Informe de Situación tras el II Plan Andaluz Sobre Drogas y Adicciones 2002-2007): FAAR, AL-ANDALUS (ambas federaciones específicas de alcohol); Federación Andaluza de Drogodependientes y Sida (ENLACE), y por una escisión de ésta en 2002, Federación REDES; Federación Andaluza de Jugadores de Azar Rehabilitados (FAJER), al a que hay que añadir FAPEJA. Un caso singular lo representan las asociaciones provinciales vinculadas a Proyecto Hombre, que se integran en una entidad denominada Fundación Andaluza Proyecto Hombre. También hay en Andalucía dos asociaciones específicas de profesionales: APRODA, que integra a profesionales de todas las disciplinas que intervienen en adicciones y SOMAPA, integrada únicamente por médicos. Asimismo hay otras asociaciones y federaciones no específicas de drogodependencias que también realizan actividades en esta materia, como son la CAVA (Confederación Andaluza de Asociaciones de Vecinos) y la CODAPA (Confederación Andaluza de Padres de Alumnos).

⁷⁴ El Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», señaló los siguientes problemas del movimiento asociativo: 1) Primacía de una actitud mercantilista en algunos colectivos, sin que ello pueda suponer una merma de la capacidad profesional de éste. 2) Excesiva burocratización del movimiento asociativo, que tiene que ver con la necesidad de atender las demandas y exigencias que el sistema de ayudas y subvenciones exigen. Esta cuestión se está resolviendo en algunos casos a través de una mayor centralización de esta gestión en las federaciones de asociaciones. 3) Intrusismo producido por algunas asociaciones que surgen al amparo de las subvenciones y de las convocatorias públicas. 4) Dependencia económica de la Administración con las ventajas e inconvenientes que ello comporta. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27117.

b) Carecer de ánimo de lucro. c) Llevar a cabo programas o servicios en el campo de las drogodependencias. d) Contar con los medios adecuados para el correcto cumplimiento de sus fines. e) Destacarse significativamente eficaz en su campo de actuación en materia de drogodependencias. La Ley añadió que el procedimiento de declaración se establecerá reglamentariamente⁷⁵.

4.2.2. Autorización, registro y acreditación de entidades y centros

Según la Ley 4/1997, las entidades privadas de iniciativa social, que presten servicios de carácter asistencial o sanitario a los drogodependientes, estarán sometidas a un régimen de autorización administrativa previo cumplimiento de las condiciones mínimas materiales y funcionales que reglamentariamente se establezcan –art. 34.1–. En el caso de los servicios de carácter asistencial (servicios sociales) se trata aún del régimen general del Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de los Servicios Sociales de Andalucía, dictado en desarrollo de la Ley 2/1988, de 4 de abril, de Servicios Sociales de Andalucía⁷⁶. Por su parte, los centros de atención sanitaria a drogodependientes están sujetos al Decreto 69/2008, de 26 febrero, por el que se establecen los procedimientos de las Autorizaciones Sanitarias y crea el Registro Andaluz de Centros, Servicios y Establecimientos Sanitarios, y se encuentran, por tanto, excluidos del régimen de autorizaciones del Decreto 87/96, de 20 de febrero. Sin embargo, sí están sometidos estos recursos a las normas de registro y acreditación dictadas en desarrollo del referido Decreto, como es el caso de la Orden de 29 de febrero de 1996, por la que se regula la acreditación de los Centros de Atención a Drogodependientes (Orden de 28 de agosto 2008).

Asimismo, la Ley dispone que la acreditación y autorización de las entidades supondrá la habilitación de las mismas para la suscripción de conciertos y la percepción de subvenciones

⁷⁵ Esta previsión no ha sido objeto de desarrollo, probablemente debido a que la Ley 4/2006, de 23 de junio, de Asociaciones de Andalucía, ya contempla la posible declaración de asociaciones de interés público de Andalucía (art. 36).

⁷⁶ El Decreto 87/1996 se desarrolló por la Orden de 28 de julio de 2000, conjunta de las Consejerías de la Presidencia y de Asuntos Sociales, por la que se regulan los requisitos materiales y funcionales de los servicios y centros de servicios sociales de Andalucía y se aprueba el modelo de solicitud de las autorizaciones administrativas, varía en función de su condición de sanitarios o no. Esta Orden de 28 de julio de 2000 fue modificada por la Orden de 28 de agosto 2008, por la que se regula la acreditación de los centros de atención a personas con problemas de drogodependencias y adicciones sin sustancias, a fin de contemplar en su regulación, a los efectos de la obtención de la autorización administrativa de funcionamiento, los requisitos materiales y funcionales a reunir por los centros de tratamiento ambulatorio que atiendan juego patológico exclusivamente, en tanto que centros de atención a personas con problemas de adicción que no precisan contar con un profesional de la medicina y por tanto incardinados en el concepto de Centros de Servicios Sociales. Sobre el régimen del Decreto 87/1996, véase S. FERNÁNDEZ RAMOS, «La ordenación general de los servicios sociales en Andalucía: situación actual y prospectiva», en VV AA, *El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012, pp. 75-219.

de la Junta de Andalucía –art. 34.1–. A este aspecto, dentro del marco general establecido por el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, y en base a la previsión y habilitación establecidas en el mismo –art. 25 y disposición final primera–, se aprobó la Orden de 29 de febrero de 1996, por la que se regula la acreditación de los Centros de Atención a Drogodependientes, quedando con ella concretados los requisitos mínimos a reunir por los centros de atención a drogodependientes a los efectos de lograr su acreditación como tales.

No obstante, la aprobación mediante Decreto 209/2002, de 23 de julio, del II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, amplió y diversificó la Red de Recursos de Tratamiento de las Drogodependencias y Adicciones, lo que llevó a aprobar la Orden de 28 de agosto 2008, por la que se regula la acreditación de los centros de atención a personas con problemas de drogodependencias y adicciones sin sustancias (que deroga la anterior Orden de 29 de febrero de 1996). Esta Orden tiene por objeto regular en un único texto los requisitos materiales y funcionales a reunir por todos los centros que integran la Red de Tratamiento de las Drogodependencias y Adicciones para su acreditación.

Los centros deberán ser acreditados en su totalidad sin que se pueda solicitar, ni –debe entenderse– acordar, acreditación parcial de los mismos –art. 7.2–. El plazo para dictar resolución es de tres meses, y transcurrido dicho plazo sin que haya recaído y se haya notificado la resolución, las personas interesadas podrán entender estimadas por silencio administrativo sus solicitudes –art. 7.1–⁷⁷.

La acreditación como centros de atención a personas con problemas de drogodependencias y adicciones sin sustancias, debidamente expedida, será condición indispensable para que estos centros, dependientes de entidades públicas o privadas, puedan realizar cualquiera de las siguientes actividades: a) Obtener el reconocimiento de la calidad de sus servicios. b) Establecer conciertos con la Administración de la Junta de Andalucía –art. 2–⁷⁸.

La acreditación se otorgará por un periodo máximo de cuatro años, condicionada siempre a que se mantenga el cumplimiento de los requisitos en base a los que se concedió –art. 9.1–. Asimismo, las entidades y centros acreditados están obligados al cumplimiento de las obligaciones siguientes: a) Remitir anualmente la memoria de actividades del centro. b) Comunicar anualmente las variaciones en las plantillas de personal, en sus aspectos cuantitativos y cualitativos. c) Remitir balance económico del ejercicio anterior

⁷⁷ No obstante, se prevé que podrá concederse una acreditación provisional a los centros que, sin cumplir alguno de los requisitos previstos en la presente Orden, se comprometan a realizar un plan de adecuación, que deberá ser aprobado por el órgano competente para resolver, señalando el plazo para su ejecución –art. 8–.

⁷⁸ En tal sentido, el Decreto 87/1996, de 20 de febrero, por el que se regula la autorización, registro, acreditación e inspección de los Servicios Sociales de Andalucía, establece que los Servicios y Centros de Servicios Sociales de las Entidades públicas o privadas que pretenden concertar con la Administración de la Junta de Andalucía deberán, previamente a la concertación, ser acreditadas en el nivel de calidad exigido con las normas que se determinen de acuerdo con los aspectos señalados en el artículo anterior (art. 27).

y los presupuestos del centro para cada año en curso, dentro de los quince días posteriores a su aprobación –art. 10–.

4.2.3. *Convenios de colaboración*

La Ley 4/1997 dispone que la Administración de la Junta de Andalucía podrá establecer con carácter complementario fórmulas de cooperación y colaboración con entidades públicas o privadas –art. 14–. Y, más específicamente, establece que los centros de titularidad privada, y los de titularidad pública distinta de la Junta de Andalucía (es decir de titularidad local), podrán integrarse en la *red pública de atención a las drogodependencias*, mediante convenios, conciertos u otras formas previstas en el ordenamiento jurídico, siempre que se adecuen a los objetivos y a la programación establecidos por la Junta de Andalucía –art. 34.4–. Lo cierto es que en este ámbito desde el principio en los años 80 la presencia de los centros de iniciativa local y social ha sido capital⁷⁹.

En todo caso, mediante Orden de 20 de diciembre 2002, se regulan los convenios con entidades privadas para la atención a las drogodependencias⁸⁰. Los Centros que podrán ser objeto de convenio son los siguientes –art. 2–: a) Centros de Tratamiento Ambulatorio. b) Centros de Día. c) Centros de Emergencia Social. d) Viviendas de Apoyo al Tratamiento. e) Comunidades Terapéuticas. f) Viviendas de Apoyo a la Reinserción⁸¹. No obstante, de

⁷⁹ El Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», señaló la conveniencia de clarificar el papel que la Administración pretende que juegue la iniciativa social en relación a la prestación de los servicios. «Es necesario la clarificación del modelo organizativo que se desea, donde se fije tanto los criterios de la prestación de servicios como el papel del voluntariado. Para ello, sería necesario que la Administración en el momento de establecer la convocatoria de subvenciones fije claramente y de forma diferenciada lo que son convenios para la prestación de servicios y subvenciones dirigidas al mantenimiento del movimiento asociativo para el funcionamiento de los programas. Se detecta la necesidad de ampliar y mejorar el marco legal que regule las funciones del movimiento asociativo, donde se recojan aquellas situaciones que tienen que ver con su papel de prestación de servicios. En este sentido, su regularización permitiría contar con todas las garantías para el personal que trabaja en los centros concertados. En este sentido, si las Administraciones delegan determinadas funciones y servicios, deben también establecer el marco que fije la continuidad que garantice el periodo de permanencia de su función asistencial dentro del Plan». BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27119.

⁸⁰ La Orden de 20 de diciembre de 2002 fue modificada por Orden de 23 de mayo 2005. El motivo fue que en la aplicación práctica de la Norma, se han venido formalizando Convenios individualizados por cada Centro, con independencia de su titularidad. Sin embargo, la experiencia de los últimos años ha puesto de manifiesto que existen numerosas entidades privadas que realizan actividades de carácter asistencial y de incorporación social, que se llevan a cabo en diferentes centros de la misma titularidad. Estos hechos aconsejaron proceder a una modificación del articulado de la Orden de 20 de diciembre de 2002, al objeto de acomodar dicha Norma a la realidad y permitiendo, así, establecer en un solo texto, las condiciones de colaboración para el funcionamiento de los diferentes centros cuya titularidad pertenezca a una sola entidad.

⁸¹ En 2014 los concierto fueron: 15 Comunidades Terapéuticas, con un total 166 plazas; 11 Vivienda de Apoyo a la Reinserción, con un total de 85 plazas; 3 Viviendas de Apoyo al Tratamiento, con un total de 16 plazas; 3 Viviendas de Apoyo a enfermos de Sida, con un total de 31 plazas; 23 Centros de Tratamiento Ambulatorio

acuerdo con la evolución del Derecho de la contratación pública, estos convenios deben adoptar la forma de contratos de gestión de servicio público, en modalidad de concierto.

A efectos de valoración de las solicitudes, la Orden contempla los siguientes criterios –art. 7–: a) La adecuación a los objetivos y estrategias recogidos en el II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones. b) Las necesidades de plazas y centros a concertar por parte de la Administración, para las distintas modalidades. c) El grado de implantación y cobertura técnica del programa (marco teórico, objetivos, metodología, cobertura de población, capacidad, plazas disponibles, coste económico del servicio y modelo de evaluación). d) No percibir otras ayudas de la Junta de Andalucía para el funcionamiento del Centro. e) El grado de coordinación del centro a nivel provincial o regional. Se podrán requerir informes a los Centros Provinciales de Drogodependencias sobre los programas terapéuticos contenidos en las solicitudes. A la vista de las solicitudes y los informes emitidos, la Consejería competente resolverá sobre la procedencia o no de la realización del convenio con la entidad solicitante, «en función de las características del proyecto, de su adecuación a los criterios y prioridades del Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones y de las disponibilidades presupuestarias» –art. 8.2–.

Cuando el tipo de Centros Concertados sea Comunidades Terapéuticas, Viviendas de Apoyo al Tratamiento y Viviendas de Apoyo a la Reinserción, se determinarán el número de plazas concertadas y la descripción de los perfiles de las mismas. Estableciéndose por la Administración autonómica el importe en euros a abonar por día de estancia y por cada una de las plazas concertadas durante un período máximo equivalente a 365 días/año natural. La entidad firmante del Convenio presentará mensualmente la relación de estancias ocupadas en función del número de plazas concertadas. En ningún caso el número de estancias a justificar durante el período de vigencia del presente convenio podrá ser superior al estipulado⁸².

Otra cuestión, agravada por la prolongada crisis económica, ha sido el retraso de la Administración autonómica en el abono de los pagos a los centros concertados⁸³. Tal como ha expresado el propio Defensor del Pueblo de Andalucía, se observa la ausencia de un

de Alcohol y Drogas; 9 Centros de Tratamiento Ambulatorio de Juego Patológico; 5 Centros de Encuentro y Acogida (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones).

⁸² En Comunidades Terapéuticas, Viviendas de Apoyo al Tratamiento y Viviendas de Apoyo a la Reinserción, la gestión de ingresos de drogodependientes, así como la recepción de protocolos de derivación y la elaboración y gestión de la lista de espera para ingresos en estos centros, se podrá llevar a cabo por entidades colaboradoras de la Consejería competente.

⁸³ Ya antes de la crisis económica el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», había señalado que las cantidades percibidas no llegan a cubrir los costes mínimos, ya que en algunos si se han aumentado las cantidades se han reducido el número de plazas, dispersándose éstas en muchos recursos y creando escasas condiciones para un funcionamiento normalizado, lo cual ya entonces estaba llevando en algunos casos a situaciones insostenibles. *BOPA* núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27043.

marco estable de participación y financiación de los movimientos sociales, lo que supone la merma de su capacidad para seguir prestando sus servicios a los ciudadanos. Resulta obvio que la precariedad actual en el sistema de ayudas y conciertos, por no haberse establecido en el momento que ello era posible, genera estos problemas y supone un riesgo para el tercer Sector y la pérdida de servicios a los ciudadanos»⁸⁴.

Finalmente, la Ley 4/1997 añade que la totalidad de los centros y servicios de atención de drogodependientes gestionados por entidades que suscriban conciertos y convenios o se beneficien de ayudas de la Administración Autonómica tendrá, en cuanto al desarrollo de programas de intervención, una *dependencia funcional* del órgano administrativo al que se adscriba el Plan Andaluz sobre Drogas –art. 34.4–. Aun cuando este tipo de preceptos tienen precedentes, esta regla se extralimita, tanto si se trata de centros o servicios de titularidad local –por invadir la autonomía local– como de titularidad privada –por injerencia en la autonomía privada–. Una cosa es la sujeción a las directrices generales del Plan Andaluz sobre Drogas, y otra bien diferente es imponer una especie de subordinación jerárquica a un órgano de la Administración autonómica.

5. LA PREVENCIÓN DEL CONSUMO DE DROGAS

5.1. Las políticas sobre drogas y adicciones

No se puede tratar aquí el debate sobre la penalización-legalización de determinadas sustancias, cuestión que excede a la modesta finalidad de este estudio. Ciertamente, la legislación española, en coherencia con el reconocimiento de la adicción como enfermedad, no penaliza el consumo privado de sustancias ilegales, si bien son aún dominantes las políticas basadas en el control⁸⁵.

Con todo, como ha señalado el propio Defensor del Pueblo Andaluz, las políticas controladoras vienen a dar respuestas a determinados sectores de la sociedad que las apoyan

⁸⁴ Informe al Parlamento de Andalucía de 2012, p. 813: «Este aspecto lo vimos recogido en las quejas de 2012, al afectar a los conciertos y convenios con la iniciativa social, así como por el retraso en el pago de éstos. Este grupo de quejas, casi el 37% de las de este año, afecta a la prestación de servicios a la población adicta desde los dispositivos públicos o privados concertados, sobre todo en los centros de día concertados que se vieron obligados a cerrar a mediados de año ante la suspensión de los conciertos». Como añade la institución, p. 815, las consecuencias no solo afectan a los servicios sino a los propios usuarios, que ven mermada su atención, unido en estos momentos a la precariedad económica, la falta de empleo y expectativas a corto o medio plazo de recuperación, lo que les está llevando de forma irrevocable a formar parte de lo que se viene definiendo como –sectores de la miseria–.

⁸⁵ Los recientes debates que han concluido con el informe de la CICAD/OEA sobre escenarios futuros de abordaje del problema de las drogas, así como las acciones emprendidas por algunos Estados federados de los Estados Unidos de Norteamérica (Washington, Colorado) y las nuevas regulaciones emprendidas por Uruguay, deberán ser tenidos en cuenta, para valorar sus resultados de cara a la toma de decisiones futuras, en su caso.

y las ven como la mejor manera de ejercer el control sobre éstas, de modo que crean cierta conciencia de que se actúa, sin embargo, debería caminar hacia estrategias que fomenten la responsabilidad y el autocontrol en los adolescentes, que les permita alejarse de su consumo o convivir con ellas con el menor riesgo posible. «Por ello, es necesario una revisión en profundidad de las políticas de drogas, que permitan una mayor coherencia con el modelo social que se pretende implantar, donde se combinen los derechos individuales con aquellos otros que están relacionados con la salud pública de los ciudadanos y su adecuada atención. Debemos admitir que la actual política prohibicionista que se pretende instaurar está llena de sombras, presentándose como ineficaz para controlar el tráfico y el consumo, y que lejos de disminuir los riesgos para la salud llega, en algunos casos, a incrementarlos»⁸⁶.

Asimismo, tampoco puede dejar de señalarse que entre ambas alternativas, liberalización absoluta (con el riesgo de acceso incontrolado, en especial por parte de los jóvenes y adolescentes) y penalización (que somete a los pacientes a un sufrimiento innecesario), existen soluciones intermedias, como la legalización sanitaria controlada de ciertas sustancias, como remedio terapéutico para el enfermo⁸⁷. O, más aún, el paso dado recientemente en algunas Comunidades Autónomas de legalización de los llamados clubs de consumidores de cannabis⁸⁸.

⁸⁶ Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía", BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27137. Así, añade: «cuando se establezcan los límites que regulen las drogas ilegales habrá que prever límites específicos para cada una de estas sustancias, abordándolas en función de los aspectos que inciden en nuestra sociedad con relación a su consumo. Ello ayudará a poner fin a la doble moral imperante que permite tan diferente trato jurídico, asistencial y económico, con respecto a las drogas institucionalizadas y a las no institucionalizadas, y que al final lleva a la población afectada, por unos u otros motivos, a sufrir consecuencias que marcarán en muchos casos el destino final de sus vidas».

⁸⁷ Esta propuesta fue formulada por uno de los expertos (Casas i Brugué) en las sesiones del Informe de 24 de mayo de 2011 de la Ponencia de la Comisión Mixta Congreso-Senado, sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro», BOCG, Sección CG, IX Legislatura, 31 de mayo de 2011.

⁸⁸ Ya la jurisprudencia considera, atendiendo a la realidad social, que el consumo de cannabis sativa escapa del tipo penal cuando se lleva a cabo de forma personal y sin riesgo para la salud colectiva. Igualmente, se viene entendiendo que no constituye infracción administrativa si dicho consumo o tenencia no se lleva a cabo en lugares públicos. Pues bien, la Ley Foral 24/2014, de 2 de diciembre, reguladora de los colectivos de usuarios de cannabis en Navarra, viene a ofrecer seguridad jurídica al consumo de esta sustancia, tanto de carácter lúdico como por sus efectos paliativos para determinadas dolencias. De acuerdo con esta Ley, los clubs de personas consumidoras de cannabis, que deberán constituirse conforme a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, estarán integrados por personas mayores de edad consumidoras de cannabis (que acrediten su condición de consumidores de cannabis con anterioridad a la presentación de su solicitud de ingreso), y están obligados a limitar la entrada a los locales en que se desarrolle cualquier actividad de consumo únicamente a sus integrantes, para lo cual cada club deberá elaborar un registro de sus integrantes, que permita en cualquier momento determinar quiénes son las personas que conforman la asociación. O la Ley 1/2016, de 7 de abril, de Atención Integral de Adicciones y Drogodependencias, contempla las entidades –legalmente registradas y sin ánimo de lucro– constituidas por personas mayores de edad consumidoras de cannabis –art. 83– Asimismo, el TSJ País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sentencia 195/2016, 17 May. Recurso 722/2014, ha declarado que es conforme a Derecho una Ordenanza municipal (Ayto San Sebastián) que regula los clubs de cannabis.

Ahora bien, aun entendiendo que las políticas reguladoras del consumo van a existir siempre, a éstas se les deben anteponer, como prioritarias, las dirigidas a prevenir y a atender a las personas que tienen problemas con ellas, promoviendo condiciones para un modelo de prevención educativo en función de la realidad social, y no en base a determinado modelo cultural predominante⁸⁹.

En efecto, como en toda política socio-sanitaria, la prevención es el pilar fundamental de la política contra el uso indebido de drogas y también una tarea compleja en sí misma. La Ley 4/1997 –art. 5– entiende por prevención todas aquellas medidas encaminadas a limitar, y en su caso eliminar, la oferta y la demanda de drogas, así como las consecuencias dañosas asociadas a su consumo⁹⁰. En tal sentido, según la Estrategia Nacional 2009-2016 sobre Droga, debe concederse prioridad a la prevención como la estrategia más importante para enfrentarse a este problema, y ello debe hacerse desde la «integralidad» (mejor, integridad): contemplar tanto las drogas legales como ilegales, e incluir tanto la reducción de la demanda y como el control de la oferta⁹¹.

5.2. Reducción de la demanda

De acuerdo con la Ley 4/1997, las Administraciones andaluzas deben desarrollar actuaciones preventivas integradas en materia de información, educación, salud e inserción social, así como sobre las condiciones y actitudes sociales que favorecen el uso de drogas, fomentando el autocontrol personal⁹². Lo cierto es que las políticas de prevención de

⁸⁹ Para ello, según el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», es necesario establecer concordancia y coherencia entre los diversos tipos de medidas. En concreto, acompañar los instrumentos preventivos con aquellos otros que actúan para regular el funcionamiento social con relación a las sustancias, y que infunden credibilidad a los ciudadanos. Ello les lleva a percibir que si no se sabe controlar el mercado de las drogas legales, difícilmente se podrá regular el de las drogas ilegales. *BOPA* núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27137.

⁹⁰ El National Center for the Advancement of Prevention define la prevención como «los intentos de reducir los problemas derivados del abuso de drogas antes de que comiencen a través de una diversidad de estrategias» (CSAP, 1997). Es decir, se trataría de realizar acciones que eviten la aparición misma de problemas relacionados con el uso de drogas.

⁹¹ Como ha señalado E. MOREU CARBONELL, el tratamiento jurídico de las drogodependencias ha evolucionado desde la represión hacia la prevención. La prevención, en efecto, se erige hoy en pilar y fundamento de todas las políticas de acción en la materia, acompañadas de medidas globales de asistencia sanitaria y social. «Acción sanitaria y social para la prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencias», *VV AA*, El marco jurídico de los servicios sociales en España, Realidad actual y perspectivas de futuro, Atelier, Barcelona, 2012, p. 324.

⁹² La Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía, establece lo siguiente: Las actuaciones de promoción de salud se dirigirán a todas las etapas de la vida de las personas –infancia, adolescencia, juventud, edad adulta y vejez– e irán destinadas a promover la salud física y mental, mejorando la competencia de las personas y acondicionando sus entornos, de forma que: g) El consumo de tabaco y otras sustancias adictivas se evite, se retrase o se abandone. h) El consumo de alcohol, así como otras conductas con riesgo de crear adicción, se haga de forma que se minimice dicho riesgo y se promueva la reducción de daños (art. 68.2).

drogas deben basarse en estrategias más globales dirigidas a la promoción de la salud y al bienestar de los ciudadanos⁹³. En tal sentido, la prevención presenta en la Ley 4/1997 diversos frentes:

- *Sistema de información e investigación*. La Administración de la Junta de Andalucía deberá disponer de sistemas de información que garanticen el conocimiento permanente y evolución de los patrones de consumo, así como la evaluación de las intervenciones realizadas –art. 6.1.e)–. En tal sentido, corresponde a la Administración de la Junta de Andalucía el establecimiento de un sistema centralizado de información y documentación sobre drogodependencias, que permita el seguimiento y la evaluación continua del consumo de drogas y de su problemática asociada, facilitando los programas de investigación sobre el tema, con las debidas garantías del derecho al anonimato sobre los datos que se registren –art. 27.2.b)–⁹⁴.

Como se señaló antes, estas funciones recaen fundamentalmente en el Observatorio Andaluz sobre Drogas y Adicciones. Asimismo, entre los objetivos del II Plan Andaluz se incluyó un Sistema de Información centralizado para la red asistencial de drogodependientes en Andalucía, que permitiera incrementar la eficacia de las intervenciones preventivas, asistenciales y de incorporación social, y facilitara la toma de decisiones y la planificación. Este sistema es conocido como siPASDA⁹⁵. Por su parte, el III Plan Andaluz se propone desarrollar el siPASDA, incorporando a todos los recursos y programas de la Red de Atención a las Drogodependencias y Adicciones y ampliando la información sobre aspectos clínicos y sociales de las personas que reciben tratamiento⁹⁶.

De otro lado, la Administración de la Junta de Andalucía promoverá y favorecerá la creación y desarrollo de los programas de investigación, estudio, formación y diagnóstico en

⁹³ Habría que incorporar el enfoque de promoción de la salud, que se centra en modelos generales de salud, más que en el trastorno concreto. Por ejemplo, el ejercicio físico o la alimentación son multifactoriales, actuando como factor protector en el consumo de sustancias. Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado sobre las perspectivas de futuro en el abordaje de las actuales y nuevas adicciones, BOCG, Sección CG, X Legislatura, 25 de marzo de 2014, p. 17.

⁹⁴ De modo similar, la Ley 20/1985 de Cataluña dispuso que el Departamento de Sanidad y Seguridad Social estructurará un sistema de información y vigilancia sobre la frecuencia asistencial, morbilidad y mortalidad por dependencias, preservando el derecho al anonimato –art. 37–.

⁹⁵ Este sistema consiste en una aplicación vía web, con base de datos centralizada para toda la Comunidad Autónoma, que registra información en tiempo real sobre cada episodio de tratamiento de las personas atendidas en diversos recursos de la red de atención a las drogodependencias y adicciones y su adscripción a diversos programas de tratamiento y de incorporación social (Programa de Tratamiento con Metadona, Red de Artesanos, Programa Jurídico). Su implantación y desarrollo ha sido paulatino, adaptándose a las nuevas realidades y a los nuevos programas puestos en marcha. Los primeros datos sobre ocupación de los recursos residenciales (Comunidades Terapéuticas, Unidades de Desintoxicación Hospitalaria y Viviendas) en el siPASDA son del año 2004.

⁹⁶ En concreto, se propone incorporar al siPASDA los Centros de Día y los Centros de Encuentro y Acogida de la Red de la Red para la Atención a las Drogodependencias y Adicciones, así como adaptar el siPASDA a la nueva estructura de gestión provincializada.

relación con la problemática social, sanitaria y económica relativa a las drogodependencias, y fundamentalmente en las drogas de nueva aparición. Para potenciar la investigación, se podrán suscribir convenios de colaboración entre las administraciones educativas y aquellas entidades, públicas o privadas, directamente relacionadas con la prevención y el estudio de las drogodependencias –art. 10.2–. Con objeto de aumentar los conocimientos existentes sobre el fenómeno de las drogodependencias, la Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza promoverá la realización de estudios e investigaciones⁹⁷.

La Ley 4/1997 considera áreas prioritarias las siguientes: a) Niveles y tendencias en el consumo de drogas. b) Actitudes y estados de opinión de la población general respecto al fenómeno de las drogodependencias. c) Repercusiones individuales y sociales del consumo de drogas. d) Evaluación de los diferentes programas de intervención y, particularmente, de la efectividad de los métodos y programas terapéuticos. e) Estilos de vida asociados al consumo de drogas. f) SIDA y su asociación al consumo de drogas vía parenteral en los centros penitenciarios –art. 10.3–.

La Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza impulsará la formalización de convenios de colaboración a nivel autonómico, nacional e internacional, para potenciar la investigación básica en el campo de las drogodependencias, para los cuales tendrán una consideración preferente las Universidades de Andalucía⁹⁸.

– *Formación de profesionales y voluntarios.* Las Administraciones Públicas andaluzas desarrollarán programas formativos específicos, destinados a los profesionales que por su relación con la infancia, los jóvenes y sectores sociales con mayor riesgo social se encuentren directamente implicados en la prevención del consumo de drogas y en el tratamiento de los problemas asociados al mismo⁹⁹. Asimismo, las Administraciones Públicas de Andalucía facilitarán la formación específica del voluntariado, integrado en las asociaciones que trabajan en drogodependencias –art. 9.2 Ley 4/1997–. En tal sentido, la Ley 4/1997 dispone que la Administración Pública de la Comunidad Autónoma elaborará y proporcionará información actualizada a profesionales y ciudadanos sobre la utilización de sustancias estupefacientes y psicotrópicas y demás medicamentos, así como los derivados de los anteriores y en concreto las llamadas drogas de síntesis capaces de producir dependencia –art. 23¹⁰⁰.

⁹⁷ En tal sentido, se venían convocando por Orden de la Consejería competente los Premios Andaluces de Investigación en materia de Drogodependencias y Adicciones (el último, al parecer, el XII por Orden de 22 de junio de 2007).

⁹⁸ Asimismo, la Administración de la Comunidad Autónoma Andaluza promoverá acuerdos con empresas fabricantes y distribuidoras de bebidas alcohólicas y tabaco destinados a fomentar la investigación de sustancias sustitutivas de los elementos más nocivos presentes en las mencionadas drogas –art. 10.5–.

⁹⁹ SOMAPA (la Sociedad Médica Andaluza de Adicciones y Patología Asociada) fomenta la creación de una nueva especialidad en adicciones y patología asociada, dotada de la correspondiente titulación.

¹⁰⁰ Este precepto está claramente inspirado en la Ley 20/1985 de Cataluña –art. 32–: «El Departamento de Sanidad y Seguridad Social elaborará y facilitará a los usuarios de los servicios sanitarios y a los profesionales

- *Programas de información y sensibilización.* La Ley 4/1997 ordenó a las Administraciones Públicas andaluzas a establecer y desarrollar programas de información sobre las drogas, con la finalidad de proporcionar conocimiento y orientación a los ciudadanos acerca de los riesgos que comporta su consumo y las medidas adecuadas para prevenirlo –art. 7.1.¹⁰¹. Pero, además, la Administración de la Junta de Andalucía deberá modificar las actitudes y comportamientos de la población en general respecto a las drogodependencias, generando una conciencia social solidaria y participativa frente a este problema –art. 6.1.f)–.

A tal fin, es evidente la relevancia de los medios de comunicación social¹⁰². Se promoverá la colaboración con los medios de comunicación social, en especial con los de titularidad pública, para la realización de programas y campañas de prevención del consumo de drogas¹⁰³. Los medios de comunicación social de titularidad pública andaluza incorporarán a su programación habitual contenidos dirigidos a difundir mensajes preventivos y a fomentar estilos de vida saludables –art. 11.4.¹⁰⁴.

En todo caso, debe señalarse la dificultad para evaluar los programas y campañas preventivas y sus efectos. No obstante, existe un consenso en que la información que se transmita a los adolescentes, así como a toda la sociedad, debe ser veraz, adecuada y basada en la evidencia científica. Información clara y suficiente sobre el riesgo del consumo de drogas, alejada de cualquier moralina y del alarmismo inútil, que permita a los jóvenes tomar decisiones responsables que favorezcan su desarrollo personal y su libertad a la hora de elegir como quieren vivir su vida¹⁰⁵. Asimismo, como señaló ya la Estrategia

de la sanidad información actualizada sobre la utilización en Cataluña de fármacos psicoactivos y demás medicamentos y productos capaces de producir dependencia».

¹⁰¹ Estos programas irán dirigidos de manera preferente a los ámbitos infantil, juvenil, laboral y otros de especial incidencia, apoyando las acciones informativas que pueden realizar las entidades o empresas –art. 7.2–.

¹⁰² Como señala la Estrategia Nacional 2009-2016, en la sociedad actual, el papel de los medios de comunicación es clave a la hora de contribuir a la creación de estados de opinión, así como a la formación de la ciudadanía para adquirir una visión informada sobre los principales temas que afectan a la sociedad y sobre los factores que los determinan. Por ello, no sólo es necesario atender al contenido de la información difundida, sino a los mensajes más o menos explícitos que contiene dicha información (pág. 70).

¹⁰³ El precepto se reitera en el artículo 7.3: «Las Administraciones Públicas de Andalucía promoverán la colaboración de los medios de comunicación social para la realización de las actuaciones mencionadas, en particular los de titularidad pública».

¹⁰⁴ La Junta de Andalucía y los medios de comunicación social, en especial la RTVA, articularán su colaboración para la prevención del consumo de drogas, mediante la formalización de convenios en los que se contemplen: a) La realización de campañas de prevención conjuntas. b) La programación de espacios divulgativos con información veraz sobre drogas. c) Orientación consensuada en los espacios informativos en lo referido a drogas –art. 10.4–.

¹⁰⁵ Así el Acuerdo de 28 de marzo de 2007 de la Comisión Mixta Congreso-Senado para el Estudio del Problema de las Drogas por el que se aprueba, con modificaciones, el Informe de la Ponencia para el estudio de los efectos nocivos de las drogas en la salud de los jóvenes y, muy especialmente, de sustancias como el cannabis, la cocaína y las drogas de diseño, señaló lo siguiente: «La Comisión considera que los medios de comunicación

Nacional para la prevención de drogas para el periodo 2000-2008, en su apartado 5.2, se debe crear un sistema de autorización y acreditación de programas preventivos, así como para la homologación de materiales, ajustados a los criterios acordados por todas las Comunidades Autónomas¹⁰⁶. Por su parte, el III Plan Andaluz prevé la creación de un registro de programas de prevención en drogodependencias y adicciones que cumplan unos criterios técnicos mínimos que garanticen su eficacia y la incorporación de la perspectiva de género¹⁰⁷.

– *Prevención en el ámbito educativo.* No basta hacer campañas de prevención puntuales, sino que la prevención es un proceso lento, largo, sistemático y continuo de educación. La educación para la salud, especialmente en sus aspectos relacionados con la prevención del consumo de drogas, formará parte de los contenidos de la enseñanza de los centros docentes no universitarios de la Comunidad Autónoma de Andalucía –art. 8.1–. Todos los centros docentes de la Comunidad Autónoma de Andalucía establecerán en sus planes anuales el conjunto de actuaciones, tanto de desarrollo curricular como actividades extraescolares y complementarias, en orden a concienciar a los alumnos y alumnas acerca de la importancia de tener hábitos saludables, y de las consecuencias que conlleva para las personas y la sociedad el consumo de las sustancias a que se refiere la presente Ley. A tal fin, la Ley dispone que se dotará al sistema educativo, de equipos de orientación y de personal especializado, que garanticen la formación del profesorado en orden a la aplicación y desarrollo de los programas de educación sobre drogas que se mencionan. En dichas actuaciones se deberá tener en cuenta la participación del Consejo Escolar y de las asociaciones de padres y madres de alumnos –art. 8.2–.

En tal sentido, por Decreto 312/2003, de 11 de noviembre, se establecen actuaciones de prevención de las drogodependencias y adicciones en el medio educativo, dirigidas

social deben implicarse en la prevención de drogodependencias, cumpliendo los acuerdos y códigos éticos allá donde existieran y la adopción de los mismos, para procurar una información veraz y ajustada a la realidad social de los consumos, evitando la estigmatización de los menores y abandonando el binomio jóvenes-drogas y sumándose a la difusión de los mensajes de adopción de hábitos de vida saludables. La información que trasladen los medios de comunicación tiene que ser veraz y basada en evidencias científicas». *BOCG*, Sección CG, VIII Legislatura, 30 de abril de 2007.

¹⁰⁶ Para ello, como señaló Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», es necesario partir de una terminología común que permita la creación de sistemas, métodos e instrumentos compartidos y vinculados a la recogida y análisis de la información, como fuente de cambio y planificación. Se debe crear un registro de programas y materiales, que acredite la viabilidad de éstos y su adecuación a los objetivos que se recogen en el II Plan Andaluz. *BOPA* núm. 461, 18 de febrero de 2003, pp. 27035 y 27141. Por su parte, el Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado, de 21 de marzo de 2014, sobre las perspectivas de futuro en el abordaje de las actuales y nuevas adicciones insistió en la importancia de establecer algún tipo de control previo de los programas de prevención, en el sentido de que exista un Catálogo de programas preventivos, de manera que no pueda ponerse en marcha cualquier programa, sino solo aquellos que han pasado unos procedimientos. *BOCG*, Sección CG, X Legislatura, 25 de marzo de 2014, p. 19.

¹⁰⁷ Además, se prevé crear un Banco Documental de Buenas Prácticas en el Portal para profesionales que recoja indicadores y estándares de calidad desagregados por sexo.

al alumnado de alumnado de educación primaria, secundaria, bachillerato y formación profesional, así como al profesorado, padres y tutores. Según esta disposición, en las medidas de prevención que se desarrollen en el ámbito educativo regirán como criterios de actuación el impulso de la participación familiar y de los Consejos Escolares así como la intervención en las poblaciones de alto riesgo. Las actuaciones previstas, realizadas conjuntamente por la Consejería de Educación y la competente en materia de drogodependencias se orientan principalmente a la sensibilización, información al alumnado y padres sobre el consumo de drogas, y la formación del profesorado para el desarrollo de programas educativos. El modelo de prevención en el ámbito educativo deberá promover habilidades sociales, afectivas e intelectuales, basadas en actitudes y valores que propicien el desarrollo de la autoestima, la responsabilidad, la autonomía personal y la promoción de hábitos de vida saludable y alternativas de ocio y tiempo libre, que capaciten al alumnado para tomar decisiones responsables con relación al consumo de drogas y otros comportamientos adictivos, fomenten su sentido crítico ante los mensajes que reciban del exterior, y eviten el consumo o la conducta adictiva –art. 3.¹⁰⁸.

Igualmente, se fomentará una formación adecuada sobre los distintos aspectos de las drogodependencias en los estudios universitarios de las áreas educativa, sanitaria y social –art. 8.3–. Las Universidades andaluzas y demás centros de formación de profesionales facilitarán medidas para la inclusión de programas formativos de prevención de las drogodependencias en el desarrollo de sus actividades. Sobre todo en las que estén directamente relacionadas con las áreas de Salud, Educación y Servicios Sociales –art. 9.3.¹⁰⁹.

– *Prevención en el ámbito comunitario.* La Ley 4/1997 prevé fomentar el movimiento asociativo, favoreciendo su participación en programas culturales, deportivos, medioambientales y de educación para la salud, de apoyo a colectivos que viven en situación de grave riesgo social –art. 6.1.b)–, así como favorecer el acceso a los re-

¹⁰⁸ Para la consecución de este objetivo, de acuerdo con el Informe de Situación tras el II Plan Andaluz Sobre Drogas y Adicciones (2002-2007), se ha desarrollado una batería de programas preventivos sobre drogas y adicciones en los colegios, en colaboración con las Consejerías de Educación y Salud (DINO, Prevenir para vivir, Y tú ¿qué piensas?, A no fumar me apunto, Forma Joven) y con el Plan Nacional sobre Drogas (El secreto de la buena vida), que abarcan una población con edades comprendidas entre los 10 y los 18 años de edad. Estos programas se han integrado en el Proyecto Educativo del centro, desarrollándose a través de una metodología transversal e integradora en el proyecto curricular, lo que ha permitido que exista un control individualizado en los centros escolares de las acciones puestas en marcha. Los tutores u orientadores son los que han realizado las intervenciones en los centros educativos. En general, los programas de prevención en el ámbito educativo han pasado por tres momentos: creación y extensión de los programas a las 8 provincias, del 2000 al 2003; consolidación entre 2003 y 2006, en que se garantiza el funcionamiento de los mismos; y un tercer momento del 2006 a la actualidad, de seguimiento, evaluación y valoración, iniciándose un proceso de revisión y mejora cualitativa.

¹⁰⁹ En los años 90 la Junta de Andalucía estableció convenios de cooperación con las Universidades Andaluzas para la realización de programas de formación a través de cursos de Expertos y Máster en drogodependencias, lo que permitió la creación de asignaturas optativas sobre drogodependencias en distintas disciplinas, así como la proliferación de cursos de doctorado y tesis doctorales en esta materia. No obstante, en el año 2001, se suspendieron las actuaciones con las Universidades en materia de formación.

cursos económicos y sociales de aquellos grupos de población que, por su situación deprimida y de marginación, pueden resultar especialmente afectados por las drogas. Pero, sobre todo, se ordena que la Administración de la Junta de Andalucía promoverá la realización, por las corporaciones locales de programas comunitarios de prevención de las drogodependencias dirigidos a aquellas zonas urbanas y rurales con una mayor incidencia y prevalencia. Serán considerados prioritarios los programas comunitarios que cuenten con la participación de varias corporaciones locales, que serán coordinados de manera específica por los centros comarcales de drogodependencia –art. 7.5.¹¹⁰.

En Andalucía, el citado programa «Ciudades ante las Drogas» es el principal referente de la prevención comunitaria. Iniciado en 1997, se lleva a cabo a través de la colaboración con Ayuntamientos y Mancomunidades, y desarrolla actividades preventivas, en general, y de ocio alternativo al consumo de drogas¹¹¹. Un aspecto positivo adicional de este programa es la creación de una red de Ayuntamientos que se implican en la prevención de las

¹¹⁰ El Informe de 22 de noviembre de 1995 de la Comisión Mixta Congreso-Senado, para el estudio del problema de la droga señaló lo siguiente: «En las zonas socialmente más afectadas, como barrios marginales o municipios específicos, sería necesario la elaboración de Planes de acción social, con la implicación de los servicios sociales comunitarios, en los que se incluyan medidas compensatorias en el área educativa, alrededor de equipos de profesores bien formados para trabajar en estos sectores y gabinetes de orientación psicopedagógica y equipos de asistencia social, que pusieran especial atención en la corrección del absentismo y el fracaso escolar, producto de la ausencia de motivación por el estudio y de apoyo por parte de las familias que, en gran parte, están desestructuradas o no actúan como tales. Asimismo, estos Planes incluirían el desarrollo de todos aquellos programas de formación y empleo que tengan como objetivo la inserción social de los colectivos desfavorecidos, entre los que destaca el colectivo de jóvenes, sobre los que se produce la mayor tasa de paro». Por su parte, el Defensor del Pueblo Andaluz, ha señalado que se entiende por prevención comunitaria «aquella que va dirigida al conjunto de la comunidad, sin que se tenga claro quién o quiénes deben promoverla. El ámbito comunitario de intervención en materia de drogas debe constituirse por ello en un espacio capaz de incluir e integrar los distintos sectores de intervención. Viene a ser el escenario que mayores dificultades presenta a la hora de intervenir, y donde se han podido realizar un mayor número de actuaciones. La idea de la intervención preventiva en el marco comunitario se sustenta en el concepto de intervención comunitaria, siendo ésta la capacidad de la Comunidad de auto-gestionarse, de organizarse para conseguir lo que desea, o llevar algo adelante». (Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27015).

¹¹¹ El Programa Ciudades ante las Drogas se orienta al fomento de la calidad de vida de la ciudadanía andaluza, reduciendo el uso y abuso de sustancias y otras adicciones. Las actuaciones se dirigen a toda la población, si bien se incide en mayor medida en los sectores más jóvenes y en aquellos grupos de mayor riesgo social. Las actividades son llevadas a cabo desde los ayuntamientos, lo que facilita la participación activa de la población en los distintos objetivos a conseguir, permitiendo la construcción de soluciones adecuadas a los escenarios y espacios de cada comunidad. El número de municipios adscritos se ha incrementado notablemente desde su puesta en marcha en 1997, pasando de 43 los municipios o mancomunidades adscritos, a 423 en 2009, fecha en la que alcanzó su máximo histórico. A partir de ese año, debido a la crisis económica, se produjo un descenso paulatino, hasta alcanzar a 308 en 2014, ligado a la evolución de la financiación del programa. Las actividades se desarrollan en los ámbitos comunitario, educativo, familiar y laboral, y tratan desde actividades de ocio y tiempo libre, campañas, divulgación, formación, investigación y reducción de riesgos. En la aplicación informática «Ciudades ante las Drogas» se registraron en 2014 un total de 1945 actividades de prevención de adicciones (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones).

drogodependencias, pues las entidades locales deben realizar una aportación presupuestaria idéntica a la concedida¹¹².

Por su parte, la Orden de la Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales de 28 de mayo de 2014, por la que se convocan subvenciones en régimen de concurrencia competitiva para el ejercicio 2014 (BOJA 106, de 4 de junio de 2014), contempló la «Línea 9», relativa a las «Subvenciones en materia de prevención comunitaria de las drogodependencias y adicciones». Para 2014 los criterios prioritarios para la concesión de subvenciones fueron: a) Actuaciones de prevención selectiva e indicada dirigidas a menores en situación de vulnerabilidad. b) Programa Servicio Responsable (dirigido a los empresarios y trabajadores del sector hostelero). c) Programas que incluyan actividades de prevención de las drogodependencias y adicciones en el ámbito de las familias¹¹³.

Por su parte, el III Plan Andaluz prevé consolidar el programa de prevención comunitaria «Ciudades ante las Drogas», como eje vertebrador e impulsor de las actividades preventivas en los distintos ámbitos, enmarcado en los Planes Municipales de Drogas y Adicciones, a través de fórmulas administrativas que favorezcan su estabilidad, y ello al tiempo que se homogeneizan sus actuaciones.

Además, en el marco de la Estrategia Nacional sobre Drogas 2009-2016 y en cumplimiento de la Decisión 2005/387/JAI del Consejo de la Unión Europea mediante el contacto, a través de acciones de proximidad, con población consumidora de drogas en contextos recreativos, se ha desarrollado el programa Reducción de riesgos y monitorización de drogas en zonas de riesgo¹¹⁴.

– *Prevención en el ámbito laboral.* La Administración de la Junta de Andalucía, en colaboración con los organismos competentes y las organizaciones sindicales y empresariales, fomentará: a) Programas específicos de prevención, asistencia y reinserción en el

¹¹² Asimismo, el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía", se señaló que se debe incidir a la temporalidad de los programas de prevención para poder garantizar su continuidad. Así, la convocatoria del programa «Ciudades ante las Drogas» o los programas subvencionados al movimiento asociativo deberían contar con periodos de aprobación y ejecución no inferior a tres años. Existiendo al final una evaluación de estas actuaciones que sea el soporte para futuras actuaciones. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27036.

¹¹³ Para el año 2014 se aprobaron y cofinanciaron 209 proyectos de prevención, de los cuales 195 corresponden a ayuntamientos y 14 a agrupaciones de municipios. Un total de 308 municipios desarrollaron este programa, lo que supone el 40 % de los municipios de Andalucía.

¹¹⁴ Las acciones de proximidad en ocio nocturno han consistido en la instalación de puntos de reducción de riesgos y daños en establecimientos y eventos de música electrónica. En 2014 se instalaron 26 stands desde los cuales se contactó con las personas destinatarias, se distribuyeron materiales de reducción de riesgos (material informativo, preservativos, tapones para los oídos, agua), se difundieron mensajes específicos sobre riesgos particulares en función de las necesidades detectadas y se prestaron servicios como el análisis de sustancias o las pruebas gratuitas de alcoholemia (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones). Este programa se financia con cargo al Fondo de Bienes Decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados.

ámbito laboral, a incluir en la negociación colectiva. b) Programas de salud laboral que incluyan actividades informativas y de formación de los trabajadores y empresarios en los problemas derivados del consumo de drogas. En el diseño, ejecución y evaluación de dichos programas se fomentará en cada empresa la participación de los sindicatos, empresarios, servicios médicos de empresa y comité de seguridad e higiene. Asimismo se apoyará las acciones informativas que por su cuenta realicen las empresas y sindicatos –art. 12.1–.

Por su parte, el II Plan Andaluz contempló la puesta en marcha de «Estrategias de Formación, Información y Coordinación» dirigidas al medio laboral –trabajadores, representantes y empresas–¹¹⁵. Sin embargo, la evaluación realizada del II Plan indicó la debilidad del desarrollo de la prevención en el ámbito laboral (y familiar). Así, se observa la necesidad de identificar aquellos sectores laborales con mayor riesgo de consumo de sustancias, como pueden ser las profesiones con horarios de trabajo nocturnos y aquellas vinculadas al sector de la hostelería, con el objetivo de elaborar programas específicos adaptados a las situaciones de riesgos propias de las mismas¹¹⁶.

5.3. Control de la oferta

5.3.1. Drogas ilegales

La oferta de drogas afecta al consumo. Ahora bien, en el caso de las drogas ilegales, la reducción de la oferta compete de un modo especial a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, a sus homólogos en las Comunidades Autónomas, a los distintos órganos de inspección de las Administraciones Públicas, tanto a nivel nacional como autonómico y local, así como a los órganos judiciales especializados, sobre todo si se tiene presente que el tráfico de drogas es considerado unánimemente como un pilar del crimen organizado¹¹⁷.

¹¹⁵ Desde el año 1994, en que se firma el protocolo de la Junta de Andalucía con los Agentes Sociales (CEA, UGT y CCOO), sólo las Centrales Sindicales mayoritarias, a partir de 1995, han seguido desarrollando los compromisos asumidos en éste protocolo. Mientras, la Confederación de Empresarios de Andalucía (CEA), hasta el año 2001 que firma el primer convenio, se ha mantenido al margen por discrepancias en temas referido a la Ley de Drogas, con relación al alcohol y las limitaciones a la publicidad. Al parecer la causa podría estar en la posición mantenida con respecto al tratamiento realizado en la Ley de Drogas al tema del alcohol, lo que ha dado origen a esta situación, lo que supone no reconocer lo recogido en la Ley 4/1997. Según el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», llama la atención en este ámbito el escaso número de programas y actuaciones existentes debido a las pocas intervenciones detectadas, así como las que han existido tienen un carácter puntual y poco han servido a la prevención. La existencia de programas estructurados y con carácter de continuidad queda limitada a las grandes empresas. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27031.

¹¹⁶ III Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones (2016-2021), p. 26.

¹¹⁷ Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, Vigilancia Aduanera, los organismos judiciales y especialmente la Fiscalía Antidroga, actúan en esta parte del proceso genérico oferta-demanda, afectando a cuatro

En síntesis, pues no constituye el objeto principal de este trabajo, en el contexto previsto por la Convención de las Naciones Unidas de 1988 (Convención de Viena), se ha modificado reiteradamente el Código Penal, graduando las penas en función de las circunstancias concretas, se ha incorporado la ampliación de las facultades de comiso de los instrumentos de tráfico, así como la investigación de movimientos de capitales y las posibilidades de remisión condicional de la pena para los delincuentes toxicómanos¹¹⁸. De igual forma, se ha llevado a cabo la incorporación de la figura del arrepentido, de las entregas vigiladas de droga. Asimismo, se ha transpuesto de diversas directivas europeas, que ha tenido como resultado, entre otros, la aprobación de la Ley de Lucha contra el Blanqueo de Capitales¹¹⁹.

Por su parte, tanto la anterior Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, como la vigente Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, tipifican diversas infracciones administrativas relativas a la tenencia y consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas –art. 36, núms. 16 a 19). No obstante, puede señalarse que la Ley Orgánica 4/2015 prevé la suspensión de sanciones pecuniarias impuestas por infracciones en materia de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas cometidas por menores de edad (la responsabilidad se extiende a los menores a partir de los 14 años –art. 30.1-): «Las multas que se impongan a los menores de edad por la comisión de infracciones en materia de consumo o tenencia ilícitos de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas podrán suspenderse siempre que, a solicitud de los infractores y sus representantes legales, aquéllos accedan a someterse a tratamiento o rehabilitación, si lo precisan, o a actividades de reeducación. En caso de que los infractores abandonen el tratamiento o rehabilitación o las actividades reeducativas, se procederá a ejecutar la sanción económica» (disposición adicional quinta)¹²⁰.

Por su parte, en el ordenamiento andaluz, la Ley 4/1997 establece que la Administración de la Junta de Andalucía, en el marco de las Leyes penales y procesales, promoverá las

grandes áreas vulnerables de las organizaciones criminales: **1.** El proceso de producción de las drogas a partir de materias primas y precursores. **2.** El proceso de distribución mayorista de las sustancias, incluyendo el tráfico internacional y el tráfico interno en cada Estado. **3.** El proceso de distribución minorista, es decir, de distribución al consumidor final de la sustancia. **4.** El proceso de transformación de las ganancias obtenidas en bienes económicamente cuantificables (Estrategia Nacional 2009-2014, pág. 81).

¹¹⁸ Véase un resumen de las reformas del Código Penal por LO. 15/2003, de 25 de noviembre, y LO. 5/2010, de 22 de junio, relacionadas con el tráfico de drogas en E. MOREU CARBONELL, «Acción sanitaria y social para la prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencias», *op. cit.*, 342.

¹¹⁹ Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, modificada por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre.

¹²⁰ Reglamentariamente se regularán los términos y condiciones de la remisión parcial de sanciones prevista en esta disposición adicional. Debe recordarse que esta cuestión ya se ordenó en el Real Decreto 1079/1993, de 2 de julio, por el que se regula la remisión de las sanciones administrativas en materia de drogas.

actuaciones adecuadas para cooperar en la persecución del narcotráfico, al objeto de reducir la disponibilidad de las drogas ilegales en el territorio andaluz, y pondrá fin a cualquier relación económico-financiera con las entidades o personas sancionadas por la comisión de conductas de blanqueo de capitales –art. 21.1–. Asimismo, la Administración de la Junta de Andalucía, en el marco de las Leyes penales y procesales, promoverá las actuaciones jurídico-penales, de entidades públicas, federaciones y asociaciones, dirigidas contra las drogas, mediante convenios, subvenciones u otras formas de cooperación para facilitar estas acciones en lo relativo a medidas de control en materia de drogas –art. 21.2.¹²¹.

La Administración de la Junta de Andalucía pondrá fin a cualquier relación económico-financiera con las entidades o personas a que se refiere la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que hayan sido objeto de sanción firme en virtud de la misma –art. 21.3–.

Además, la Ley 4/1997 declara prohibido, a los menores de 18 años, la venta de colas y demás productos industriales inhalables con efectos euforizantes o depresivos. Queda excluida de esta prohibición la venta a mayores de 16 años que acrediten el uso profesional de estos productos¹²². La Junta de Andalucía regulará las condiciones y presentación a la venta de sustancias químicas que puedan producir efectos nocivos para la salud y crear dependencia, a fin de evitar su uso como drogas –art. 24.1.¹²³.

5.3.2. Drogas institucionalizadas

En este ámbito, la actuación se orienta principalmente mediante restricciones a la publicidad del tabaco y el alcohol, y a su venta a menores de edad, así como su consumo en lugares públicos, medidas impulsadas desde la Unión Europea.

- *Publicidad en los medios de comunicación.* Con carácter general se establece que la Administración Pública andaluza regulará la limitación en los medios de comunicación andaluces de cualquier tipo de publicidad directa o indirecta de tabaco y bebidas alcohólicas, así como la emisión de programas en los que el presentador o presentadora

¹²¹ Estas acciones ya se contemplaron en el Decreto 68/1994, de 22 marzo, por el que se establecen medidas especiales en materia de drogodependencias, si bien en la actualidad parece que están en desuso.

¹²² El Consejo de Gobierno, en el plazo de seis meses contados a partir de la entrada en vigor de la Ley, debía aprobar la relación de productos a que se refiere este precepto (disposición adicional primera). Ambos preceptos están claramente inspirados en la Ley 20/1985 de Cataluña, –art. 31–, con la diferencia de que esta ley refiere la prohibición a los menores de 16 años. En este sentido, otras leyes autonómicas sobre drogodependencias (como la valenciana, la castellano-manchega o la madrileña) recogen la prohibición de vender a menores de edad colas, pegamentos y otros productos químicos industriales inhalables de venta autorizada que puedan producir efectos nocivos para la salud y creen dependencia, o productos euforizantes, depresivos o alucinatorios.

¹²³ La Consejería de Salud debía determinar reglamentariamente la relación de productos a que se refiere el precepto –art. 24.2–.

o cualquier otro participante aparezca fumando, junto a bebidas alcohólicas, tabaco o menciones de sus marcas o logotipos –art. 25.2.¹²⁴. Sin embargo, la posterior Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, prohíbe directamente en todos los medios de comunicación, incluidos los servicios de la sociedad de la información, la emisión de programas o de imágenes en los que los presentadores, colaboradores o invitados: a) Aparezcan fumando. b) Mencionen o muestren, directa o indirectamente, marcas, nombres comerciales, logotipos u otros signos identificativos o asociados a productos del tabaco (art. 9.3).

- *Restricciones a la publicidad de bebidas alcohólicas*. Sin perjuicio de las prohibiciones y limitaciones establecidas en las normas básicas estatales, como la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad y Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual¹²⁵, se prohíbe la publicidad de bebidas alcohólicas: a) En los centros docentes, centros de menores, los de carácter recreativo y otros análogos destinados preferentemente a menores de 18 años¹²⁶. b) En los centros de enseñanza superior y universitaria, centros sanitarios y dependencias de las Administraciones Públicas. c) En áreas de servicios de autovías y autopistas. d) En las instalaciones deportivas públicas y privadas. e) Con ocasión o mediante patrocinio de actividades deportivas, educativas y aquéllas dirigidas a menores. La promoción pública de bebidas alcohólicas en Andalucía, mediante ferias, exposiciones, muestras y actividades

¹²⁴ Lo cierto es que la Ley 20/1985 de Cataluña había ido más lejos, al prohibir la publicidad del tabaco y productos relacionados con su consumo en los medios de comunicación dependientes de la Generalidad y en los medios dependientes de la Administración local de Cataluña –art. 25.1–.

¹²⁵ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se prohíbe la publicidad prohíbe la comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel superior de veinte grados; la comunicación comercial televisiva de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando se emita fuera de la franja de tiempo entre las 20.30 horas y las 6 horas del día siguiente, salvo que esta publicidad forme parte indivisible de la adquisición de derechos y de la producción de la señal a difundir; la comunicación comercial de bebidas alcohólicas con un nivel inferior a veinte grados cuando esté dirigida a menores, fomente el consumo immoderado o asocie el consumo a la mejora del rendimiento físico, el éxito social o la salud –art. 18.3–.

¹²⁶ La Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, calificó como infracción leve la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad en establecimientos públicos o en locales de espectáculos –art. 26.b)–. Dado que la citada Ley Orgánica no definía lo que debía como «establecimiento público» a efectos de la misma, se suscitó si podía afirmarse o no que la Ley prohibía la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad en los establecimientos minoristas de alimentación (que –como es bien sabido– es la base de a práctica del «botellón»). Sin embargo, desde el propio Ministerio de Interior se consideró que no puede extenderse la prohibición a establecimientos no dedicados a actividades distintas de las recreativas. La prohibición de venta de bebidas alcohólicas a menores –en todo tipo de establecimientos comerciales aparece en disposiciones de diversas Comunidades Autónomas, como por ejemplo la Ley, del Principado de Asturias 5/1990, de 19 de diciembre, de Prohibición de venta de bebidas alcohólicas a menores de dieciséis años; la Ley, del Parlamento de Cataluña, 20/1985, de 25 de julio –modificada por la Ley 10/1991, de 10 de mayo– de Prevención y asistencia en materia de sustancias que puedan generar dependencia, en Cataluña; y la Ley, de la Comunidad Foral de Navarra, 10/1991, de 16 de marzo, de Prevención y limitación del consumo de bebidas alcohólicas por menores de edad. Por tanto, el precepto de la Ley 4/1997 venía a cubrir la ausencia en el ordenamiento estatal de norma alguna que –con carácter general– prohibiese la venta de alcohol a los menores.

- similares, será realizada en espacios diferenciados cuando tenga lugar dentro de otras manifestaciones públicas. Se permitirá el acceso a menores, exclusivamente cuando estén acompañados de personas mayores de edad bajo su responsabilidad –art. 25.1–.
- *Restricciones a la publicidad del tabaco.* La publicidad del tabaco estará sometida a las prohibiciones y las limitaciones establecidas en la legislación vigente¹²⁷. Se prohíbe la publicidad del tabaco: a) En los centros docentes, centros de menores, los de carácter recreativo y otros análogos destinados preferentemente a menores de 18 años. b) En los centros de enseñanza superior y universitaria, centros sanitarios y dependencias de las Administraciones Públicas. c) En las instalaciones deportivas públicas y privadas. d) Con ocasión o mediante patrocinio de actividades deportivas, educativas y aquellas dirigidas a menores –art. 25.3-¹²⁸. Sin embargo, estas determinaciones se han visto de nuevo rebasadas por la posterior Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, que declara directamente prohibido el patrocinio de los productos del tabaco, así como toda clase de publicidad, y promoción de los citados productos en todos los medios y soportes, incluidas las máquinas expendedoras y los servicios de la sociedad de la información, únicamente con determinadas excepciones (art. 9.1).
 - *Restricciones a la venta y consumo de bebidas alcohólicas.* Según la Ley 4/1997 –art. 25.1–, queda prohibido, en relación con las bebidas alcohólicas¹²⁹:
 - a) La venta o suministro a menores de 18 años, así como permitirles el consumo dentro de los establecimientos. Queda excluida de esta prohibición la venta o suministro a mayores de 16 años que acrediten el uso profesional del producto¹³⁰. Para reforzar esta prohibición, la Ley 12/2003, de 24 de noviembre, calificación como infracción grave su incumplimiento.
 - b) La venta y el consumo en los centros docentes, centros de menores, los de carácter recreativo y otros análogos destinados a menores de 18 años.

¹²⁷ Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, se prohíbe la publicidad prohíbe la comunicación comercial de cigarrillos y demás productos de tabaco, así como de las empresas que los producen –art. 18.3–.

¹²⁸ Véase el Decreto 150/2006, de 25 de julio, por el que se desarrolla la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, en materia de señalización y zonas habilitadas para fumar.

¹²⁹ Las restricciones legales a la venta de bebidas alcohólicas en especial a menores son muy antiguas. Cabe recordar que el Código Penal de 1928 tipificó como falta la conducta de quienes, en establecimientos públicos, vendieren o sirvieren bebidas alcohólicas o permitieren la permanencia en dichos lugares a menores de dieciséis años. Junto a este tipo básico, más tarde se configuró con carácter agravado el ilícito consistente en ocasionar o agravar el estado de embriaguez de los menores, no omitiendo, tampoco, la referencia sancionadora al descuido o abandono de padres, tutores o guardadores de hecho.

¹³⁰ Precepto modificado por art. 2 de Ley 12/2003, de 24 de noviembre. La redacción original de esta letra se limitaba al texto siguiente: «La venta o suministro a menores de 18 años».

- c) La venta y el consumo de bebidas alcohólicas superiores a 20° en los centros de enseñanza superior y universitarios, centros sanitarios, dependencias de las Administraciones públicas, hospitales y clínicas, así como en las instalaciones deportivas, áreas de servicio y gasolineras o estaciones de servicio ubicadas en las zonas colindantes con las carreteras, autovías, autopistas y en gasolineras ubicadas en los núcleos urbanos¹³¹.
- d) La venta, suministro o distribución, realizada a través de establecimientos en los que no está autorizado el consumo, la de carácter ambulante y la efectuada a distancia, cuando tengan lugar durante el horario nocturno que reglamentariamente se determine¹³².

Asimismo, la Ley 13/1999, de 15 de diciembre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de Andalucía, tipifica como infracción grave el permitir el consumo de bebidas alcohólicas o de tabaco a menores de edad en los establecimientos públicos sometidos al ámbito de aplicación de dicha Ley, así como permitir, de forma general, la venta y consumo de bebidas alcohólicas a cualquier persona en espectáculos públicos o actividades recreativas que, de manera específica, lo prohíban en sus reglamentos particulares (art. 20.5)¹³³.

– *Restricciones a la venta y consumo de tabaco.* De acuerdo con la Ley 4/1997 –art. 25.2–, queda prohibido, en relación con el tabaco:

¹³¹ La redacción original de este apartado era la siguiente: «La venta y el consumo de bebidas alcohólicas superiores a 20 grados centesimales en los centros de enseñanza superior y universitaria, centros sanitarios, dependencias de las Administraciones Públicas, en las instalaciones deportivas y áreas de servicio de autovías y autopistas». Este apartado fue modificado por art. único.1 de la Ley 1/2001, de 3 de mayo, que dispuso la siguiente redacción: «La venta y el consumo de bebidas alcohólicas superiores a 20 grados centesimales en los Centros de enseñanza superior y universitaria, Centros sanitarios, dependencias de las Administraciones Públicas, en las instalaciones deportivas, en las áreas de servicio y gasolineras o estaciones de servicio ubicadas en las zonas colindantes con las carreteras, autovías y autopista». Pero fue modificado, a su vez, por art. 3 de la Ley 12/2003, de 24 de noviembre, con la redacción vigente. Asimismo, el art. 2 del Decreto 167/2002, de 4 junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 4/1997, de 9 de julio, dispone lo siguiente: «A los efectos previstos en el artículo 26.1.c) de la Ley 4/1997, de 9 de julio, se entenderá por estaciones de servicio las instalaciones y servicios ubicados en gasolineras o en edificaciones contiguas a las mismas que se destinen al mantenimiento y reparación de vehículos de motor, o a cubrir las necesidades de alimentación, descanso o distracción de los usuarios de las carreteras, autovías y autopistas».

¹³² Letra adicionada por art. único.2 de la Ley 1/2001, de 3 de mayo. Asimismo, el art. 3 del Decreto 167/2002, de 4 junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley 4/1997, de 9 de julio, dispone lo siguiente: «1. De conformidad con el artículo 26.1.d) de la Ley 4/1997, de 9 de julio, queda prohibida, con carácter general, la venta, suministro o distribución de bebidas alcohólicas, realizada a través de establecimientos en los que no está autorizado el consumo, la de carácter ambulante y la efectuada a distancia, durante el horario comprendido entre las 22 horas y las 8 horas del día siguiente. 2. Los Ayuntamientos podrán establecer excepciones a la limitación horaria dispuesta en el apartado anterior durante la celebración de fiestas locales, Semana Santa, Navidad u otras fiestas de carácter tradicional en sus respectivos términos municipales, especificando las zonas a las que serían de aplicación y el régimen horario previsto en tales casos». El Decreto 167/2002 fue impugnado, si bien la STSJ de Andalucía (Málaga) núm. 2015/2010, de 19 mayo, desestimó el recurso.

¹³³ Téngase en cuenta, además, la Ley 7/2006, de 24 de octubre, sobre potestades administrativas en materia de determinadas actividades de ocio en los espacios abiertos de los municipios de Andalucía.

- a) «La venta o suministro a los menores de 18 años. Queda excluida de esta prohibición la venta a mayores de 16 años que acrediten el uso profesional del producto». En su día este mandato de la Ley 4/1997 supuso un avance respecto al Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, sobre limitaciones en la venta y uso de tabaco para protección de la salud de la población, el cual prohibió vender o entregar a los menores de dieciséis años labores de tabaco –art. 5.1–. Sin embargo, la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, prohíbe vender o entregar a personas menores de dieciocho años, sin excepciones, productos del tabaco, así como cualquier otro producto que le imite e induzca a fumar (art. 3.2). Por tanto, debe entenderse derogada la excepción prevista en la Ley andaluza.
- b) «La venta: En los centros, servicios y establecimientos sanitarios. En los centros docentes no universitarios. En los establecimientos destinados preferentemente a la atención a la infancia y la juventud. En las instalaciones deportivas, públicas o privadas». No obstante, la citada Ley 28/2005, de 26 de diciembre, establece que queda prohibida la venta y suministro de productos del tabaco en los siguientes lugares: a) Centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de Derecho público. b) Centros sanitarios o de servicios sociales y sus dependencias. c) Centros docentes, independientemente de la edad del alumnado y del tipo de enseñanza. d) Centros culturales. e) Centros e instalaciones deportivas. f) Centros de atención y de ocio y de esparcimiento de los menores de edad (art. 5). De este modo, por ejemplo, si bien la Ley 4/1997 no prohibía la venta de tabaco en centros universitarios, la Ley 28/2005 sí lo hace.
- c) «El consumo en los lugares no autorizados dentro del ámbito de las Administraciones Públicas, centros docentes, centros sanitarios e instalaciones deportivas cerradas»¹³⁴. Téngase en cuenta que la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, prohíbe fumar, además de en aquellos lugares o espacios definidos en la normativa de las Comunidades Autónomas, en muchos otros que se detallan¹³⁵.

¹³⁴ Ya el Real Decreto 192/1988, de 4 de marzo, sobre limitaciones en la venta y uso de tabaco para protección de la salud de la población, prohibió fumar en –art. 7.2–: a) Centros de atención social destinados a menores de dieciséis años. b) Centros, servicios o establecimientos sanitarios definidos según el Real Decreto 2177/1978, de 1 de septiembre, por el que se aprueba el Registro, catalogación e inspección de Centros, servicios y establecimientos sanitarios. c) Centros docentes. d) Zonas de las oficinas de las Administraciones Públicas destinadas a la atención directa al público.

¹³⁵ Entre otros, en: a) Centros de trabajo públicos y privados, salvo en los espacios al aire libre. b) Centros y dependencias de las Administraciones públicas y entidades de Derecho público. c) Centros, servicios o establecimientos sanitarios, así como en los espacios al aire libre o cubiertos, comprendidos en sus recintos. d) Centros docentes y formativos, salvo en los espacios al aire libre de los centros universitarios y de los exclusivamente dedicados a la formación de adultos, siempre que no sean accesos inmediatos a los edificios o aceras circundantes. e) Instalaciones deportivas y lugares donde se desarrollen espectáculos públicos, siempre que no sean al aire libre. f) Zonas destinadas a la atención directa al público. g) Centros comerciales, incluyendo grandes superficies y galerías, salvo en los espacios al aire libre. h) Centros de atención social. i) Centros de ocio o

d) Según la Ley 4/1997, la expedición de tabaco o sus labores mediante máquinas automáticas de venta sólo podrá realizarse en lugares cerrados, y se hará constar en la superficie frontal de la máquina que el tabaco es perjudicial para la salud, y que los menores de 18 años tienen prohibido utilizar la máquina¹³⁶.

Finalmente, la Ley 4/1997 añadió lo siguiente: «En los lugares en que está prohibido el consumo, podrán habilitarse zonas para fumadores debidamente aisladas y señalizadas. En caso de que no fuere posible su aislamiento eficaz, se mantendrá la prohibición para todo el local». Este precepto debe entenderse derogado por la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, la cual únicamente prevé la habilitación de zonas para fumar en hoteles, hostales y establecimientos análogos (art. 8).

6. LA ATENCIÓN A DROGODEPENDIENTES

6.1. La atención en general

6.1.1. *La red andaluza de atención a las drogodependencias y adicciones*

De acuerdo con la Ley 4/1997 –art. 5–, la «atención» a drogodependientes comprende todas aquellas medidas dirigidas a dar cobertura sanitaria y social a las personas afectadas por drogodependencias, como consecuencia del abuso, así como del consumo en situaciones especiales de riesgos físico y psíquico. De este modo, la atención engloba tanto las actividades de tratamiento socio-sanitario (asistencia) como de rehabilitación social¹³⁷.

En nuestra Comunidad Autónoma desde el I Plan Andaluz se ha desarrollado la Red para la Atención a las Drogodependencias y Adicciones en Andalucía, un gran paralela a la Ley

esparcimiento, salvo en los espacios al aire libre. j) Centros culturales, salas de lectura, exposición, biblioteca, conferencias y museos. k) Salas de fiesta, establecimientos de juego o de uso público en general, salvo en los espacios al aire libre. l) Áreas o establecimientos donde se elaboren, transformen, preparen, degusten o vendan alimento. (art. 7).

¹³⁶ Sobre las condiciones para la venta y el suministro de tabaco a través de máquinas expendedoras la véase artículo 4 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco. La STC 204/2013, de 5 de diciembre, declaró que el régimen de venta de productos del tabaco previsto en la Ley 28/2005 es formal y materialmente básico.

¹³⁷ A lo largo de los años, el modelo de tratamiento de las drogodependencias se ha definido como modelo biopsicosocial, como modelo universalmente aceptado. Este concepto surge a mediados de los ochenta, y pone de manifiesto el carácter interdisciplinar de la intervención en este ámbito. A partir de ese momento, adquiere un mayor protagonismo la intervención psicológica y social, al entenderse que es ahí donde se encuentran muchos de los conflictos previos que se dan en las drogodependencias y en las formas de abordarlos. Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27038.

4/1997, se ha configurado en la práctica como es una red mixta, bajo un llamado «modelo descentralizado», que agrupa recursos dependientes de las diversas administraciones (local, provincial o autonómico) y privados-concertados. En esta Red han desempeñado un papel fundamental los *Centros Provinciales de Drogodependencias* (en adelante CPD). Fueron creados por Decreto 73/1985, de 3 de abril¹³⁸, al mismo tiempo que el Comisionado para la Droga y son fruto de los Convenios formalizados entre la Junta de Andalucía y las Diputaciones Provinciales, financiándose con fondos procedentes de estas dos Administraciones y del Plan Nacional sobre Drogas. Dependen orgánicamente de las Diputaciones Provinciales y funcionalmente del órgano autonómico competente en la materia¹³⁹.

Desde el punto de vista asistencial, los CPD actúan como centros especializados en la atención a las drogodependencias en la provincia. Los CPD cumplen varias funciones. De un lado, tienen el carácter de Centros de Tratamiento Ambulatorio de primer nivel y puerta de entrada a la red asistencial, pues constituyen el canal de acceso al resto de los recursos y programas disponibles en la red asistencial. Pero, además, desarrollan actividades de información, prevención, programas de reinserción social, y tienen encomendada la coordinación técnica del Plan en su provincia. De este modo, puede afirmarse que los CPD han sido los pilares de la red asistencial andaluza. Por su parte, el III Plan Andaluz trata de impulsar su función en materia de prevención, definiendo la figura de Responsable del Área de Prevención en cada Centro Provincial de Drogodependencias que coordine las aportaciones de profesionales en esta materia en su respectiva provincia.

En general, puede decirse que desde mediados de los años 80 hasta el inicio de la crisis en 2008 tuvo lugar una continua extensión de la red servicios asistenciales. Se generaron nuevos recursos asistenciales, como centros de atención, centros de día y camas hospitalarias para la desintoxicación, y se sometieron las comunidades terapéuticas a controles de calidad. No obstante, el propio Defensor del Pueblo andaluz señaló la necesidad de contar con un Plan Director o un Mapa Asistencial, así como de revisar los criterios de ubicación de los centros y recursos para equilibrar determinadas zonas geográficas, con relación a la ubicación de los centros en función de la población existentes y su distancia a los mismos¹⁴⁰. «Además, se debe definir el mapa de recursos, para no dar la imagen de

¹³⁸ Este Decreto 73/1985 fue derogado por el Decreto 301/2003, de 21 de octubre, por el que se regula las Comisiones Provinciales de Drogodependencias.

¹³⁹ El momento de mayor inflexión en la configuración de la Red se produjo a finales de los ochenta, cuando las Diputaciones solicitaron un compromiso claro de la Administración Autonómica con relación al futuro de los recursos humanos y materiales que se habían ido incorporando para garantizar el futuro de los mismos, y así seguir avanzando en su configuración. Para dar respuesta a esta exigencia, mediante Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, de 27 de junio de 1989, se comprometió a garantizar la continuidad de los efectivos personales y funcionales de los centros provinciales de drogodependencias, tal como son recogidos en los convenios con las Diputaciones Provinciales en esos años. Aspecto éste que se modificó en el convenio de 2001, al cambiarse la estipulación donde venía recogido. En los convenios realizados en el 2002, por primera vez se recoge la creación de unos equipos para atender los problemas de ludopatía.

¹⁴⁰ «Partiendo de ello, podemos considerar que la Red no se puede considerar concluida con relación al número de recursos, ya que existen zonas donde la distancia a los mismos es bastante considerable, o faltan centros

que se abren o conciertan unos en función de la presión que se ejerce mientras se cierran otros, dando todo ello una sensación de provisionalidad y descoordinación que poco favorece la definición del modelo de atención»¹⁴¹.

En tal sentido, el III Plan Andaluz se marca como objetivos implementar recursos o redistribuyendo los existentes en las provincias, atendiendo a criterios de demanda, población, dispersión geográfica y horarias. Acercando los recursos residenciales mediante una distribución provincializada que consiga el acercamiento y la participación de las familias de las personas usuarias, así como la comunicación y la coordinación entre profesionales de los recursos. Además, se contempla la elaboración de un catálogo de Servicios dinámico y adaptado a las necesidades de hombres y mujeres que demandan atención en la Red para la Atención a las Drogodependencias y Adicciones.

A ello se ha unido que la red ha estado integrada de forma muy mayoritaria por centros concertados, lo cual ha constituido un innegable factor de precariedad, acusando fuertemente la crisis económica: conciertos que se no prorrogan y retrasos en los abonos de los mismos, con la consiguiente insuficiencia de los recursos disponibles, como acredita la prolongada permanencia en la lista de espera para el ingreso en los centros, tal como ha señalado el Defensor del Pueblo de Andalucía¹⁴². Todavía el III Plan Andaluz plantea la elaboración de sendos protocolos para la coordinación entre los recursos del Sistema Sanitario Público de Andalucía y del Sistema público de Servicios Sociales con la Red para la Atención a las Drogodependencias y Adicciones.

Asimismo, la implicación de las redes generales (sanitaria y de servicios sociales) en la atención y la integración de los distintos recursos en una única red, ha sido aún insuficiente¹⁴³.

de apoyo social que cubran necesidades que en estos momentos tiene la red». Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27046.

¹⁴¹ Y añadía el Defensor del Pueblo Andaluz: «Con respecto a la denominada cartera de servicios, ésta debe dejar de depender exclusivamente de la decisión política, que responde a la influencia y la presión que ejerce la sociedad, y tener en cuenta los intereses individuales de los propios afectados. Se retoma de esta forma la vieja polémica de la búsqueda del control social del adicto, en nombre de la salud pública, por encima de los intereses y derechos individuales». BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27139.

¹⁴² Informe al Parlamento de Andalucía de 2012, p. 813: «(...) fue un importante número de quejas referidas al ingresos en comunidades terapéuticas y viviendas de apoyo a la inserción, motivadas en el retraso en la lista de espera para el ingreso. Retraso debido a la falta de plazas, cuando las características de estos pacientes exige una respuesta rápida y urgente cuando surge la demanda. Una espera prolongada supone para muchos el abandono y un efecto muy negativo sobre el trabajo realizado anteriormente. Se debilita así la motivación y los deseos de iniciar el tratamiento o, cuando ingresan en el recurso, las situaciones de abandono llegan a ser frecuentes».

¹⁴³ Como ya señalara el Informe de 22 de noviembre de 1995 de la Comisión Mixta Congreso-Senado, para el estudio del problema de la droga.

Por último, y a diferencia de lo establecido en otras Comunidades Autónomas (Extremadura, Castilla-La Mancha, Cantabria, Canarias o Comunidad de Madrid), se echa en falta en el ordenamiento andaluz la definición de un específico estatuto de las personas con drogodependencia o adicciones, que dignifique su posición, en tanto que usuarios de los sistemas de salud y asistenciales, enumerando sus derechos y deberes: confidencialidad, acceso a la oferta terapéutica más adecuada, voluntariedad para iniciar y cesar el proceso terapéutico, salvo excepciones (en caso de riesgo para la salud pública o cuando la urgencia no permita demoras), o gratuidad de la asistencia socio-sanitaria¹⁴⁴. Además, son de interés algunas cautelas previstas para facilitar el acceso de personas en situaciones sociales complejas a los programas de desintoxicación, deshabitación y reducción de daños en centros especializados, tal como la regla según la cual el ingreso en un centro especializado no conllevará la suspensión de ninguna subvención, ayuda o prestación de carácter social de la Administración de la que pudiera ser beneficiario¹⁴⁵.

6.1.2. Especialización versus normalización

La Ley 4/1997 –art. 13.a)– establece que las Administraciones Públicas andaluzas, dentro de sus respectivos ámbitos de competencias, efectuarán las actuaciones precisas para garantizar a las personas drogodependientes, «en iguales condiciones que al resto de la población», la atención sanitaria y social adecuada a sus necesidades y a los niveles de prestaciones existentes en la red ordinaria de Salud y Servicios Sociales¹⁴⁶. Pero, además, la Ley 4/1997 añade que para el adecuado desarrollo de una atención integral

¹⁴⁴ Así, la Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas de Asturias reconoce a las personas consumidoras de drogas o de bebidas alcohólicas los derechos siguientes: a) A que se respete su dignidad humana, la autonomía de su voluntad, su intimidad y su personalidad, sin que puedan ser discriminadas por motivos de salud mental o física, raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole o condición personal, social o económica. b) A la seguridad jurídica, incluyendo los mecanismos y vías para formular las quejas y reclamaciones que estime pertinentes y que éstas sean respondidas adecuadamente. c) A la voluntariedad para iniciar y cesar un proceso terapéutico y a conocer las diferentes opciones terapéuticas y sus implicaciones. d) A conocer el nombre del terapeuta al que esté asignado y el nombre y categoría profesional de todas las personas que intervengan en su tratamiento. e) A no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier tipo de comunicación, o de agresiones contra su honor y su reputación. f) A la participación activa propia o de la familia o responsables del paciente a lo largo de todo el proceso. g) A la constancia por escrito o en soporte técnico adecuado de todo su proceso asistencial. h) A que se le extienda certificación acreditativa sobre su situación de salud, así como sobre el tratamiento que esté recibiendo o haya recibido. i) A prestar consentimiento informado y, en particular, si el tratamiento que se le aplique puede ser utilizado para un proyecto docente o investigación, que en ningún caso podrá comportar peligro adicional para su salud. j) A obtener la información sobre servicios y recursos a los que puede acceder y los requisitos y exigencias que plantea su proceso o tratamiento (art. 7).

¹⁴⁵ Ley 4/2015, de 6 de marzo, de atención integral en materia de drogas y bebidas alcohólicas de Asturias (art. 31).

¹⁴⁶ Diez años después el Acuerdo de 28 de marzo de 2007 de la Comisión Mixta Congreso– Senado para el Estudio del Problema de las Drogas por el que se aprueba, con modificaciones, el Informe de la Ponencia para el estudio de los efectos nocivos de las drogas en la salud de los jóvenes y, muy especialmente, de sustancias como el cannabis, la cocaína y las drogas de diseño, declaró lo siguiente: «El Sistema Nacional de Salud debe

al drogodependiente, la Administración de la Junta de Andalucía establecerá «programas específicos» orientados a facilitar el acceso a los servicios y la continuidad asistencial –art. 16–. En estos apartados legales subyace la tensión entre la necesidad de crear dispositivos específicos para la atención de los drogodependientes y la conveniencia, a largo plazo, de impulsar la integración y normalización de las redes asistenciales en los sistemas públicos de salud y servicios sociales, con el fin de aprovechar todos los recursos existentes y evitar la segregación¹⁴⁷.

Por su parte, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de diciembre, por el que se establece la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, incluye la prevención, atención y tratamiento a las adicciones, a las conductas adictivas en general, al consumidor de alcohol, trastornos del comportamiento, diagnóstico y tratamiento de conductas adictivas, incluidos alcoholismo y ludopatías, tanto en atención primaria y especializada, como en atención a la salud mental¹⁴⁸.

En todo caso, parece lógico que el nivel primario de intervención debe ser atendido por los Equipos Sanitarios de Atención Primaria y los Servicios Sociales Generales o Comunitarios. Las funciones de nivel primario que constituyen la primera línea de intervención han de ser llevadas a cabo por los Equipos Sanitarios de Atención Primaria y los Servicios Sociales Generales o Comunitarios¹⁴⁹. A los primeros les correspondería la tarea de detección, atención y seguimiento de la problemática orgánica del drogodependiente, derivando, cuando sea necesario, a los restantes elementos de la red sanitaria o especializada del

asumir la asistencia al drogodependiente en términos de igualdad y equidad con el resto de pacientes». BOCG, Sección CG, VIII Legislatura, 30 de abril de 2007.

¹⁴⁷ Ya el Informe de 12 de junio de 1991 de la Comisión Mixta Congreso-Senado, para el estudio del problema de la droga, consideró necesario integrar cada vez más a los servicios generales de salud y de servicios sociales en los programas de atención a drogodependientes, prosiguiéndose con las actividades de formación ya iniciadas, dirigidas a los profesionales de este sector.

¹⁴⁸ Ya la Estrategia Nacional sobre Drogas para el periodo 2000-2008 declaró La asistencia a los enfermos drogodependientes debe realizarse a través del Sistema Nacional de Salud y del Sistema de Acción Social y Servicios Sociales, complementados con recursos privados debidamente autorizados y/o acreditados, a lo que denominó «Sistema de Asistencia e Integración Social de Drogodependientes». Este sistema se configura como una red asistencial de utilización pública, y en él se deberán integrar de forma coordinada centros y servicios generales, especializados y específicos, que presten asistencia ambulatoria y en régimen residencial y que oferten una asistencia diversificada que se ajuste a las características, necesidades y demandas de cada paciente (p. 60). Por su parte, el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», se preguntaba «¿Cómo se justifica que existiendo cada vez más patologías asociadas (trastornos psiquiátricos, deterioro del estado de salud de muchos de los actuales pacientes, problemas graves de marginalidad) éstas son atendidas de forma diferenciada con el resto de las enfermedades, cuando la tendencia es a integrar en un sistema único los problemas de salud de la población?». BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27043.

¹⁴⁹ Así lo expresó ya el Informe de 22 de noviembre de 1995 de la Comisión Mixta Congreso-Senado, para el estudio del problema de la droga.

segundo nivel¹⁵⁰. A los Servicios Sociales, Generales o Comunitarios les correspondería el diseño, ejecución y evaluación de la reinserción social del drogodependiente.

Otra cosa podrá ser el nivel secundario, si bien la tendencia debería consistir en avanzar hacia una oferta normalizada, evitando la creación de recursos paralelos y la segregación o aislamiento de los usuarios. Más aún, el principio debería ser el de *atención integral* las personas con problemas de drogodependencias, atención que debe abordarse desde el principio de cooperación y coordinación entre el Sistema Nacional de Salud y el Sistema de Servicios Sociales¹⁵¹. Finalmente, debe señalarse que existen consumidores de sustancias muy normalizados, que no pretenden perder esta condición. Por ello, muchos de estos consumidores encuentran dificultades serias de acudir a unos recursos de tratamiento que difícilmente responden a la demanda que ellos solicitan¹⁵².

Más recientemente se ha insistido en la idea según la cual la integración, tanto funcional como administrativa, de la red específica de adicciones en el sistema sanitario general, no sólo es un proceso deseable sino, además, viable¹⁵³. Por motivos históricos, las drogodependencias son tratadas en redes paralelas al sistema de salud, por médicos generales, psiquiatras, psicólogos, enfermería y trabajadores sociales, que han ido formándose a lo largo de los años para atender la complejidad de estas enfermedades, que en gran número de ocasiones se asocian con otros trastornos mentales, por lo que se hace necesaria su

¹⁵⁰ El Acuerdo de 28 de marzo de 2007 de la Comisión Mixta Congreso-Senado para el Estudio del Problema de las Drogas por el que se aprueba, con modificaciones, el Informe de la Ponencia para el estudio de los efectos nocivos de las drogas en la salud de los jóvenes y, muy especialmente, de sustancias como el cannabis, la cocaína y las drogas de diseño, insistió en esta idea: «Debe consolidarse y reforzarse el papel de los servicios de atención primaria en la detección e intervención precoz en la atención a las drogodependencias. Hay que incrementar las acciones de formación específica de los profesionales y las profesionales de la salud en los problemas derivados de la drogodependencia, en la atención primaria de salud, y especialmente en los servicios de urgencias y en la atención especializada». *BOCG*, Sección CG, VIII Legislatura, 30 de abril de 2007.

¹⁵¹ Así lo señaló el Acuerdo de 28 de marzo de 2007 de la Comisión Mixta Congreso-Senado para el Estudio del Problema de las Drogas por el que se aprueba, con modificaciones, el Informe de la Ponencia para el estudio de los efectos nocivos de las drogas en la salud de los jóvenes y, muy especialmente, de sustancias como el cannabis, la cocaína y las drogas de diseño. *BOCG*, Sección CG, VIII Legislatura, 30 de abril de 2007.

¹⁵² Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», *BOPA* núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 271.

¹⁵³ Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado de 24 de mayo de 2011 sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro». *BOCG*, Sección CG, IX Legislatura, 31 de mayo de 2011. El Informe añade: «Es recomendable que la integración se realice de manera secuencial, comenzando por la integración funcional para llegar, posteriormente, a la integración orgánica. La integración en el sistema sanitario se sustenta en un diagnóstico y tratamiento en igualdad de condiciones con cualquier otra patología, en la mejora en la accesibilidad al tratamiento, pruebas diagnósticas y capacidad de resolución, mejorando los indicadores de calidad y gestión clínica, todo bajo el paraguas del efecto positivo que genera la normalización sobre la conciencia social del problema y la mayor facilidad para el desarrollo de estrategias de detección precoz en el propio sistema sanitario, y en donde las tecnologías de la información y la comunicación deben ser el medio que permita el acceso al sistema y que garantice la atención» (p. 31).

atención de forma integral, abordando ambos, a la vez, dentro de la red de salud mental: «El Sistema Nacional de Salud es el entramado que debe garantizar la asistencia de estas personas; cualquiera otra red de utilización pública que exista se debe de integrar en el Sistema Nacional de Salud». El Sistema Nacional de Salud debe asumir la asistencia a las personas que padezcan adicciones en términos de igualdad y equidad con el resto de pacientes¹⁵⁴.

6.2. Actuaciones de asistencia

6.2.1. Competencias

De acuerdo con la Ley 4/1997, la actividad de asistencia o tratamiento propiamente dicho comprende las actuaciones de desintoxicación, deshabituación y todas aquellas medidas encaminadas a tratar las enfermedades y trastornos físicos y psicológicos causados por el consumo o asociados al mismo, incluyendo (tras la modificación efectuada por la Ley 12/2003, de 24 de noviembre) tratamientos terapéuticos con las propias sustancias que hubiesen generado la adicción, que permitan mejorar las condiciones de vida de los pacientes –art. 5.b)–. Por su propia naturaleza, esta fase de asistencia es de carácter eminentemente sanitaria, a cubrir por los dispositivos de socio-sanitarios.

A este respecto, la Ley 4/1997 declara que la Administración de la Junta de Andalucía, en los términos que reglamentariamente se establezcan, velará por el desarrollo de las actuaciones precisas para el *tratamiento* de las drogodependencias: La desintoxicación, la deshabituación, la atención a las complicaciones orgánicas y psíquicas y a las urgencias derivadas del consumo de drogas¹⁵⁵. Al mismo tiempo podrá establecer con carácter complementario fórmulas de cooperación y colaboración con entidades públicas o privadas. De este precepto parece desprenderse que estas actuaciones de asistencia o tratamiento,

¹⁵⁴ Pág. 32. Y continúa el Informe de la Ponencia: «Esta red asistencial única, de cobertura universal, incidiría en que la atención integrada fuese normalizada, profesional, intensiva y de corta duración. Un recurso socio-sanitario para otro perfil, que posiblemente requiera otro tipo de demanda, que tendrá que ser flexible. Y esto será más factible si se impulsa que el Sistema Nacional de Salud, dentro de su cartera de servicios, incluya a estos pacientes como pacientes que la atención primaria asista dentro de la detección precoz». En este sentido, el posterior Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado, de 21 de marzo de 2014, sobre las perspectivas de futuro en el abordaje de las actuales y nuevas adicciones, destaca la necesidad de integrar el tratamiento de las adicciones en una única red sanitaria, para evitar deficiencias en el acceso a los tratamientos y la atención a drogodependientes que todavía hoy se están produciendo. «Es preciso normalizar los tratamientos, integrarlos como en cualquier otro problema de salud». *BOCG*, Sección CG, X Legislatura, 25 de marzo de 2014, p. 23.

¹⁵⁵ El Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», señaló a propósito de este precepto: «Debido a la importancia de este apartado, consideramos necesaria la existencia de un reglamento que recoja los derechos de los usuarios con relación a los distintos aspectos del tratamiento, como garantía de los derechos básicos que deben estar presentes ante las Administraciones Públicas». *BOPA* núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 26.994.

debido a su indicada naturaleza sanitaria, se reservan a «la Administración de la Junta de Andalucía», asignando a las Administraciones Locales y entidades privadas un papel complementario de la Administración autonómica, mediante fórmulas de cooperación y colaboración.

De modo general, la Ley 4/1997 establece que los centros, servicios y establecimientos que, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma andaluza, desarrollen actividades asistenciales, tanto de carácter sanitario como social, deberán cumplir las normas de autorización, registro y acreditación que les sean aplicables –art. 17–. Por su parte, la Ley 5/2002 de Parejas de Hecho –art. 16– declara que las Administraciones tendrán en cuenta, en su caso, la existencia de parejas de hecho, y desarrollarán su actuación sobre las mismas, cuando éstas sean un factor determinante para la asistencia, rehabilitación e incorporación social de sus miembros.

6.2.2. Centros y recursos para la asistencia de drogodependientes

En general, debe tenerse presente que, en la mayoría de los casos, el abordaje terapéutico de un drogodependiente requiere una combinación coordinada de diferentes recursos asistenciales, unas veces secuencialmente y otras veces simultáneamente. Es decir, cada recurso es un elemento necesario, pero no suficiente, de un proceso terapéutico complejo del que forma parte y que obliga a trabajar en red, así como que los centros, servicios y programas que forman parte de la misma, acepten unos objetivos asistenciales individualizados en los que primen evitar el deterioro biológico, psicológico y social. Asimismo, de acuerdo con la Estrategia Nacional 2009-2016, los programas asistenciales deben ser flexibles en las condiciones de acceso y de permanencia, y deben realizarse preferentemente en su ámbito de residencia. Es necesario, además, que el Sistema se estructure en niveles de intervención, correspondiendo a los Planes Autonómicos sobre Drogas determinar el circuito terapéutico, las condiciones de acceso y derivación en el mismo, así como la inclusión de niveles complementarios de intervención. En concreto, de acuerdo con la Estrategia Nacional 2009-2016, la atención sanitaria al drogodependiente debe contemplar, como principios básicos, la individualización del tratamiento, la atención normalizada desde los diferentes recursos sanitarios de la red asistencial pública, la integralidad y coordinación de los recursos implicados, así como la posibilidad de presentar una cartera de programas diversificados y flexibles adaptados a la realidad del usuario, a la hora de establecer el plan terapéutico¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Pág. 77. La Estrategia Nacional sobre Drogas 2000-2008 recomendó que en todas las Áreas de Salud exista un circuito terapéutico que estructurado, al menos en tres niveles básicos de intervención, dé respuesta adecuada y suficiente a las necesidades terapéuticas de los drogodependientes. El primer nivel del circuito terapéutico debe ser la principal puerta de entrada al Sistema, y debe estar constituido al menos por los Equipos de Atención Primaria de Salud, los Servicios Sociales y los recursos que ejecuten los programas de reducción de los riesgos y los daños así como aquellos otros recursos que desarrollen la atención de las necesidades sociales y sanitarias básicas de los drogodependientes pertenecientes a los citados Sistemas Públicos. Los recursos que forman parte del primer nivel tienen como principales funciones la detección, captación, motivación

De otro lado, la evaluación de los programas de tratamiento la situación no ha evolucionado satisfactoriamente. Según el documento de evaluación final de la Estrategia Nacional 2000-2008, menos de la mitad de los Planes Autonómicos de Drogas disponen de sistemas de evaluación del proceso del tratamiento y sólo la tercera parte evalúa los resultados¹⁵⁷.

- *Centros de Tratamiento Ambulatorio*. La Orden de 28 de agosto 2008, por la que se regula la acreditación de los centros de atención a personas con problemas de drogodependencias y adicciones sin sustancias, los define como centros especializados en la atención a las drogodependencias y adicciones sin sustancias, en régimen de consulta programada¹⁵⁸. Se dedican a la prevención, orientación, desintoxicación, deshabituación, rehabilitación e incorporación social de las personas con trastornos adictivos en régimen ambulatorio¹⁵⁹. Son la puerta de entrada a toda la red de atención, pues son los únicos recursos que pueden realizar admisiones a tratamiento motivadas por consumo abusivo o por dependencia¹⁶⁰.

Además, estos centros articulan el proceso de tratamiento de las personas usuarias a lo largo del circuito terapéutico y actúan como centro de referencia de estas personas. Son también los responsables de la finalización de los tratamientos ya sea a través del alta terapéutica o de otros motivos de finalización (alta derivada, abandono o alta voluntaria)¹⁶¹.

y derivación de los drogodependientes a los servicios especializados, la atención de las necesidades sociales y sanitarias básicas del drogodependiente, y la necesaria coordinación con los recursos de segundo y tercer nivel que faciliten la incorporación social de los drogodependientes. El segundo nivel del circuito estará compuesto por equipos ambulatorios interdisciplinares que se responsabilizarán de diseñar y desarrollar los planes terapéuticos individualizados. Los recursos que forman parte del segundo nivel se pueden clasificar en recursos especializados de carácter general (atención primaria, especializada o salud mental) y recursos específicos. En cualquier caso, encuadrados en el Sistema Público de Salud, estos recursos deben garantizar la atención especializada, el seguimiento y la derivación al tercer nivel, así como la necesaria coordinación con los otros niveles de intervención. El tercer nivel estará constituido por recursos específicos con un alto nivel de especialización. Los diferentes dispositivos de este nivel pueden ser de ámbito supra Área de Salud, y su acceso debe ser por derivación desde los recursos de segundo nivel. En este tercer nivel de intervención se incluyen recursos tales como las Unidades de Desintoxicación Hospitalaria, centros residenciales, etc.

¹⁵⁷ Tampoco se consiguió la creación de un sistema de indicadores de calidad que permita objetivar el funcionamiento de los programas de tratamiento a escala nacional, tal y como proponía la Estrategia Nacional sobre Drogas 2000-2008 (pág. 61 del Documento de Evaluación Final).

¹⁵⁸ Se crearon por Decreto 368/1990, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Programa Especial de Intervención sobre Drogodependencias en Barriadas de Actuación Preferente.

¹⁵⁹ Personal mínimo: 1 Psicólogo/a. 1 Trabajador/a Social.

¹⁶⁰ El número de admisiones a tratamiento en Andalucía venía aumentando anualmente desde 2006, si bien en el año 2010 se produce una tendencia inversa con un marcado descenso, que continúa en el ejercicio 2011 (el doble del registrado el año anterior); la tendencia cambia de nuevo en el año 2012 incrementándose en 1636 admisiones respecto al año anterior, y en 376 admisiones más en 2013 respecto a 2012.; es en el año 2014, cuando la tendencia cambia de nuevo disminuyendo las admisiones a tratamiento en 924 con respecto al año anterior (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones).

¹⁶¹ El Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», señaló las características siguientes: 1. Son dispositivos territoriales, lo que

Los Centros de Tratamiento Ambulatorio son coordinados por el Centro Provincial de Drogodependencias, y dependiendo de su ámbito de actuación los centros ambulatorios pueden ser: Centros Provinciales, Comarcales o Municipales en función de su ámbito territorial de competencias. En la Red de Atención a las Drogodependencias de Andalucía la titularidad de los Centros de Tratamiento Ambulatorio puede ser pública o privada. En el caso de los privados la actividad deberá haber sido previamente concertada¹⁶². El III Plan Andaluz se propone flexibilizar el horario de atención de los Centros Tratamiento Ambulatorio, de modo que permita a las personas usuarias la conciliación con la vida personal, familiar y laboral y que facilite la adherencia al tratamiento.

– *Comunidades terapéuticas*. Inicialmente eran centros de rehabilitación en régimen de internado, es decir, aislado de su entorno social más próximo, aunque también realizaban tratamientos de desintoxicación y deshabituación. Surgen de la importancia terapéutica de lo comunitario, constituyéndose en uno de los recursos más demandado por los pacientes. Andalucía es uno de los territorios en que el modelo de Comunidades Terapéuticas para los tratamientos a las drogodependencias ha conseguido un mayor desarrollo e implantación. Previo a la creación del Plan Andaluz sobre Drogas existían ya Comunidades Terapéuticas gestionadas por la iniciativa social, creándose la primera pública a comienzos de 1986¹⁶³.

ayuda por un lado a un mayor acercamiento a las peculiaridades de la población a atender, al mismo tiempo que consigue una mayor coordinación con los recursos comunitarios de la zona. 3. Cuentan con equipos interdisciplinarios capaces de garantizar el abordaje de los distintos aspectos del problema. 4. Realizan todo un proceso de accesos y derivaciones a los distintos recursos especializados con los que cuenta la Red. Son por ellos, el referente de los pacientes con independencia de la fase de tratamiento en la que se encuentren. 5. Dependen tanto orgánica como funcionalmente, en un elevado porcentaje, de una Administración Pública. Constituyen una de las estructuras más fuertes del sistema de atención a las drogodependencias en Andalucía y son el referente más utilizado por pacientes y familiares. Con relación a los pacientes, las quejas más generalizadas tienen que ver con la atención recibida en la primera cita que les lleva a una espera, en algunos casos, prolongada. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27054.

¹⁶² El número de centros se mantiene prácticamente estable desde 2003 (que se pasó de 110 a 121), que es cuando se consolida la red de atención a las drogodependencias y adicciones (119 en 2008, 120 en 2014). En aplicación del II Plan Andaluz, se realizó un esfuerzo en reforzar el número de centros de titularidad pública, negociando con diferentes ayuntamientos la asunción de la gestión de centros que anteriormente eran de titularidad privada. Así se pasó de un 70,9 % de centros públicos en 2002 a un 81,9 % en 2007. En 2008 este porcentaje volvió a reducirse ligeramente (79,8%). En 2014, de acuerdo con la Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones, 101 centros eran de droga (89 públicos y 12 concertados), 10 de alcohol (todos concertados) y 9 de juego (todos concertados). La evaluación del II PASDA señala aspectos que podrían mejorarse en relación a la accesibilidad a los recursos, como la distribución provincial de los centros, la adaptación de los horarios de apertura de algunos recursos, que actualmente limitan la posibilidad de acceso. III Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones (2016-2021), p. 29.

¹⁶³ Surgen fuera de los centros de investigación y de tratamiento del mundo profesional; al mismo tiempo que son dirigidas por ex drogadictos o comunidades religiosas, sin auxilio especializado de ningún tipo y donde el tratamiento, no es una técnica, sino una estructura social comunitaria que vive en régimen de autogestión. Según el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», las características más importantes de estos recursos son: 1. Están en zonas alejadas de las ciudades. 2. Realizan una selección severa y exclusiva de los miembros para potenciar la voluntariedad del sujeto. 3. Crean actividades artesanales y agrícolas, junto a acción psicoterapéutica. 4. Existen

Según la Orden de 28 de agosto 2008, son centros de carácter residencial, cuyo fin principal es ofrecer tratamiento integral biopsicosocial, orientado a la deshabitación de la conducta adictiva, a la rehabilitación del hábito de comportamiento de la persona y al seguimiento de las patologías orgánicas asociadas, así como actividades formativas y de capacitación profesional, tendentes a favorecer la incorporación social. Podrán contar con Unidades de Desintoxicación Residencial¹⁶⁴. Las comunidades realizan tratamientos libres de drogas, con sustitutivos, así como actividades socioeducativas orientadas a la incorporación social. A las comunidades de titularidad pública y a las concertadas se accede gratuitamente, según la indicación del equipo terapéutico del Centro de Tratamiento Ambulatorio, mediante un protocolo específico¹⁶⁵.

- *Centros de desintoxicación residencial*. La citada Orden de 28 de agosto 2008 aclara que ofrecen asistencia sanitaria para la desintoxicación de las drogodependencias en régimen de internamiento. Pueden estar integrados como unidades en Comunidades Terapéuticas¹⁶⁶.
- *Unidades de Desintoxicación Hospitalarias*. La Ley 4/1997 –art. 18– establece que los hospitales que se determinen reglamentariamente, del sector público o vinculados

equipos profesionales psicoterapéuticos. 5. Dentro del modelo existente en Andalucía, cuentan con unidades de desintoxicación hospitalarias lo que facilita el proceso de tratamiento. Por tanto, se configuran como un dispositivo de carácter residencial que permite un mayor grado de tutela y control del drogodependiente. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27056.

¹⁶⁴ Personal técnico mínimo: 1 Médico/a. 1 Psicólogo/a con una ratio de 20 personas usuarias como máximo. 1 Trabajador/a Social. 1 Monitor Ocupacional o Educador con una ratio de 20 personas usuarias como máximo, con título de bachiller, formación profesional de grado medio o superior y experiencia mínima de un año en el ámbito de las drogodependencias y adicciones sin sustancias. En 2004 se llevó a cabo la homologación del Programa de Intervención en todas las Comunidades Terapéuticas, públicas y concertadas, de manera que el tratamiento recibido por un paciente cumple una serie de criterios comunes en cualquiera de ellas.

¹⁶⁵ El número de recursos y plazas, en líneas generales, ha aumentado progresivamente. Según datos del II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, en 1988 se disponían de 61 plazas públicas y 36 concertadas, y el número de usuarios era de 108. Hacia el año 2000 se disponían de 256 plazas públicas y 119 concertadas, y el núm. de usuarios ascendía en torno a 1000. Por su parte, según la Memoria de gestión de 2006, ese año funcionaron 23 comunidades terapéuticas, nueve públicas y catorce concertadas con un total de 436 plazas. En 2008, a pesar de contar con un centro menos (22), se incrementó el número de plazas (472) por medio de la ampliación de varios centros. Durante el año 2014 la red de Drogodependencias y Adicciones de Andalucía contaba con 23 Comunidades Terapéuticas, de las cuales 8 fueron de titularidad pública y 15 concertadas, siendo 478 el total de las plazas ofertadas (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones). aspecto problemático es el intento de homogeneizar estos recursos sin llegar a diferenciarse en función de los perfiles de usuarios, cuando existe una gran variedad de éstos (patología dual, menores, alcohólicos, mujeres, etc.), lo que supone para muchos pacientes y centros que existan dificultades a la hora de abordar unos tratamientos adecuados a éstos y que se produzca un mayor número de abandonos. Un aspecto problemático es el criterio seguido de homogeneizar estos recursos sin llegar a diferenciarse en función de los perfiles de usuarios, cuando existe una gran variedad de éstos (patología dual, menores, alcohólicos, mujeres, etc.), lo que supone para muchos pacientes y centros que existan dificultades a la hora de abordar unos tratamientos adecuados a éstos y que se produzca un mayor número de abandonos. Sin embargo, con este sistema se ha pretendido dar una mayor rentabilidad económica a éstos recursos, a expensa de sacrificar otros criterios de funcionamiento. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27058.

¹⁶⁶ Personal mínimo: 1 Médico/a. 1 ATS/DUE.

a éste mediante concierto o convenio, dispondrán de una unidad de desintoxicación. La designación de estos hospitales se realizará, en todo caso, atendiendo a criterios geográficos, de densidad de población y de existencia de núcleos de riesgo. Por tanto, estas unidades están integradas en hospitales y tienen la función de realizar desintoxicaciones en régimen de internado, cuando la patología asociada o las circunstancias psicosociales o familiares hacen difícil llevarla a cabo de forma ambulatoria. Son, por ello, reconocidas como recursos altamente especializados no polivalentes, que prestan una atención cualificada durante un periodo de tiempo limitado; posteriormente derivan a los pacientes atendidos al dispositivo de referencia una vez que cesa su intervención. A las Unidades de Desintoxicación se accede gratuitamente, a través de los Centros de Tratamiento Ambulatorio, mediante el correspondiente Protocolo de Ingreso. La derivación a una Unidad de Desintoxicación Hospitalaria vendrá dada por la imposibilidad de afrontar de forma ambulatoria o domiciliaria la desintoxicación¹⁶⁷.

- *Centros de encuentro y acogida*. Llamados Centros de Emergencia social en la Orden de 20 de diciembre 2002, surgieron como recursos dirigidos a personas con problemas derivados del abuso de drogas que se encuentran en situación de grave marginalidad social, que tienen deteriorada o en grave peligro su salud, representando una población de alto riesgo para sí mismos y para la comunidad y que se mantienen al margen de las redes socio-sanitarias¹⁶⁸. Por su parte la Orden de 28 de agosto 2008 los denomina Centros de encuentro y acogida (CEAS), y los define como centros destinados al desarrollo de programas de disminución de daños y riesgos, para personas con problemas de adicción que no deseen o no puedan abandonar el consumo, priorizándose las intervenciones orientadas a minimizar los daños provocados por las conductas adictivas, así como prestar información y orientación sobre las consecuencias del consumo,

¹⁶⁷ En 1987 se crea la primera Unidad de Desintoxicación mediante concierto entre el SAS y Cruz Roja Española. Posteriormente el SAS puso en marcha cuatro unidades integradas en hospitales públicos: Algeciras, Sevilla, Málaga y Granada. Desde el año 2002 se ha contado en Andalucía con las tres siguientes UDH: Hospital Punta Europa (Algeciras), Hospital Virgen de las Nieves (Granada) y Hospital Victoria Eugenia (Sevilla), con un total de 24 plazas. El Índice de Ocupación, en los últimos años, ha aumentado progresivamente en las tres UDH, llegando en 2008 el Hospital Victoria Eugenia al 90,6%, el Hospital Punta Europa al 81% y el Virgen de las Nieves al 58,7%. En 2014 permanecen las mismas tres unidades, si bien el número de plazas desciende a 19 (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones). Ya en su día el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», señaló la falta de interés de la Administración por este programa lleva a los profesionales al convencimiento de que se pretende prescindir de estos recursos, sin que se propongan alternativas. Mientras, existen las quejas de los usuarios sobre la espera para entrar en ellos en determinados momentos, por lo que dejan de ser eficaces. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27052.

¹⁶⁸ Nacen en el marco de las nuevas estrategias de reducción del daño, con el objetivo de paliar o minimizar los daños generados por el consumo problemático de drogas en aquellos colectivos que no acceden habitualmente a los servicios asistenciales. Para el periodo 2000-2006, se preveía la construcción de uno por provincia con cargo a los Fondos Estructurales Europeos. Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», puso de manifiesto las dificultades surgidas en la apertura de este tipo de centros ante la presión ambiental que se genera. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27077.

las formas de consumo menos perjudiciales y el acceso a los recursos de atención socio-sanitaria y programas formativos, laborales, etc.¹⁶⁹.

- *Viviendas de Apoyo al Tratamiento*. Se trata de unidades de alojamiento y convivencia ubicadas en edificios o zonas de viviendas normalizadas, destinadas a la residencia de personas con problemas de adicciones durante su proceso terapéutico. Son recursos destinados al alojamiento de personas carentes de sistemas de relación y vinculación con el entorno, con el objetivo de posibilitar su normalización social y familiar. La fundamentación de este tipo de recurso se debe a que el abuso de drogas conduce a la población afectada a una degradación personal, familiar y social. Ese deterioro les lleva a veces a abandonar el medio familiar, quedando sin recursos donde convivir¹⁷⁰. Los albergues no son solución para ellos debido a los criterios de permanencia, y que llegan a ser muy estrictos ante el consumo. En definitiva, se trata de una estancia temporal, cuyo objetivo es el objetivo es proporcionar un medio para la adquisición de determinados hábitos para drogodependientes en primera fase de tratamiento y que presentan una conflictividad socio-familiar grave¹⁷¹.

Además, desde 2004 existen Viviendas de Apoyo a enfermos de SIDA, como recurso específico de apoyo al tratamiento destinado a drogodependientes afectados de VIH y con un alto grado de exclusión social¹⁷².

¹⁶⁹ Personal mínimo: 1 profesional Sanitario con titulación superior o media. Un/a Psicólogo/a. 1 Trabajador/a Social 3 Monitores/Educadores. Durante el año 2006, funcionaron 7 centros de este tipo. Durante los años 2002 y 2003 funcionaron cuatro centros de encuentro y acogida en nuestra Comunidad Autónoma, uno en la ciudad de Córdoba, otro en Sevilla, un tercero en La Línea de la Concepción (Cádiz) y un cuarto en Granada. Estos centros, durante estos dos años, atendieron un total de 2.071 personas. En el año 2003 se iniciaron los trámites para la apertura de tres centros en las provincias de Huelva, Málaga y Almería que comenzaron a funcionar durante el 2004. En 2008 eran un total de 7 centros con 1.374 usuarios. En 2014 permanece el número de centros en 7 (uno por provincia, salvo Jaén), si bien el número de usuarios subió a 2516 (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones). La evaluación del II Plan Andaluz reconoció que la existencia de un centro por provincia, excepto en Jaén, no resulta suficiente y sería necesario seguir ampliando su número. III Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones (2016-2021), p. 34.

¹⁷⁰ BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27063.

¹⁷¹ Personal mínimo: 3 profesionales, con título de bachiller, formación profesional de grado medio o superior. Desde 2004 se cuenta con 4 Viviendas de Apoyo al Tratamiento con un total de 18 plazas. En 2008 se concertó una nueva vivienda en Málaga, Concepción Arenal, pasando el número de plazas total a 22, con índices de ocupación del 100%. En cambio, en 2014 se dispuso de tres VAT concertadas, con un total de 16 plazas (Cruz Roja de Huelva con 5 plazas, Torreblanca en Sevilla con 6 plazas y Madre de Dios en Granada con 5 plazas). El número total de personas beneficiarias de este recurso ascendió en el año 2014 a 76 personas (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones).

¹⁷² Desde 2004 se dispone de tres viviendas, todas ellas en la provincia de Cádiz en las localidades de Chiclana (Gerasa), La Línea (Marillac) y Jerez de la Frontera (Siloé). Durante el año 2005 se produjo un aumento importante del número de personas usuarias que accedieron a estos centros, produciéndose posteriormente un descenso del número de personas usuarias debido a que muchas han pasado a la consideración de dependientes, y ocupando las plazas con esta denominación (Informe de situación tras el II Plan Andaluz 2002-2007). A lo largo del año 2014 se contó con 31 plazas, las cuales atendieron a 32 nuevas demandas (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones).

6.2.3. Programas de Reducción del Daño

El modelo inicial de atención a las drogodependencias estaba fundamentado por el objetivo de conseguir la abstinencia (*programas libres de drogas*). Sin embargo, a raíz del bajo índice de retención de pacientes en programa, la aparición del SIDA y las recomendaciones de la OMS con relación al tratamiento de las drogodependencias, se comenzaron a priorizar estrategias de reducción del daño para los pacientes que no responden a los programas libres de drogas¹⁷³. De esta forma, se consolida en la actualidad un modelo de atención que combina complementariamente los Programas Libres de Drogas con los *Programas de Reducción del Daño*. Estos programas tienen por objetivo paliar o minimizar las consecuencias del consumo de drogas promoviendo la mejora de las condiciones generales de salud del drogodependiente, incluyendo de manera prioritaria actividades de educación sanitaria, consejo y apoyo psicológico a usuarios infectados por VIH o enfermos de SIDA y a sus familiares¹⁷⁴.

Así, la Ley 4/1997 dispuso que la Administración de la Junta de Andalucía, además de los programas asistenciales anteriores, realizará otros programas orientados a la promoción de la salud de los drogodependientes, a través de la educación sanitaria, la prevención, la detección y el tratamiento de las enfermedades asociadas al consumo de drogas. A este fin, se llevarán a cabo de manera preferente los siguientes programas:

- a) Encaminados a la reducción de daños y la mejora de las condiciones generales de salud del drogodependiente, incluyendo de manera prioritaria actividades de educación sanitaria, consejo y apoyo psicológico a usuarios de drogas infectados por el VIH o enfermos del SIDA y a sus familiares.
- b) De promoción de la salud, orientados de forma prioritaria a colectivos de riesgo, especialmente de vacunación y quimioprofilaxis de los sujetos afectados y personas que con él convivan, considerándose preferente los de hepatitis, tétano y tuberculosis.

¹⁷³ Estos programas de reducción del daño y riesgos asociados al consumo surgen ante las situaciones producidas por la ausencia de adhesión a los tratamientos de sectores de población que presentaban dificultades para abandonar el consumo; la no presencia en los mismos de poblaciones que no estaban y, probablemente, no estarán nunca por dejar de consumir; y, por último, la aparición de la pandemia del SIDA, y su posterior control, lo que llevó, con el paso de los tiempos, al envejecimiento y deterioro de un sector importante de la población consumidora. Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía", BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27067.

¹⁷⁴ El Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado de 24 de mayo de 2011 sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro» señala lo siguiente: «Los programas de reducción de daños tienen como objetivo la disminución de los efectos negativos del uso de drogas, para disminuir la morbi-mortalidad y las consecuencias psicosociales asociadas al consumo y mejorar así la calidad de vida de los drogodependientes, propiciando el contacto de los consumidores con los servicios de salud y sociales, motivando y facilitando la incorporación a centros de tratamiento. La implementación de programas de reducción de daños representa una alternativa eficaz y posible, que no es antagónica, sino que complementa los programas de rehabilitación, donde la abstinencia total es la meta, contribuyendo a dar una respuesta más plural y realista a la problemática de la droga, con el fin de que el adicto pueda llevar una vida lo más normalizada posible. Que existan programas de reducción de daños va a permitir que se puedan individualizar las intervenciones y adecuarlas a los objetivos que se persigan». BOCG, Sección CG, IX Legislatura, 31 de mayo de 2011, p. 33.

- c) Programas específicos de extensión regional, dirigidos a la población drogodependiente de alta cronicidad y máximo riesgo sanitario. Estos programas incluirán la accesibilidad a tratamientos con sustitutivos opiáceos al control sanitario y a la atención social, personalizado y familiar.
- d) Para enfermos terminales de SIDA y su asistencia sociosanitaria.

Más aún, como se señaló antes, la reforma de la Ley 4/1997 efectuada por la Ley 12/2003, de 24 de noviembre, incluyó expresamente en la noción de «asistencia» a «los tratamientos terapéuticos con las propias sustancias que hubiesen generado la adicción, que permitan mejorar las condiciones de vida de los pacientes» –art. 5.b)–. En tal sentido, mediante Decreto 300/2003, de 21 de octubre, se regulan los tratamientos con sustitutivos opiáceos a personas dependientes de los mismos, bajo el control sanitario y la atención social, personalizada y familiar, dentro de los cuales se incluye el conocido Programa de Tratamiento con Metadona¹⁷⁵.

Asimismo, el Gobierno andaluz aprobó en 1997 un proyecto de Programa Experimental de Tratamiento Médico con Heroína para adictos a esta sustancia y dirigido fundamentalmente a un sector de la población drogodependiente de alta cronicidad y riesgo sanitario (se calculó que podría servir para el 30% de los heroínómanos que fracasan con el tratamiento de mantenimiento con metadona)¹⁷⁶.

Centrándonos en el régimen del Decreto 300/2003, de 21 de octubre, puede sintetizarse como sigue.

- *Centros o Servicios de tratamiento.* Los tratamientos se realizarán únicamente por los Centros o Servicios sanitarios públicos o privados, sin ánimo de lucro, debidamente acreditados para ello por el órgano competente. A estos efectos, se podrán acreditar Servicios en Centros penitenciarios, Oficinas de farmacia, Unidades móviles de drogodependencias, Comunidades terapéuticas de drogodependencias, Centros de encuentro y acogida, Centros de tratamiento ambulatorio de drogodependencias y cualesquiera

¹⁷⁵ Este Decreto 300/2003, como el precedente, viene a adaptar el Real Decreto 75/1990, de 19 de enero, regulador de los tratamientos con opiáceos de personas dependientes de los mismos, modificado por Real Decreto 5/1996, de 15 de enero, en relación a los requisitos necesarios para la admisión a este tipo de tratamientos y a la introducción de un nuevo principio activo, lo que hacía necesario su adaptación a la Comunidad Autónoma de Andalucía. Según la Memoria de gestión del II Plan Andaluz correspondiente a 2006, durante ese año un total de 16.147 personas adictas a los opiáceos se beneficiaron del Programa de Tratamiento con Metadona en Andalucía (pág. 75). Por su parte, en 2014 un total de 14.012 personas adictas a los opiáceos se beneficiaron del Programa de Tratamiento con Metadona en Andalucía, siendo la provincia de Sevilla la que mantiene mayor número de pacientes en programa, seguida de Cádiz (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones).

¹⁷⁶ Este proyecto fue presentado en 1998 ante el Ministerio de Sanidad y Consumo para su autorización. El Plan Nacional de Drogas creó una Comisión para estudiar la viabilidad del proyecto. Finalmente, la iniciativa se aprobó el mes de mayo de 2001, después de más de tres años de esfuerzos denodados por parte de la Comunidad Autónoma ante el Plan Nacional sobre Drogas. En este sentido, fue modificada la Ley de Drogodependencias de la Comunidad Valenciana, con el objeto de incluir el tratamiento con sustancias que pudieran ser útil a cualquier tipo de adicción. De esta forma se dio un paso más para respaldar legalmente la administración de heroína.

- otros Centros de carácter no estrictamente sanitario que la Comisión de Acreditación, Evaluación y Control de Centros y Servicios estime conveniente para cubrir las necesidades que los tratamientos regulados en el mismo presenten en un futuro –art. 2-¹⁷⁷.
- *Comisión de acreditación, evaluación y control de centros o servicios.* La Comisión de Acreditación tendrá las siguientes funciones –art. 5-¹⁷⁸: a) Emitir informe en relación con las solicitudes de acreditación presentadas por los Centros o Servicios ante el órgano competente de la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía. b) Coordinar y evaluar la información sobre materias objeto de su competencia. c) Suministrar a los órganos competentes de la Administración sanitaria de la Comunidad Autónoma de Andalucía, la información que les sea solicitada, de tal forma que quede siempre garantizada su confidencialidad. d) Establecer un registro de pacientes, con mecanismos que garanticen el derecho a la confidencialidad¹⁷⁹.
 - *Acreditación.* Las solicitudes de acreditación serán informadas por la Comisión de Acreditación, Evaluación y Control de Centros y Servicios. El informe deberá ser favorable para que pueda otorgarse la acreditación¹⁸⁰. Además, la acreditación no parece un acto reglado, pues a los efectos del informe preceptivo de solicitudes por la Comisión, este órgano deberá tener en cuenta una serie de criterios (consecución de un equilibrio entre la demanda y la oferta de este tipo de servicios asistenciales en la Comunidad Autónoma de Andalucía; prioridad para la acreditación de los Centros o Servicios sanitarios de titularidad pública; experiencia en el tratamiento de toxicómanos por parte del equipo del Centro o Servicio; existencia de adecuación entre los recursos disponibles y los objetivos que se propongan)¹⁸¹. La solicitud de acreditación debe ser resuelta en el plazo máximo de seis meses, y tiene una vigencia temporal, por un período de dos años, debiendo renovarse –art. 10–.
 - *Admisión.* Para la admisión a estos tratamientos se exige, como es lógico, el previo diagnóstico confirmado de la dependencia a opiáceos. Podrán ser solicitados por la Comisión documentos acreditativos del cumplimiento de dicho requisito –art. 4-¹⁸².
 - *Prescripción y administración.* La prescripción de estos tratamientos debe ser realizada, con carácter general, por los facultativos de los centros o servicios acreditados¹⁸³,

¹⁷⁷ De acuerdo con el art. 2,2 del Real Decreto 75/1990, de 19 de enero, siempre que se considere oportuno, las autoridades sanitarias de aquellas Comunidades Autónomas que tengan atribuciones en esta materia o en su caso, el Ministerio de Sanidad y Consumo, a través de sus órganos competentes, podrán acreditar servicios en Centros penitenciarios o en otros establecimientos de carácter no estrictamente sanitario.

¹⁷⁸ Art. 5 Real Decreto 75/1990, de 19 de enero.

¹⁷⁹ La información mínima que debe contener figura en el Anexo 2 del Decreto.

¹⁸⁰ Art. 6.2 Real Decreto 75/1990, de 19 de enero.

¹⁸¹ Art. 6.3 Real Decreto 75/1990, de 19 de enero.

¹⁸² Art. 9.1 Real Decreto 75/1990, de 19 de enero.

¹⁸³ No obstante, con carácter excepcional se podrá otorgar autorización para la prescripción de los tratamientos a aquellos facultativos no integrados en los Centros o Servicios acreditados que lo soliciten ante el órgano

y el control de su administración –generalmente en solución oral– debe ser llevada a cabo por profesionales del equipo sanitario, preferentemente diplomados en enfermería –art. 3.¹⁸⁴.

6.3. Actuaciones de incorporación social

6.3.1. Competencias y programas

La Ley 4/1997 define la «rehabilitación» como la fase de atención para la recuperación o aprendizaje de comportamientos individuales socialmente aceptados, como medio de facilitar su incorporación social. A su vez, la «incorporación social», es la fase de la atención dirigida a la integración plena de la persona a la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de los ciudadanos –art. 5.b) Ley-¹⁸⁵. De este modo, y a diferencia de las actuaciones de asistencia, se trata de acciones propias del sistema de servicios sociales¹⁸⁶.

A este respecto, la Ley 4/1997 dispone que las Administraciones Públicas andaluzas realizarán actuaciones encaminadas a garantizar la atención de las necesidades sociales de los drogodependientes, y a favorecer su rehabilitación e integración social, mediante los dispositivos del sistema de servicios sociales y otras medidas de apoyo social y laboral –art. 15–. De este modo, y a diferencia de la fase de asistencia reservada a la Administración autonómica, las actuaciones de rehabilitación e integración social se asignan de modo genérico a las Administraciones Públicas andaluzas, y a los dispositivos del sistema de servicios sociales y otras medidas de apoyo social y laboral. Más aún, la Ley

competente aportando, además de la correspondiente solicitud, la información adicional que les sea requerida –art. 3.1–, y que se detalla en la disposición adicional primera del Decreto 300/2003. El anterior Decreto 162/1990, de 29 de mayo, establecía dos niveles en su aplicación, con la denominación de bajo y alto umbral; al mismo tiempo separaba la prescripción y la dispensación en centros de distinta naturaleza. En el primero de los casos, eran los centros de tratamiento ambulatorio de drogas y los acreditados para tal fin y, en el segundo, se trataría de los Centros de Salud. Para concluir la expansión del programa, el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», propuso tener en cuenta la propuesta realizada desde los profesionales con relación a que la dispensación se pudiera llevar a los establecimientos farmacéuticos, al menos en aquellos lugares que se encuentran alejados de los Centros de Salud. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27072.

¹⁸⁴ Art. 3.4 Real Decreto 75/1990, de 19 de enero.

¹⁸⁵ La utilización de este término en el ámbito de las drogodependencias se produce a principios de los noventa, una vez asentado el periodo de la institucionalización de las drogas. Con anterioridad se habían venido aplicando los términos *reinserción*/*inserción*, como una etapa posterior a la rehabilitación física y psicológica.

¹⁸⁶ En el Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado de 24 de mayo de 2011 sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro», la Comisión apostó por la *reinserción* como objetivo fundamental: *reinserción familiar, educativa, laboral y social*, que tiene que contar con los actores fundamentales, la familia, la escuela, la empresa y la sociedad. Será por tanto necesario dotar a estos actores de la formación adecuada y de los recursos necesarios para que puedan cumplir su papel, pues ninguno de ellos puede sentirse desamparado cuando tiene en su entorno un problema de adicción.

4/1997 dispone que la Administración de la Junta de Andalucía, con la colaboración de las Corporaciones Locales, a través de los servicios sociales comunitarios y especializados, «realizarán» programas orientados a la rehabilitación e incorporación social de los drogodependientes –art. 19.2-¹⁸⁷.

En concreto, la Ley 4/1997 se refiere, entre otros, a los programas:

- a) De información, orientación y asesoramiento sobre los recursos disponibles.
- b) Complementarios al tratamiento sanitario de las personas afectadas, mediante intervenciones que incluirán su entorno personal, familiar y comunitario.
- c) De desarrollo de actuaciones integrales que incluyan aspectos educativos, ocupacionales, familiares y sociales.
- d) De formación y capacitación profesional y fomento del empleo, encaminados a favorecer la reinserción laboral y social de las personas afectadas.
- e) De cooperación con los órganos judiciales y penitenciarios, con el fin de facilitar el acceso de los internos con problemas de drogodependencia a las prestaciones sociales. Asimismo, estos programas tendrán por objeto garantizar la prestación de información, asesoramiento y orientación a los órganos judiciales, sobre las circunstancias socio-sanitarias que puedan incidir en la adopción de decisiones y, en su caso, en la posible sustitución del internamiento penitenciario por otras medidas.
- f) De atención específica a la población juvenil, para propiciar la formación de grupos y asociaciones que permitan una adecuada integración de los drogodependientes.

6.3.2. Centros y recursos para la rehabilitación e incorporación social

Además de los Centros Provinciales de Drogodependencias y Centros de Tratamiento Ambulatorio que también impulsan acciones de rehabilitación e incorporación social, pueden citarse los siguientes:

- *Centros de día*. Son recursos intermedios para la población drogodependiente que vienen a complementar el trabajo realizado en los centros de tratamiento ambulatorio para la deshabituación e integración socio-laboral, donde se realizan actividades con diferentes fines, teniendo como ejes fundamentales el terapéutico, el educativo, el ocupacional y el integrador, realizándose las tareas con un horario preestablecido y supervisadas por un equipo interprofesional¹⁸⁸. Así, según la Orden de 28 de agosto de 2008, son

¹⁸⁷ Como señala la Estrategia Nacional 2009-2016, para muchas personas, el problema no es única y exclusivamente el abandonar el consumo de una determinada sustancia, sino otras circunstancias: policonsumos, enfermedad mental, precariedad económica, desarraigo social, laboral y/o familiar, y en general ruptura o inexistencia de vínculos sociales integradores. En este sentido, se debe prestar una especial atención a la potenciación y mejora de los recursos de inserción social para aquellas personas que abandonan las instituciones penitenciarias (pág. 78).

¹⁸⁸ Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27061.

centros en los que se realizan actividades orientadas a la adquisición de hábitos de vida normalizados, horarios, distribución de tiempo libre, actividades y programas culturales, educativos y de formación laboral, con el objetivo de favorecer la incorporación social de las personas en tratamiento. Podrán ser anexos a los centros de tratamiento ambulatorio, pudiendo compartir los servicios comunes y la dirección. La mayoría de estos centros son de iniciativa social concertada¹⁸⁹.

- *Viviendas de Apoyo a la Reinserción*. Se trata de recursos de convivencia de carácter urbano indicados para aquellos pacientes que requieren de un proceso de acercamiento y normalización, bien procedan éstos de una Comunidad Terapéutica o desde un centro de Tratamiento Ambulatorio¹⁹⁰. Su configuración en la Orden de 28 de agosto de 2008 es idéntica a las Viviendas de Apoyo al Tratamiento, sólo que en este caso atienden en una fase posterior colaborando en el proceso de Incorporación social y de normalización¹⁹¹. Se crean a partir de 1994. Se trata de viviendas tuteladas por personal técnico que sirven de residencia temporal para facilitar la adaptación del individuo al medio social. Comparten, por tanto, el mismo objetivo que los Pisos de Apoyo al Tratamiento pero atienden en una fase posterior, colaborando de este modo en el proceso de Incorporación social y de Normalización¹⁹².

¹⁸⁹ Personal mínimo: 3 profesionales, con título de bachiller, formación profesional de grado medio o superior. En 1999 de un total de 41, 26 era privados concertados. En 2006 existían 25 Centros de Día, que pasaron a 26 en 2008, distribuidos por todas las provincias excepto en Córdoba (Memoria de gestión 2006, pág. 91). En cambio, en 2014 eran sólo 6 los centros de día, todos ellos de titularidad pública. El dato es preocupante, si se tiene en cuenta que la propia Memoria de gestión de 2014 señala que la realidad social pone de manifiesto que existen nuevas necesidades desatendidas a raíz de la crisis económica que ha provocado que las personas con problemas de drogodependencias se encuentren en peligro o riesgo de exclusión social, por lo que los Centros de Día se han convertido en un recurso multidisciplinar en todas las áreas de atención (psicológica, sanitaria, socioeducativa y de inserción laboral).

¹⁹⁰ Son recursos tutelados de tercer nivel y especializados que cumplen el objetivo de la normalización progresiva a través de las actividades de los usuarios (búsqueda de empleo, capacitación profesional o académica, adquisición de determinados hábitos sociales, saludables, de relaciones). Se pretende, a través de ello, el manejo de pautas sociales y de competencia que de manera progresiva les permita una mayor autonomía y autorresponsabilidad en los usuarios. El Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», señalaba que estas unidades deberían contar con una mayor atención desde las Administraciones Públicas, en el sentido de atender las deficiencias detectadas y puestas de manifiesto por los profesionales y los propios pacientes. Asimismo, se añadía la necesidad de revisar los programas terapéuticos de éstos para llegar a homogeneizarlos, así como para incrementar el número actual de plazas que impidan largas listas de espera. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, pp. 27064 a 27067.

¹⁹¹ Además, en las Viviendas de Apoyo a la Reinserción será necesaria la coordinación con el/la Trabajador Social del Centro de Tratamiento Ambulatorio de referencia.

¹⁹² El II Plan Andaluz contempló en su Red Asistencial 12 Viviendas repartidas por toda Andalucía. Desde 2003 a 2008 el número de viviendas permaneció estabilizado en torno a las 12 indicadas en el II Plan, con 233 usuarios (2008). En 2014 existían 11 viviendas, con un total de 85 plazas (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones).

6.4. Actuaciones de inserción laboral

6.4.1. Reserva de puesto de trabajo

Como se ha señalado desde la Comisión Mixta Congreso-Senado, «El trabajo es un antídoto para el mundo de las drogas. Una persona con una tarea determinada, obligaciones concretas, parte de un equipo, ve aumentada su autoestima, lo que le hace más fuerte en su lucha personal contra la adicción a la droga. Proponemos una mayor implicación de la Administración en la promoción de programas específicos con empresas que estén dispuestas a acoger y dar empleo a estas personas»¹⁹³. La Ley 4/1997 establece, de modo genérico, que la Administración de la Junta de Andalucía deberá facilitar la formación profesional para favorecer el acceso al primer empleo, autoempleo y promoción empresarial de los drogodependientes –art. 6.1.c)¹⁹⁴.

Pero la primera medida de inserción laboral debería ser que el drogodependiente que tenga empleo, no lo pierda¹⁹⁵. Así, en coherencia con la consideración de la drogodependencia como una enfermedad de carácter social, la Ley 4/1997 establece que la Administración de la Junta de Andalucía, en sus centros, establecimientos y servicios, reservará el puesto de trabajo de la persona drogodependiente durante el proceso de tratamiento. Reglamentariamente se establecerán las condiciones y requisitos que tienen que cumplirse para poder hacer efectiva esta reserva de puestos de trabajo –art. 12.2–. Se trata de una medida que la Administración de la Junta de Andalucía acuerda como empleadora. Pero la Ley andaluza no se atreve ir más allá, dado que la legislación laboral es competencia exclusiva del Estado, y el Estatuto de los Trabajadores sigue calificando a la embriaguez habitual o toxicomanía como causa de despido disciplinario «si repercuten negativamente en el trabajo»¹⁹⁶.

¹⁹³ Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado de 24 de mayo de 2011 sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro». BOCG, Sección CG, IX Legislatura, 31 de mayo de 2011, p. 35. Por su parte, en el documento de evaluación final de la Estrategia 2000-2008 se señaló que si bien la oferta de recursos para la inserción socio laboral del drogodependiente ha aumentado, el porcentaje de participantes en estos programas es bajo, sobre todo de los tratados en la red de atención a las drogodependencias, siendo más alta en el caso de personas drogodependientes en instituciones penitenciarias. «Es difícil disponer de datos sobre el número de personas drogodependientes que participan en estos programas, excepto en el caso de las prisiones, quizás por la tendencia a utilizar recursos normalizados en los que la condición de drogodependiente no se considera. Se desconoce los resultados de estas intervenciones; de hecho no se tiene constancia de que sean objeto de evaluación o seguimiento» (pág. 47).

¹⁹⁴ El Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», señaló que solo se puede hablar de la realización de programas de formación para el empleo o de medidas de contratación, sin que se hayan articulados propuestas que vengán a incidir en los aspectos recogidos –autoempleo, promoción empresarial, primer empleo–. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27014.

¹⁹⁵ Como indica la Estrategia Nacional 2009-2016, es fundamental reforzar los mecanismos que promueven la «no desvinculación» de las personas en tratamiento de su medio laboral (pág. 78).

¹⁹⁶ Art. 54.2 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado de 24 de

Con todo, la Ley 4/1997 añade que se fomentarán entre organizaciones empresariales y sindicales acuerdos que tiendan a garantizar la reserva del puesto de trabajo de personas drogodependientes, y a no ejercer las potestades disciplinarias que contempla la legislación laboral (las antes señaladas), en casos de problemas derivados del abuso de drogas cuando dichas personas participen en un proceso voluntario de tratamiento o rehabilitación

6.4.2. Programa de Red de Artesanos

Ya en 1986, en aplicación del I Plan Andaluz sobre Drogas se aprobó el llamado Programa de Red de Artesanos, con el objetivo de que drogodependientes que hubieran superado las fases de desintoxicación y deshabituación, adquirieran habilidades sociales y el aprendizaje de un oficio con la colaboración de trabajadores autónomos, pequeños y medianos empresarios, talleres y otras entidades¹⁹⁷. Posteriormente, ya en ejecución del II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, se aprobaron la Orden de la Consejería de Asuntos Sociales de 30 de enero de 2004, y de 14 de diciembre de 2006, que regula y convoca la participación en el Programa Red de Artesanos para la Incorporación Social de Personas Drogodependientes y/o afectadas por el Juego Patológico, que derogó a la anterior (y no consta que haya sido derogada).

El Programa Red de Artesanos tiene como finalidad última la incorporación social de aquellas personas drogodependientes y/o afectadas por el juego patológico que, encontrándose en un proceso terapéutico o como apoyo a éste, carezcan de la formación adecuada y de los recursos que les capaciten para el desarrollo de una actividad laboral. Esta finalidad justifica el hecho de que las ayudas que se regulan mediante la presente Orden se concedan en atención a la mera concurrencia de los requisitos que en la misma se especifican sin que sea necesario establecer la comparación de solicitudes ni la prelación entre las mismas¹⁹⁸.

mayo de 2011 sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro» manifestó que la embriaguez habitual o la toxicomanía es la única enfermedad que es causa de despido, pero no es la única enfermedad que puede repercutir negativamente en el trabajo. Esas otras no son causa de despido. Si es enfermedad, se le debe ofrecer y facilitar el tratamiento a quien la sufre. Puede ser necesario apartarlo del puesto de trabajo si existe riesgo para su salud, para terceros o para bienes, pero de ahí al despido media un gran trecho. BOCG, Sección CG, IX Legislatura, 31 de mayo de 2011, pág. 35. Más abiertamente, el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía», se pronunció a favor de la derogación de este precepto del Estatuto de los Trabajadores. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27033.

¹⁹⁷ Orden de 27 de febrero de 1996, por la que se convocan y regulan programas en materia de reinserción social para drogodependientes (Red de artesanos).

¹⁹⁸ En los años 90 el programa pasó de 120 plazas (1990) a 426 (1999). En 2000 y 2001 se redujo el número de plazas sin que aparentemente existiera ningún criterio objetivo que lo justificara o que hubiese surgido de la propia evaluación realizada. Desde 2003 a 2008 el número de plazas permaneció estable en 250 plazas. En cambio, el número de usuarios ha tenido importantes oscilaciones (422 en 2003 o 388 en 2008) (Informe de Situación tras el II Plan Andaluz Sobre Drogas y Adicciones 2002-2007). Por su parte, en 2014 el número total de usuarios bajó a 96.

En esta línea el Programa Red de Artesanos concede ayudas a personas con problemas de drogodependencias y adicciones en proceso de incorporación social, con déficit formativos que les impiden el acceso al empleo, mediante su incorporación a talleres, pequeñas o medianas empresas, Administraciones y Empresas Públicas, donde reciben la formación práctica y teórica necesaria para el aprendizaje de un oficio.

- *Beneficiarios*. Pueden solicitar su participación en el programa aquellas personas con problemas de drogodependencias y/o afectadas por el juego patológico que cumplan los requisitos siguientes: a) Tener 18 años cumplidos. b) Estar en proceso terapéutico en algunas de las entidades de seguimiento terapéutico y estar registrado en el SIPAS-DA (sistema de información centralizado para la red asistencial de drogodependencias en Andalucía). c) Contar con el informe de la persona profesional correspondiente de la entidad en la que se siga el proceso terapéutico, en el que conste la conveniencia de la participación en el programa tras una valoración de los recursos económicos y de la falta de una capacitación profesional adecuada¹⁹⁹.
- *Entidades de seguimiento terapéutico*. Las personas con problemas de drogodependencias y/o afectadas por el juego patológico solicitantes de las ayudas deberán encontrarse en proceso terapéutico en algunas de las siguientes entidades: a) Centros de Tratamiento Ambulatorio o cualquier otro recurso público o privado concertado en el ámbito del II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones. b) Asociaciones de Drogodependencias y Adicciones sin ánimo de lucro, a través de las entidades reguladas en el apartado anterior, y cuya actividad principal sea la atención a personas con problemas de drogodependencias y adicciones, siempre que estén inscritas en el Registro de Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales y debidamente acreditadas. Estas entidades actuarán como centros de referencia, estando obligados a realizar el seguimiento de la persona beneficiaria en el programa.
- *Centros colaboradores*. Son los talleres de trabajos manuales, pequeñas y medianas empresas, profesionales, así como las entidades públicas, que aceptan acoger a los beneficiarios del programa. La relación entre la persona que participa en el programa y el centro colaborador se regirá por el pliego de condiciones del Programa, que ambos suscribirán al efecto y sin que en ningún caso ello suponga algún tipo de relación laboral²⁰⁰.

¹⁹⁹ En Órdenes anteriores se exigía carecer de recursos económicos que les permitan subsistir de forma autónoma y de la capacitación profesional adecuada.

²⁰⁰ En 2014 existía un total de 40 entidades, de las cuales salvo 3, el resto de ellas (72,5%) correspondían a la administración pública, siendo los ayuntamientos tanto de ciudades capitales como de pueblos los que, sensibilizados con el programa, más colaboran con el programa. En el fondo, se trata de una desviación del objetivo inicial, pues la ulterior inserción del beneficiario en una pequeña empresa es infinitamente más fácil que en una Administración pública, sujeta a procedimientos de selección reglados. Así, un estudio realizado en 1997, de una muestra de 650 pacientes, puso de manifiesto que sólo un 12% de los beneficiarios habían encontrado empleo en la misma empresa donde realizaban sus prácticas. Sin embargo, como señalara el Defensor del Pueblo Andaluz, Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía", esta opción de utilizar administraciones impide su posterior contratación al estar éstas sujetas a normas administrativas. También se apunta a una escasa formación al final del programa debido a la baja

- *Procedimiento*. La presentación de las solicitudes no está sujeta a plazo y requiere tanto el informe emitido por el profesional de la entidad de seguimiento terapéutico, relativo a la conveniencia de la participación de la persona drogodependiente y/o afectada por el juego patológico en el programa, como declaración expresa de conformidad del centro colaborador²⁰¹. La concesión de las ayudas se efectúa en régimen de concurrencia no competitiva, condicionadas a la existencia de disponibilidad presupuestaria. Por ello, se prevé la constitución de una lista de espera con aquellas personas cuya solicitud haya sido resuelta favorablemente pero cuyo acceso al Programa no pueda realizarse de forma inmediata por ausencia de plazas²⁰².
- *Ayudas*. Los beneficiarios del programa perciben una ayuda mensual en concepto de beca, con una duración máxima de 12 meses, a partir de la incorporación efectiva de la persona beneficiaria en el centro colaborador. El pago de la ayuda se realizará por meses vencidos –art. 18–. Asimismo, las entidades colaboradoras perciben una gratificación mensual por cada beneficiario, si bien podrán renunciar a la misma, en cuyo caso se sumará el importe de dicha gratificación a la cantidad mensual que recibe el beneficiario²⁰³.
- *Deberes de los beneficiarios*. La principal es asistir a las instalaciones del centro colaborador que se le asigne en el horario y fecha establecidos durante el período de duración del programa, estableciéndose un mínimo de formación de 20 horas semanales y un máximo de 30 horas semanales. También deben asistir a las citas establecidas de forma conjunta con la entidad de seguimiento terapéutico, a efectos de realización del seguimiento en el programa y en el proceso terapéutico. Además se establece deberes formales de justificación de la participación o colaboración en el programa.

cualificación y motivación de los responsables de los talleres y a las tareas y funciones donde se les ubica, que nada tienen que ver con el aprendizaje de un oficio. Además, esta forma de actuar, desde el punto de vista de los usuarios, les lleva a una menor motivación en el programa al ver que se les merman sus posibilidades de contratación posterior. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27095.

²⁰¹ El plazo para dictar y notificar la resolución correspondiente será de tres meses a contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el Registro del órgano competente para su tramitación. Transcurrido dicho plazo sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, los interesados podrán entender desestimadas sus solicitudes por silencio administrativo de acuerdo con lo establecido en el artículo 31.4 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de Medidas Tributarias, Administrativas y Financieras –art. 15–.

²⁰² La Orden establece que las ayudas se harán públicas en la sede del órgano competente para resolver, sin perjuicio de la publicidad que pueda articularse mediante su inclusión en la página web de la Consejería competente –art. 22–, si bien es innegable que esta publicación afecta a datos personales especialmente protegidos, por lo que sería necesaria una ley que diese cobertura a esta publicidad, para no incumplir la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos Personales.

²⁰³ Antes del 2006 el plazo máximo era de 18 de meses. Asimismo, en la convocatoria de 2004 el importe de la ayuda a los beneficiarios del programa se fijó en 360 euros mensuales, y se contemplaba la gratificación a las entidades colaboradoras en 60 euros mensuales por cada beneficiario, si bien podían renunciar a la misma mediante escrito dirigido a la Administración, en cuyo caso se sumaba dicha gratificación a la cantidad mensual que recibía el beneficiario. En la convocatoria de 2006 la cantidad era de 420 euros mensuales, y no se contemplaba la gratificación a las entidades colaboradoras, de modo que cabe colegir que directamente se añadió la parte de la gratificación a las entidades a la ayuda a los beneficiarios.

- *Seguimiento del programa.* Las entidades colaboradoras deben facilitar a los centros de referencia toda la información referente al beneficiario para que éstos últimos puedan realizar el seguimiento del programa. Asimismo, los beneficiarios deben asistir a las citas establecidas de forma conjunta con el centro de referencia, a efectos de seguimiento del programa. Para la justificación de las ayudas basta la acreditación de la participación en el Programa mediante certificado expedido por la entidad de seguimiento terapéutico a meses vencidos.

En su día ya el Defensor del Pueblo Andaluz señaló que este programa requiere una actualización, y apuntó, entre otros aspectos, aquellos que hacen referencia al tiempo y duración en el programa, ya que no todas las profesiones necesitan un mismo tiempo de aprendizaje; la mejora de las cuantías de las ayudas; la necesidad de ejercer un mayor control sobre los pacientes y las empresas; y, por último, mejorar la preparación previa para su participación en el programa²⁰⁴.

6.4.3. Programa Arquímedes

De entrada, debe destacarse que el Decreto 85/2003, de 1 de abril, por el que se establecen los Programas para la Inserción Laboral de la Junta de Andalucía incluye entre los colectivos de atención preferente a las personas con problemas de drogadicción o alcoholismo que se encuentren en procesos de rehabilitación o reinserción social –art. 3.3–. De este modo este colectivo puede beneficiarse de los programas generales de inserción laboral impulsados desde la Consejería competente en materia de empleo.

Pero, además, el II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones estableció como objetivo final de todas las políticas diseñadas para la actuación en drogodependencias evitar la exclusión y facilitar el proceso de incorporación social de las personas que a causa de su adicción no están integradas, de ahí la importancia que en la incorporación laboral tienen

²⁰⁴ Informe especial al Parlamento de Andalucía “La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía». Más detalladamente, se sugirieron las medidas siguientes: 1. Arbitrar otras medidas de empleo que permita complementar el programa o prever medidas de apoyo posterior. 2. La duración máxima debe flexibilizarse para que responda a los perfiles de los usuarios y la adaptación del aprendizaje a las características individuales del paciente y de la actividad que realiza. 3. Aumentar las cuantías de las becas, al menos al salario mínimo interprofesional. Las cantidades actuales no están en consonancia al tiempo y trabajo que realizan. 4. Se deben clarificar los oficios que deben estar dentro del programa, para evitar oficios que no requieran o no puedan ejercer posteriormente. 5. Incrementar el número de becas que facilite el acceso a todo aquel que cumpla el perfil mínimo exigible en el programa. 6. Los participantes en el programa deben contar con un seguro que cubra los niveles máximos permitidos. 7. Se deben realizar campañas de captación de empresas que colaboren en el programa incentivando o gratificando socialmente su participación. 8. Se debe complementar la formación recibida a la empresa con otro tipo más específica que realmente de acceso posterior al empleo. 9. Los pacientes que participen en el programa deben estar estabilizados, y así poder garantizar un buen nivel de cumplimiento y aceptación. 10. Se debe potenciar la participación de las empresas por encima de las Administraciones. BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003, p. 27096.

los programas destinados a sensibilizar e incentivar a las empresas y recursos de la comunidad para que acepten a las personas drogodependientes. En esta línea la Consejería competente en materia de drogodependencias convoca periódicamente subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social. La última ha sido la Orden de 8 de febrero 2006, por el que se regulan y convocan subvenciones dirigidas al fomento del empleo de drogodependientes y personas afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social (Programa Arquímedes, financiado por el Fondo Social Europeo)²⁰⁵.

Las subvenciones a la contratación de personas con problemas de drogodependencias y/o afectadas por el juego patológico en proceso de incorporación social, tienen por finalidad el acceso de éstas al mercado laboral, incentivando su incorporación y estabilidad en el empleo mediante contratos de trabajo de carácter temporal o indefinido.

Pueden ser beneficiarios de estas subvenciones las personas físicas y jurídicas, titulares de empresas constituidas, las Entidades sin ánimo de lucro y las Administraciones Públicas y Entidades de ellas dependientes –art. 3-²⁰⁶. Por su parte, los trabajadores contratados deberán encontrarse en proceso de incorporación social en cualquiera de los siguientes recursos responsables del seguimiento: a) Recursos de la red de drogodependencias y adicciones, públicos o privados concertados con la Consejería competente. b) En el supuesto de personas afectadas por el juego patológico será requisito el que sean atendidas por entidad registrada para tal fin en el Registro de Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales. c) Asociaciones de drogodependencias sin ánimo de lucro, cuya actividad principal sea la atención a personas con problemas de drogodependencias y estén inscritas en el Registro de Entidades, Servicios y Centros de Servicios Sociales –art. 4.1–.

La propia finalidad de la norma justifica el hecho de que estas subvenciones se concedan en atención a la mera concurrencia de los requisitos que se especifican en la Orden sin que sea necesario establecer la comparación de solicitudes ni la prelación entre las mismas. Por lo demás, la cuantía de la ayuda depende de si se trata de contrato indefinido o temporal, y en este caso de su duración, y si es tiempo completo o parcial –art. 5-²⁰⁷.

²⁰⁵ La primera fue la Orden de la Consejería de Asuntos Sociales de 11 de septiembre de 2000, modificada por Orden de 26 de abril de 2002 y por Orden de 3 de julio de 2003. Esta Orden fue derogada Orden de 21 de enero de 2004, que amplió su objeto a las personas afectadas por el juego patológico. El número de contrataciones en aplicación de este programa, pasó de 162 en 2002 a 237 en 2008, con una cifra punta de 520 en 2003, con una presencia muy mayoritaria del sector público (Administraciones locales y empresas públicas). Por su parte, en 2014 las incorporaciones fueron de 195 (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones).

²⁰⁶ En 2014, hubo un total de 116 empresas, entre las que dominan, las entidades públicas en la mayoría de los contratos, las pequeñas y medianas empresas, seguidas de las empresas individuales (Memoria 2014 Atención a las Drogodependencias y Adicciones).

²⁰⁷ La Orden dispone que las subvenciones concedidas deberán ser publicadas trimestralmente en el «Boletín Oficial de la Junta de Andalucía» con expresión de la convocatoria, el programa y crédito presupuestario que se imputen, *personas beneficiarias*, cantidad concedida y finalidad de la misma. Es evidente que el dato de las

7. FINAL

Cuando a principios de los años 80 la drogodependencia a la heroína se extendió por todo el país como una epidemia fatal, que diezmo toda una generación de jóvenes, la Comunidad Autónoma de Andalucía reaccionó con presteza, mediante la aprobación en 1985 del Plan Andaluz sobre Drogas. Este Plan creó una específica estructura dirigida a su coordinación (Comisión delegada de Bienestar Social y Comisionado para las Drogodependencias) y gestión (Patronatos Provinciales para la Droga y Centros Provinciales de Toxicomanías), en estrecha cooperación con las Diputaciones Provinciales.

Asimismo, cuando en la década siguiente de los 90 cambiaron sensiblemente los consumos (las sustancias) y los perfiles de los consumidores (consumo juvenil vinculado al ocio), extendiéndose la preocupación por el impacto en la salud de las drogas institucionalizadas, la Comunidad andaluza volvió a tomar el pulso de esta realidad, y posicionándose con las Comunidades Autónomas más sensibilizadas, aprobó la Ley 4/1997, de 9 julio, de Prevención y Asistencia en Drogodependencias de Andalucía.

Esta Ley supuso un significativo avance en la regulación de la normativa, pues mientras las regulaciones anteriores partían de un enfoque sectorial, la Ley abordó la prevención, asistencia y reinserción en materia de drogas desde una perspectiva global, incluyendo no sólo las drogas ilegales, sino también las institucionalizadas, todo ello en la medida permitida por los títulos competenciales de la Comunidad Autónoma. Además, merece destacarse la temprana consideración por la Ley andaluza de la drogodependencia como una enfermedad, superando definitivamente el estigma social que se arrastraba de épocas anteriores.

Todavía a principios de la década siguiente, la Junta de Andalucía mantuvo el pulso en la política sobre droga con la aprobación en 2002 del II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, que –como su propio nombre indica– extendió su atención a las adicciones sin sustancias (fundamentalmente para hacer referencia a los problemas generados por el juego de azar patológico). Asimismo, la Ley 4/1997 experimentó sendas modificaciones (2001 y 2003) para afrontar el conocido fenómeno del «botellón».

Sin embargo, desde mediados de la década del 2000 la política en materia de drogas y adicciones parece experimentar una cierta atonía, cuyo principal reflejo ha sido, hasta fechas recientes, la falta de renovación del II Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones, que debía estar vigente hasta el 2007 y ha visto prorrogada su vigencia hasta 2016, con la aprobación del III Plan Andaluz sobre Drogas, de modo que hasta el 2016 la Comunidad Autónoma no ha adaptado su planificación a la Estrategia Nacional 2009-2016, es decir, cuya vigencia vence el propio 2016.

personas beneficiarias es un dato personal especialmente protegido, por lo que sería necesaria una ley que diese cobertura a esta publicidad, para no incumplir la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos Personales.

Pero también la Ley 4/1997 se ha visto sobrepasada en estas casi dos décadas de vigencia por los cambios acaecidos en los contextos social y normativo. Así, la Ley 4/1997 no refleja la perspectiva actual de la adicciones sin sustancias (y no limitadas al juego, como en el II Plan Andaluz, sino también de otros tipos, como la adicción a internet). Asimismo, los planteamientos de la Ley 4/1997 en materia de drogas institucionalizadas se han visto también superados por normas básicas estatales (como la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco, y la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual).

Además, el entramado institucional previsto en la Ley 4/1997 ha quedado también obsoleto: el órgano central de coordinación en el modelo de la Ley, el Comisionado para las Drogodependencias, se suprimió en 2004, al tiempo que otras estructuras no previstas en la Ley se han consolidado (Agencia de Servicios Sociales y Dependencia de Andalucía, Observatorio Andaluz sobre Drogas y Adicciones, o Comisiones Provinciales de Drogodependencias).

A todo ello deben añadirse los efectos causados por la crisis económica, con importantes recortes presupuestarios en las distintas medidas y recursos, y que han acusado especialmente los centros concertados, con la consiguiente precariedad en los servicios ofertados (conciertos que se no prorrogan y retrasos en los abonos de los mismos, o listas de espera para el ingreso en los centros), tal como ha puesto de manifiesto el Defensor del Pueblo de Andalucía.

Por todo ello, urge abordar una revisión profunda de la Ley 4/1997, que parta de la premisa de que no todos los consumos de drogas y las conductas de las personas son de por sí problemáticas o perniciosas para la salud, puesto que, dentro de la libertad personal, es innegable el derecho a elegir las libremente y a convivir con ellas de forma responsable. En tal sentido, la Ley deberá situar como centro de su atención a las personas consumidoras de sustancias con capacidad adictiva, o en situación de riesgo de generar adicciones comportamentales, dignificando su posición, empezando por proscribir cualquier tipo de discriminación por razón de su circunstancia, garantizando que puedan ejercer sus derechos en los mismos términos que el resto de la ciudadanía.

A partir de este objetivo fundamental, la Ley deberá reconocer su derechos (y definir su deberes) en tanto que usuarios de los sistemas de salud y asistenciales, así como la cartera de servicios de estos sistemas de atención, todo ello presidido por una apuesta decidida por la integración, tanto funcional como administrativa, de la red específica de asistencia a las adicciones en el sistema sanitario general, tal como propuso la Comisión Mixta Congreso-Senado en su ponencia de 24 de mayo de 2011.

En otro orden, conforme a las estrategias internacionales, la Ley deberá contemplar nuevas limitaciones a la publicidad, promoción, suministro, venta y consumo de bebidas alcohólicas y tabaco (y demás dispositivos susceptibles de liberación de nicotina). Asimismo,

la Ley deberá contemplar limitaciones sobre los servicios o establecimientos relacionados con conductas susceptibles de generar adicciones comportamentales (como la actividad de juego). Todo ello sin perjuicio de contemplar otras realidades sociales, como los clubs o entidades de personas mayores de edad consumidoras de cannabis.

8. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

ALMODÓVAR IÑESTA, María: *El consumo de alcohol en las vías públicas: régimen jurídico y competencias administrativas*. Madrid, Civitas, 2003.

ARANA, Xabier e MARKEZ, Iñaki (coordinadores): *Cannabis: salud, legislación y políticas de intervención*, Madrid, Dykinson, 2006.

ARANA BERAESTEGLI, Xabier - GERMÁN MANCEBO, Isabel: *Delimitación del «status» jurídico del ciudadano «consumidor de drogas»: propuesta de Carta de derechos de los usuarios de drogas*. Vitoria-Gasteiz, Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2004.

Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, II Plan Andaluz Sobre Drogas y Adicciones, Memoria de gestión 2006.

Consejería de Igualdad y Bienestar Social de la Junta de Andalucía, Informe de Situación tras el II Plan Andaluz Sobre Drogas y Adicciones (2002-2007).

Consejería de Igualdad, Salud y Políticas Sociales, Atención a las Drogodependencias y Adicciones, Memoria 2014.

Cortes Generales, Informe de la Comisión Mixta Congreso-Senado de 12 de junio de 1991, para el estudio del problema de la droga. *BOCG*, número 9, Serie A, de 17 de junio de 1991.

Cortes Generales, Informe de la Comisión Mixta Congreso-Senado de 22 de noviembre de 1995, para el estudio del problema de la droga.

Cortes Generales, Acuerdo de 28 de marzo de 2007 de la Comisión Mixta Congreso-Senado para el Estudio del Problema de las Drogas por el que se aprueba, con modificaciones, el Informe de la Ponencia para el estudio de los efectos nocivos de las drogas en la salud de los jóvenes y, muy especialmente, de sustancias como el cannabis, la cocaína y las drogas de diseño. *BOCG*, Sección CG, VIII Legislatura, 30 de abril de 2007.

Cortes Generales, Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado de 24 de mayo de 2011 sobre «Sistemas de Tratamiento y Atención en Drogodependencia. Claves para el Futuro». *BOCG*, Sección CG, IX Legislatura, 31 de mayo de 2011.

Cortes Generales, Informe de la Ponencia Comisión Mixta Congreso-Senado, de 21 de marzo de 2014, sobre las perspectivas de futuro en el abordaje de las actuales y nuevas adicciones, *BOCG*, Sección CG, X Legislatura, 25 de marzo de 2014.

Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe especial al Parlamento de Andalucía "La situación de las drogas y otras adicciones en Andalucía"*, BOPA núm. 461, 18 de febrero de 2003.

Defensor del Pueblo Andaluz, *Informe al Parlamento de Andalucía de 2012*, pp. 813 y ss.

FERNÁNDEZ RAMOS, S.: «La ordenación general de los servicios sociales en Andalucía: situación actual y prospectiva», en VV AA, *El Derecho de los Servicios Sociales en Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012, pp. 75-219.

HERNÁNDEZ DE MARCO, Saturio; *El procedimiento sancionador y las sanciones de la ley contra el tabaco: Ley 42/2010, de 30 de diciembre que modifica la Ley 28/2005, y entra en vigor el 2-1-2011, sobre medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, suministro, consumo y publicidad de productos del tabaco*. Madrid, Dykinson, 2011.

HEVIA FERNÁNDEZ, José Ramón: «La situación de las drogas en España». *Crítica*, nº. 967, 2010 (Ejemplar dedicado a: Adicciones que matan), págs. 22-27.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio (coordinador): *Comentarios de urgencia a la Ley de medidas frente al tabaquismo*, Valladolid, Lex Nova, 2006.

MARTÍN UCLÉS, Francisco: *Aspectos jurídicos y policiales de la alcoholemia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

MARTÍNEZ GARCÍA, Clara; BURZACO SAMPER, María: *Ley de prevención del tabaquismo : comentarios y texto íntegro de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco*, Cizur Menor, Aranzadi, 2006.

MOREU CARBONELL, E.: «Acción sanitaria y social para la prevención, asistencia y reinserción en materia de drogodependencias», VV AA, *El marco jurídico de los servicios sociales en España, Realidad actual y perspectivas de futuro*, Atelier, Barcelona, 2012, pp. 323 y ss.
«Régimen de la acción sanitaria en materia de drogodependencias », ob. col. J. PEMÁN GAVÍN (dir.): *Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la Sanidad en Aragón*, Colección Cortes de Aragón-Derecho, Zaragoza, pp. 369 a 424 (vol. II).

III Plan Andaluz sobre Drogas y Adicciones (2016-2017).

Plan Nacional sobre Drogas, *Estrategia Nacional sobre Drogas para el periodo 2000-2008*, Evaluación 2003.

Plan Nacional sobre Drogas, *Evaluación Final de la Estrategia Nacional sobre Drogas para el periodo 2000-2008*.

Tribunal de Cuentas, *Informe de Fiscalización del núm. 999, sobre la Delegación del Gobierno para el Plan Nacional sobre Drogas*.

Capítulo VIII TRANSEXUALIDAD EN ANDALUCÍA

José María Pérez Monguió

*«Como hombres y mujeres de conciencia,
rechazamos la discriminación en general
y en particular la discriminación basada en la orientación sexual
y la identidad de género (...) donde existan tensiones entre las actitudes culturales
y los derechos humanos universales, los derechos deben prevalecer».*

Ban Ki Moon (2010)
Secretario General de la Naciones Unidas

I. OBJETO DE ESTUDIO Y SISTEMÁTICA

El trabajo que me propongo abordar en las próximas páginas, como su propio título indica, es la transexualidad en Andalucía: régimen integral para la no discriminación de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. El estudio tiene como eje central la Ley 2/2014, con el mismo título, aprobada por el Parlamento el 8 de julio, y publicada en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* el 18 del mismo mes.

De esta manera, el propósito es tratar, en la extensión que permiten este tipo de trabajos, el régimen jurídico, que no filosófico o sanitario –pese a que se incorporará bibliografía y citas que puedan aclarar conceptos–, que se deriva de esta norma, exponiendo sus aportaciones y sus puntos débiles, realizando una llamada continua al resto de leyes y proyectos de ley que abordan la materia y a la propia tramitación parlamentaria de nuestra Ley. Ello no impedirá la necesaria conexión con otras normas, tanto nacionales como autonómicas, pero siempre sobre el eje que supone la Ley Andaluza.

Con estas premisas, las opciones para llevar a cabo un trabajo de esta naturaleza son variadas. La primera posibilidad es realizar una exposición de la materia sin entrar en cuestiones

particulares, con el objeto de ofrecer al lector una visión de conjunto. La segunda opción es desarrollar un estudio, de manera pormenorizada, sobre las cuestiones más relevantes o susceptibles de provocar mayor conflictividad, opción que dificulta alcanzar una panorámica del régimen de las personas transexuales en Andalucía al amparo de la Ley 2/2014.

La tercera opción, escogida para la realización de este capítulo, es una mezcla de las dos anteriores. De esta forma, el trabajo tiene una parte introductoria en el epígrafe 2, Contextualización de la materia, que tiene el cometido de introducir la problemática de la transexualidad y dar a conocer el contexto normativo existente, todo ello con el fin de permitir al lector obtener una ligera base que le facilite adentrarse en el resto de los contenidos.

Una segunda parte, ya específica de la Ley 2/2014, epígrafes 3 al 5, en los que se expone y estudia el Objeto y ámbito de aplicación de la ley, los principios, derechos, criterios generales de actuación y medidas contra la transfobia y documentación administrativa.

El resto del trabajo, es decir, en los epígrafes 6 y 7, se tratará de forma específica la atención sanitaria y la atención educativa con cierta profundidad, hecho que ha supuesto dejar de abordar otras cuestiones de gran interés como la no discriminación en el ámbito laboral –capítulo III de la Ley– y la atención social –capítulo V de la Ley– que deberán posergarse para un futuro trabajo.

II. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA MATERIA

1. Breve apunte a la situación jurídica internacional y europea

La existencia de personas que presentan una disociación permanente y estable entre el sexo con el que nacen y la identidad de género sentida es una realidad que ha existido siempre y en todas las culturas de la humanidad, como han dejado de relieve la Sociología y la Antropología.

El origen ancestral de esta realidad no ha conllevado una plena asunción de la misma en la sociedad y es lamentablemente el origen de innumerables obstáculos sociales y situaciones de exclusión que provocan, al margen de un sufrimiento incalculable de numerosas personas, una vulnerabilidad social del colectivo, al no disponer de iguales oportunidades y derechos que el resto, que facilitarían la integración social y laboral de las mismas^{1 2},

¹ Como apunte histórico, según muestra la exposición de motivos de la Ley Murcia 8/2016: «Al menos 5.000 personas fueron detenidas por actos o actitudes gais, lésbicas o transexuales durante el franquismo. 5.000 vidas fichadas. Pero este número es sólo una aproximación, porque los historiales están dispersos por las distintas cárceles y porque en muchos casos la condena alegaba prostitución en vez de homosexualidad como delito: «A los homosexuales, rufianes y proxenetes, a los mendigos profesionales y a los que vivan de la mendicidad ajena, se les aplicarán, para que cumplan todas sucesivamente, las medidas siguientes: a) Internado en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a esta medida de seguridad deberán ser internados en instituciones especiales

como se advierte, entre otros, en la Resolución A/HRC/17/19 del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, de 17 de junio de 2012, sobre derechos humanos, orientación sexual e identidad de género, así como en los informes titulados *Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual e identidad de género*, de 17 de noviembre de 2011, de Navanethem Pillay, alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Derechos Humanos e Identidad de Género, de 29 de julio de 2009, de Thomas Hammarberg, comisario de Derechos Humanos del Consejo de Europa.

La preocupación en el marco europeo por esta materia no es nueva³, como señala la exposición de motivos de la Ley Canarias 8/2014, de hecho, ya la pionera Resolución del

y, en todo caso, con absoluta separación de los demás. b) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio. c) Sumisión a la vigilancia de los delegados», decía la Ley de vagos y maleantes de 1954. En 1970 la Ley de peligrosidad y rehabilitación social quiso ofrecer «tratamiento» a las personas homosexuales. En virtud de dicha ley, se crearon dos penales, los de Badajoz y Huelva, para «rehabilitar» a las personas homosexuales, dividiendo a los presos en «pasivos» –en Badajoz– y «activos» –en Huelva–. Frío, miseria, hambre, humillación, violación y palos fueron el destino de miles de personas. Cuántas vidas rotas y deshechas por su orientación sexual. Condenados entre muros que encierran infausta memoria, entre paredes de lamento. Su dignidad secuestrada».

² Los datos resultantes de la encuesta que dio a conocer la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (FRA) en el año 2013, posiblemente la región geopolítica donde más se ha avanzado en la materia, resultan escalofriantes, dejando de relieve que no es un asunto marginal, sino que se trata de un problema serio que afecta a los derechos humanos de estas personas. Así, se señalaba que casi el 47% de las personas encuestadas manifiestan haberse sentido acosadas o discriminadas por razón de su orientación sexual en los doce meses anteriores a la realización del estudio. De las que sufrieron algún tipo de violencia o amenaza, el 59% creen que la razón fue porque sus agresores los identificaron como miembros de los grupos LGTBI. En relación con el entorno laboral, el 20% de las personas LGTBI en la UE afirman haberse sentido discriminadas a la hora de buscar un empleo o en el desempeño de su trabajo, mientras que el porcentaje sube hasta el 32% si nos referimos a otras áreas ajenas a la laboral. Este porcentaje baja hasta el 20% y el 22%, respectivamente, en Holanda y Dinamarca y sube hasta el 41% y 42% en el caso de Bulgaria y Lituania. Especialmente indicativo resulta el dato referente a las personas que ocultaron su identidad sexual durante el periodo escolar, antes de cumplir los 18 años. En este caso, la media de la Unión Europea es del 67% de las personas encuestadas, porcentaje que llega al 81% en el caso de Lituania. Este dato se debe poner en conexión con otro: el número de personas que oyeron comentarios negativos o percibieron conductas nocivas sobre algún compañero o compañera de clase considerado como LGTBI. El 91% de las personas que participaron en la encuesta en la Unión Europea respondieron afirmativamente, y en el caso de Chipre, el porcentaje sube hasta el 97%. Otro dato que debería provocar una profunda reflexión es el hecho de que el 28% de las personas transgénero entrevistadas afirmaron haber sido víctimas de violencia o de amenazas de violencia en más de tres ocasiones en los últimos doce meses. Los resultados completos de la encuesta se pueden consultar en la página web de la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (www.fra.europa.eu). Véase el Informe extraordinario del Valedor do Pobo Galicia del año 2015, *La Situación de las personas lesbianas, Gais, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales en Galicia*, pp. 32 y 33.

³ Todo ello sin olvidar, entre otras muchas, que el artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece la afirmación inequívoca de que «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos». El artículo 2 de la misma Declaración afirma posteriormente que «toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición». Otra referencia son los Principios de Yogyakarta de 2 de marzo de 2007, sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a las cuestiones de orientación sexual e identidad de género. Contiene 29 principios y recomendaciones adicionales, que partiendo de la declaración universal de los derechos humanos, declaración y programa de acción de Viena y otros tratados de derechos humanos, marcan estándares básicos para que las Naciones Unidas y

Parlamento Europeo de 12 de septiembre de 1989 «Sobre la discriminación de los Transexuales», no solo reconoce el derecho de cada uno a establecer los detalles de su identidad como ser humano, sino que insta a los Estados miembros de la Unión Europea a llevar a cabo una serie de medidas, entre las que cabe destacar: la inclusión del tratamiento de reasignación en la Seguridad Social, la concesión de prestaciones sociales a las personas transexuales que hayan perdido su trabajo o su vivienda por razón de su adaptación sexual, la creación de unidades de atención a personas transexuales, la protección financiera a las organizaciones de autoayuda, la adopción de medidas especiales para favorecer el trabajo de las personas transexuales, el derecho al cambio de nombre y la inscripción de sexo en la partida de nacimiento y documento de identidad⁴.

En el ámbito de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece que «la Unión está fundada sobre los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad». Y prohíbe de forma expresa en el artículo 21 toda discriminación y, en particular, la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual.

Sobre esta base, como dispone la Exposición de motivos de la Ley Madrid 2/2016: «la Unión Europea ha construido un sólido cuerpo de normas y resoluciones dirigido a garantizar la libre manifestación de identidad de género de sus ciudadanos sin discriminación. Entre dichos elementos normativos podemos señalar de manera no exhaustiva las resoluciones del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, de 18 de enero de 2006, de 24 de mayo de 2012⁵, de 24 de junio de 2013 y de 4 de febrero de 2014, todas ellas relativas a la igualdad de derechos de lesbianas y gais y transexuales, o los efectos colaterales de Directivas como la 2000/78/CE, del Consejo, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. Es necesario mencionar por su pertinencia al caso las Directrices para promover y proteger el disfrute de todos los derechos humanos por las personas lesbianas, gays, bisexuales, trans e intersexuales (LGBTI), aprobadas por el Consejo de la Unión Europea el 24 de junio de 2013 o los informes de la Agencia de Derechos fundamentales de la Unión Europea sobre la homofobia,

los Estados avancen en la garantía de los derechos humanos de las personas LGBTI, puesto que en numerosos países los derechos humanos son negados a personas con motivo de su orientación sexual, identidad y expresión de género. También esta preocupación se ve reflejada en la Resolución 17/19 del Consejo de Derechos Humanos de la ONU bajo la rúbrica *Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género de 2011*.

⁴ Véanse J. Díaz Lafuente, «La protección de los derechos fundamentales frente a la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género en la Unión Europea», *Revista general de derecho constitucional* (2013), núm. 17, pp. 3 y ss.; A. Elvira, «Transexualidad y Derechos», *Revista General de Derecho Constitucional* (2013), núm. 17, pp. 1 y ss.

⁵ Resolución del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 2012 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2010-2011).

transfobia y discriminación por razón de orientación sexual e identidad de género de los años 2010 y 2014⁶. La jurisprudencia del Tribunal europeo de Derechos Humanos ha dictado igualmente diversas resoluciones desde que se pronunciara expresamente por primera vez en el caso *P.v. S. and Cornwall Council County* en 1996».

2. Breve apunte del régimen en España

En el desarrollo de las previsiones constitucionales, se han llevado a cabo una serie de iniciativas legislativas entre las que destaca la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas⁷ que supuso un avance en la consolidación de derechos de las personas transexuales mayores de edad, pues les permitía corregir la asignación registral de su sexo contradictoria con su identidad, sin tener que someterse a un procedimiento quirúrgico de reasignación de sexo y sin procedimiento judicial previo; la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de la orden social (artículos 27 a 43); y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Y, finalmente, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia establece que «a efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrá en cuenta como criterio general la preservación de su orientación e identidad sexuales, así como la no discriminación del mismo por estas o cualesquiera otras condiciones, garantizando el desarrollo armónico de su personalidad». Especialmente relevante es que se haya reconocido expresamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad conforme a la identidad sexual en la nueva redacción dada al artículo 11 de la Ley Orgánica de protección jurídica del menor por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que pasa a disponer que «serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores el libre desarrollo de su personalidad conforme a su orientación e identidad sexuales».

Sin embargo, en este proceso de garantizar la igualdad y la dignidad al conjunto de personas transexuales están jugando un papel nuclear las Comunidades Autónomas que desde el año 2009 han ido aprobando leyes específicas para preservar los derechos de

⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de febrero de 2014, sobre la hoja de ruta de la UE contra la homofobia y la discriminación por motivos de orientación sexual e identidad de género [2013/2183(INI)], <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P7-TA-2014-0062+0+DOC+PDF+V0//ES>.

⁷ Véanse J. López-Galiacho Perona, *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill. 1998, Y. Bustos Moreno, *La transexualidad*, Dykinson, 2008. J. M. Riesco Tabernero de Paz «Expedición de copias notariales en supuestos de cambio de sexo tras la Ley 3/2007, de 15 de marzo: ¿una excepción a la literalidad?», *Revista jurídica del notariado*, núm. 71 (2009), pp. 79-103.

las personas transexuales en particular y algunas de las mismas se extienden a todo el colectivo LGTBI⁸.

Andalucía, en este campo, fue la cuarta Comunidad Autónoma en aprobar una Ley en esta materia, tras Navarra, Galicia y el País Vasco, sin embargo, ello no ha sido fruto de la falta de sensibilidad por parte del Legislativo y del Ejecutivo andaluz que ya desde principios de los años 2000 amparó en el seno del Servicio Andaluz de Salud, siendo pionera, el proceso de reasignación sexual.

Leyes específicas autonómicas

Comunidad Autónoma	Ley
Andalucía	Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía
Aragón	
Asturias	
Baleares	Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia
Canarias	Ley 8/2014, de 28 de octubre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales
Cantabria	
Castilla y León	
Castilla-La Mancha	
Cataluña	Ley 11/2014, de 10 de octubre, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, bisexuales, transgéneros e intersexuales y para erradicar la homofobia, la bifobia y la transfobia
Extremadura	Ley 12/2015, de 8 de abril, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de Extremadura
Galicia	Ley 2/2014, de 14 de abril, por la igualdad de trato y la no discriminación de lesbianas, gays, transexuales, bisexuales e intersexuales en Galicia
La Rioja	
Madrid	Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid Ley 3/2016, de 22 de julio, de Protección Integral contra la LGTBifobia y la Discriminación por Razón de Orientación e Identidad Sexual en la Comunidad de Madrid
Murcia	Ley 8/2016, de 27 de mayo, de igualdad social de lesbianas, gays, bisexuales, transexuales, transgénero e intersexuales, y de políticas públicas contra la discriminación por orientación sexual e identidad de género en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia

⁸ Véanse, entre otros, K. Belsué Guillorme, «La legislación en torno a la transexualidad en España: avances, debilidades y paradojas», *Feminismo/s*, núm. 19 (2012), pp. 211-234, B. Sillero Crovetto, *Del derecho a la identidad de género al tratamiento integral de las transexualidad*, Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 2170, 2014 y J. Alventosa del Río, «La regulación de la identidad de género en las comunidades autónomas», *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 2 (2015), pp. 745-760.

Comunidad Autónoma	Ley
Navarra	Ley Foral 12/2009, de 19 de noviembre, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales
País Vasco	Ley 14/2012, de 28 de junio, de no discriminación por motivos de identidad de género y de reconocimiento de los derechos de las personas transexuales
Valencia	Actualmente en fase de anteproyecto ⁹

Así, el propio Estatuto de Autonomía contiene, por un lado, en su artículo 14, una cláusula general antidiscriminatoria en la que contempla, entre otras causas de discriminación, la orientación sexual y, por otro, formula un específico derecho subjetivo de toda persona «a que se respete su orientación sexual y su identidad de género» y, al mismo tiempo, prevé la obligación de los poderes públicos de promover políticas para garantizar su ejercicio (artículo 35). Asimismo, el artículo 37.1.2.º proclama como principio rector de las políticas públicas de los poderes de la Comunidad Autónoma la lucha, entre otros aspectos, contra el sexismo y la homofobia, «especialmente mediante la educación en valores que fomente la igualdad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad».

En este marco estatutario, se aprobó la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, cuyo artículo 43.2 proclama el deber de los poderes públicos de Andalucía de establecer políticas que promuevan las acciones necesarias para eliminar la discriminación por opción sexual y transexualidad, garantizando la libertad de decisión individual.

Con todo, el Legislador andaluz ha dado un paso más con la aprobación de la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales, una ley que parte de la premisa de que la transexualidad no es un trastorno o una enfermedad que deba ser tratada¹⁰. Así, la Ley andaluza conecta con las líneas más actuales sobre la materia y, entre ellas, con la Resolución del Parlamento Europeo de 12 de diciembre de 2012 sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea (2010-2011), en cuya Recomendación general 98 lamenta «que en varios Estados miembros todavía se considere que los

⁹ Existen algunas reticencias al anteproyecto como puede apreciarse en el siguiente titular «La Católica –se refiere a la Universidad– pide al Consell que retire el anteproyecto de ley de transexualidad», El País 20 de junio de 2016, http://ccaa.elpais.com/ccaa/2016/06/17/valencia/1466181746_218956.html

¹⁰ Pues aunque pueda resultar llamativo, como manifiesta la exposición de motivos de la Ley andaluza: «la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE) de la Organización Mundial de la Salud contempló por primera vez la homosexualidad como una enfermedad mental en la CIE-9 de 1977, pero eventualmente la eliminó en 1990, al adoptarse la CIE-10, de acuerdo con las investigaciones que mostraban que la orientación sexual no era una enfermedad. El foco se movió entonces hacia las identidades transexuales, que fueron introducidas como nuevas clasificaciones de trastornos psicológicos y del comportamiento. Los manuales internacionales de enfermedades mentales DSM-IV-R y CIE-10, elaborados por la American Psychiatric Association (APA) y por la Organización Mundial de la Salud (OMS), respectivamente, la recogen y califican como *trastorno de la identidad sexual* o *desorden de la identidad de género*. El diagnóstico médico asociado a la transexualidad es *distorfia de género*».

transexuales son enfermos mentales» e «insta a los Estados miembros a que introduzcan o revisen los procedimientos de reconocimiento jurídico de género, de acuerdo con el modelo de Argentina¹¹, y revisen las condiciones establecidas para el reconocimiento jurídico de género (incluida la esterilización forzosa)», al tiempo que «pide a la Comisión y a la Organización Mundial de la Salud que supriman los trastornos de identidad de género de la lista de trastornos mentales y de comportamiento, y que garanticen una reclasificación de dichos trastornos como trastornos no patológicos». Y más reciente, la Resolución 2048, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015, La discriminación contra las personas trans en Europa, dispone en su apartado 6.3, bajo el epígrafe *As concerns gender reassignment treatment and health care*, un punto, concretamente el 6.3.3, a modificar las clasificaciones de patologías utilizadas a nivel nacional y proponer el cambio de las clasificaciones internacionales con el fin de garantizar que las personas transexuales, incluidos las menores, no sean considerados como enfermos mentales, al mismo tiempo asegurando el acceso a los tratamientos médicos necesarios sin estigmatización¹².

De esta manera, la Ley Andalucía 2/2014 aborda desde la normalidad y desde un planteamiento integral la materia para responder a todas las necesidades de las personas transexuales, estableciendo los elementos articulares que después habrán de ser desarrollados y concretizados con las reglamentaciones, procedimientos y otras actuaciones necesarias, sin perjuicio de existir algunas carencias significativas, entre las que destaca la ausencia de un régimen sancionador que impide articular medidas que permitan perseguir los incumplimientos de las obligaciones establecidas en la norma¹³.

Así, contempla, como mantiene la exposición de motivos «medidas de integración e inserción social y contra la transfobia; de asesoramiento, orientación, apoyo y defensa de los derechos reconocidos y lucha contra la discriminación en los ámbitos social, sanitario, cultural, laboral y educativo; de protección especial a las mujeres transexuales (doble discriminación); de capacitación y sensibilización del personal al servicio de las administraciones públicas de Andalucía; de fomento del asociacionismo, redes de autoapoyo y ayuda; de evitación de estereotipos y su difusión a través de los medios de comunicación; de fomento de la formación y la investigación en las universidades andaluzas en materia de autodeterminación de género; de participación social; de confidencialidad y protección de datos personales; de dotación de acreditaciones acordes a la identidad de género para el acceso a los servicios administrativos en condiciones de gratuidad sin alteración de

¹¹ Véase Ley 26.743, de Identidad de Género, de Argentina, promulgada el 23 de mayo de 2012, <http://www4.hcdn.gov.ar/BO/boletin12/2012-05/BO24-05-2012leg.pdf> (consultado el 22 de enero de 2015).

¹² Véase «Atención psicomédica a personas transexuales en España en la era de la despatologización de la transexualidad como trastorno mental», *Endocrinología y Nutrición*, núm. 60 (2013), pp. 599-603.

¹³ Las leyes autonómicas no incorporaban un régimen sancionador, hasta que la Ley Cataluña 11/2014 lo incorporó –arts. 31 a 39–, sendero que después seguirían las Leyes Extremadura 12/2015 –arts. 44 a 52–, Baleares 8/2016 –arts. 33 a 41–, Murcia 8/2016 –arts. 48 a 56– y Madrid 2/2016 –arts. 49 a 57–.

sus derechos y obligaciones; de atención sanitaria a través del Servicio Andaluz de Salud mediante el acceso a la cartera de servicios existente y con tratamiento acorde a su identidad de género y consentimiento informado; de formación específica de los profesionales clínicos; de establecimiento de indicadores de seguimiento sobre tratamientos, terapias, intervenciones y técnicas, entre otros; medidas antidiscriminatorias en el ámbito laboral y políticas activas de ocupación; medidas diversas en el ámbito educativo y de coordinación con el ámbito sanitario en relación con los menores que manifiesten una identidad de género distinta a la asignada al nacer; de apoyo y protección a las víctimas de delitos, especialmente cuando se trate de crímenes de odio basados en la identidad de género, expresión de género u orientación sexual, con acceso a los servicios de apoyo y protección de víctimas de violencia de género; entre otras».

III. OBJETO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY

1. Objeto de la Ley

El Legislador andaluz ha optado por abordar exclusivamente el régimen para la no discriminación por motivos de identidad de género y el reconocimiento de los derechos de las personas transexuales. De este modo, la Ley Andalucía 2/2014 sigue el modelo de la Ley Navarra 12/2009, de la que reproduce el título, opción por la que también ha adoptado la Ley País Vasco 14/2014 o la Ley Canarias 8/2014. Sin embargo, en los últimos años se está imponiendo un tratamiento de todos los colectivos incluidos en la siglas LGBTI (Lesbianas, homosexuales, bisexuales, transgénero e intersexuales) como es el caso de la Ley Cataluña 11/2014, Ley Galicia 2/2014, Ley Extremadura 12/2015, Ley Murcia 8/2016, Ley Madrid 2/2016 y Ley Baleares 8/2016, con el propósito de articular un régimen unitario y global.

Con esta opción normativa, el objeto de la Ley Andalucía 2/2014 es, según su artículo 1: «Establecer un marco normativo adecuado para garantizar el derecho a la autodeterminación de género de las personas que manifiesten una identidad de género distinta a la asignada al nacer». Para ello, se prevén tanto una serie de facultades y deberes, como un conjunto de actuaciones que corresponden a la Junta de Andalucía que giran sobre cuatro ámbitos de atención: sanitario, educativo, laboral y social, como tendremos ocasión de analizar en las páginas siguientes¹⁴. Sin embargo, como puede apreciarse, el objeto de la Ley resulta insuficiente, a la vez que no se adapta al contenido ambicioso de la norma. Así, hubiera resultado más acertado definir el objeto, siguiendo, entre otros, el ejemplo de la Ley Baleares 8/2016 –art. 1.1–¹⁵, partiendo del derecho a la autodeterminación como

¹⁴ En el caso de la Ley Canarias 8/2014 como de la Ley País Vasco optan por una delimitación del objeto distinta a la contemplada a la Ley andaluza, en la que integran.

¹⁵ En el mismo sentido art. 1 Ley Murcia 8/2016.

premisa principal, tal como se ha hecho, pero incluyendo dentro de la conceptualización del objeto también la adopción de un conjunto de principios, medios y medidas para garantizar la igualdad real y efectiva en el ejercicio de los derechos, mediante la prevención, la corrección y la eliminación de toda discriminación. Pues lo determinante es el trasfondo de la regulación contenida en la Ley Andalucía 2/2014, no es, al menos exclusivamente, el derecho a la autodeterminación, sino de las medidas para garantizar la igualdad real y efectiva de este colectivo¹⁶. De hecho, como veremos en los epígrafes siguientes, el artículo 6.2 de la Ley expresa que «ninguna persona podrá ser objeto de discriminación, acoso, penalización o denegación de servicio por motivo de su identidad de género». Ambas cuestiones están íntimamente vinculadas pero se sustentan en principios distintos, así la autodeterminación es una derivación del desarrollo de la personalidad del artículo 10 de la Constitución mientras que la prevención, corrección y eliminación de todos los obstáculos que favorezcan el trato desigual o discriminatorio está vinculado al principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución. Estas últimas se deben manifestar en todos los ámbitos de la vida, y en particular, como manifiesta la Ley Baleares 8/2016, en las áreas civil, laboral, social, sanitaria, educativa, económica y cultural y, por otra, «a todas las etapas de la vida y a todas las contingencias de su decurso, como pueden ser cualquier cambio en el estado civil, la formación de una familia, la enfermedad, la incapacitación, la privación de libertad o muerte» –art. 1.2–.

Sin embargo, como hemos apuntado, la Ley Andalucía, siguiendo el ejemplo de las leyes Navarra, Canarias y País Vasco ha optado por centrarse a la hora de delimitar el objeto en el derecho de las personas, siguiendo la terminología de la Ley Navarra 12/2009, que adopta socialmente el sexo contrario al de su nacimiento, a recibir de la administración una atención integral y adecuada a sus necesidades médicas, psicológicas, jurídicas y de otro índole, en igualdad de condiciones –art. 1–¹⁷.

2. Ámbito de aplicación

En relación al ámbito de aplicación, la Ley Andalucía 2/2014 distingue o establece dos ámbitos –art. 5–.

A) Personas beneficiarias

Así, en primer lugar, se establecen las personas beneficiarias, esto es, todas aquellas con residencia efectiva en Andalucía que manifiesten una identidad de género distinta a la

¹⁶ En este sentido los arts. 1 Ley Murcia 8/2016, 1.1 Ley Cataluña 11/2014, 1 Ley Extremadura 12/2015 y 1 Ley Galicia 2/2014.

¹⁷ Véanse arts. 1 Ley Navarra 12/2009, Ley País Vasco 14/2012 y Ley Canarias 8/2014.

asignada al nacer¹⁸. Sin embargo, esta redacción no fue pacífica pues en la Proposición de ley, las personas beneficiarias se encontraban en un artículo previo al ámbito de aplicación, con una redacción muy restrictiva pues, aunque inicialmente se indicaba que «las personas beneficiarias de los derechos y las prestaciones que en esta ley se concretan son, con carácter general, todos los ciudadanos y ciudadanas residentes en la Comunidad de Andalucía que manifiesten una identidad de género distinta a la asignada al nacer», posteriormente se establecían restricciones para poder ser beneficiarias de las prestaciones. De esta manera, la condición de persona beneficiaria quedaba condicionada a que aquellas se encontrarán en alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que hayan procedido a la rectificación en el Registro Civil de la mención de sexo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 3/2007, de 15 de marzo.
- b) Que hayan iniciado los trámites para acceder al cambio de la inscripción relativa al sexo en el Registro Civil.
- c) Que hayan obtenido la acreditación de identidad de género prevista en el artículo 10 de esta ley.
- d) Excepcionalmente, aquellas que, habiendo solicitado la acreditación de identidad de género prevista en el artículo 10 de esta ley, estén en trámite de resolución.

Los distintos grupos parlamentarios presentaron enmiendas a los artículos 4, Personas beneficiarias¹⁹, y 5 Ámbito de aplicación²⁰, que finalmente se resolvió con una enmienda transaccional que daba una nueva redacción al artículo 4 y que suprimía el artículo 5²¹ y en la que en gran medida se seguía el esquema del Grupo Parlamentario Izquierda Unida, con la supresión del artículo relativo a las personas beneficiarias que se incluía en el artículo del ámbito de aplicación, aunque en este caso se optó por la fórmula de la enmienda 17 del Grupo Parlamentario Socialista.

En cuanto al resto de leyes autonómicas, han seguido dos modelos, las que exigen, siguiendo el ejemplo de Navarra, la residencia efectiva como es el caso de Canarias²², País

¹⁸ En la Ley Navarra 12/2009, se precisa que son personas beneficiarias de las prestaciones de la Ley todas las personas residentes en cualquiera de los municipios, con independencia de su situación legal o administrativa.

¹⁹ Véanse las enmiendas número 1 del Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, 17 del Grupo Parlamentario Socialista, y 38 del Grupo Parlamentario Popular (BOPA núm. 465, de 3 de junio de 2014).

²⁰ Véanse las enmiendas número 2 del Grupo Parlamentario Izquierda Unida Los Verdes-Convocatoria por Andalucía, 18 del Grupo Parlamentario Socialista, y 39 del Grupo Parlamentario Popular, (BOPA núm. 465, de 3 de junio de 2014).

²¹ Véase el Informe de la Ponencia al 9-14/PPL-000001, Proposición de Ley integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía (BOPA núm. 470, de 10 de junio de 2014, p. 3).

²² La Ley Canarias 8/2014 manifiesta que la Ley será de aplicación efectiva a las personas con residencia efectiva en cualquiera de los municipios de la Comunidad Autónoma de Canarias que tengan la condición de personas transexuales. Y tendrá la condición de persona transexual aquella que «acredite ante las administraciones públicas canarias, mediante informe de un/a psicólogo/a colegiado/a y preferentemente con experiencia acreditada en atención de la transexualidad: a) Que carece de patologías que le induzcan a error en cuanto a la identidad de género que manifiesta

Vasco²³ y las que han optado por no distinguir entre las personas beneficiarias y el resto de sujetos y entidades a los que la ley será de aplicación como por ejemplo Illes Balears que dispone que «esta ley se aplica, en el ámbito territorial de la comunidad autónoma de las Illes Balears, a cualquier persona, física o jurídica, de derecho público o privado, independientemente de su situación administrativa o personal y de su domicilio o residencia, sin perjuicio de lo que establecen la legislación en materia de extranjería, los tratados internacionales aplicables y la otra legislación vigente» –art. 3.1–²⁴.

El principal problema que se deriva de la redacción del artículo 4.1 de la Ley Andalucía 2/2014 es que exige la residencia efectiva, requisito que parece acertado en el caso de la exigencia de determinadas prestaciones, sanitarias, sociales, etcétera, establecidas en el sistema, pero en relación a los medios y medidas para garantizar la igualdad real y efectiva en el ejercicio de los derechos o los instrumentos para la prevención, la corrección y la eliminación de toda discriminación, la residencia no debería ser obstáculo alguno.

B) Administraciones y entidades

La Ley Andalucía 2/2014 se aplicará a:

- La Administración de la Junta de Andalucía.
- Las agencias de la Administración de la Junta de Andalucía, sean administrativas, de régimen especial o públicas empresariales, así como las entidades de Derecho Público a las que hace referencia la disposición adicional segunda de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.
- Los consorcios a los que se hace referencia en el artículo 12.3 de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía.
- Las entidades que integran la Administración Local andaluza.
- Los entes instrumentales de Derecho Público vinculados o dependientes de las Administraciones Locales andaluzas y, en particular, las agencias públicas administrativas locales, las agencias públicas empresariales locales y las agencias locales en régimen especial.

y pretende le sea reconocida, manifestando una voluntad estable, indubitada y permanente al respecto; y b) Que presente una disonancia igualmente estable y persistente durante al menos seis meses, entre el sexo morfológico de nacimiento y la identidad de género sentida por el/la solicitante; c) Cuando la persona haya procedido a la rectificación por resolución firme en el Registro Civil de la mención de sexo, solamente deberá acreditar dicha rectificación.»–art. 2.2–. La Ley Navarra 12/2009 aun es más restrictiva pues exclusivamente reconoce la condición de persona transexual a «toda aquella persona que haya procedido a la rectificación en el Registro Civil de la mención de sexo, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 3/2007, de 15 de marzo.» –art. 3.2–.

²³ Cfr. 3.1 Ley Navarra 12/2009, 2.1 Ley Canarias 8/2014 y 2 Ley País Vasco 14/2012.

²⁴ Con este modelo, los arts. 3.1 Ley Cataluña 11/2014, 2.1 Ley Extremadura 12/2015, 2.1 Ley Madrid 2/2016, 2.1 Ley Murcia 8/2016.

- El sistema universitario andaluz, definido en el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades, aprobado por Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero .
- Cualesquiera otras entidades de Derecho Público con personalidad jurídica, vinculadas a las Administraciones Públicas a las que se refiere este apartado o dependientes de ellas.
- Las fundaciones del sector público del artículo 55 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y las fundaciones públicas locales del artículo 40 de la Ley 5/2010, de 11 de junio, de Autonomía Local de Andalucía, o normativa que las sustituya.

Sin embargo, pese a la exhaustividad de la Ley andaluza en la delimitación del ámbito de aplicación de la ley, lo cierto es que esta queda coja, pues no se extiende al sector privado. Por ello, se podría haber seguido el esquema por ejemplo de la Ley de Murcia 8/2016 que extiende el ámbito de aplicación a cualquier persona física o jurídica, pública o privada, cualquiera sea su domicilio o residencia que se encuentre o actúe en el ámbito territorial de la Comunidad y posteriormente encomienda garantizar el cumplimiento de la Ley a la Comunidad Autónoma, las entidades locales de la Región de Murcia, así como cualquier entidad de derecho público o privado vinculada o dependiente de las mismas y la Federación de Municipios –art. 3.2 y 3²⁵.

IV. PRINCIPIOS, DERECHOS, CRITERIOS GENERALES DE ACTUACIÓN Y MEDIDAS CONTRA LA TRANSFOBIA

1. Principios

La Ley Andalucía 2/2014 contempla exclusivamente, de manera expresa, un principio general de no discriminación por motivos de identidad de género que es una reproducción del artículo primero de la Declaración Universal de los Derechos Humanos junto con los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género de 2006, al disponer que «todas las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos, con independencia de su identidad de género»²⁶. Todo ello sin olvidar que el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 reconoce el derecho de toda persona a que se respete su orientación sexual y su

²⁵ En el mismo sentido, art. 2 Ley Madrid 2/2016, 2 Ley Extremadura 12/2015, 3 Ley Cataluña 11/2014 y 3 Ley Baleares 8/2016.

²⁶ Art. 1 de los Principios de Yogyakarta, bajo la rúbrica, *El derecho al disfrute universal de los derechos humanos*, dispone: «Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos. Los seres humanos de todas las orientaciones sexuales e identidades de género tienen derecho al pleno disfrute de todos los derechos humanos».

identidad de género, exigiendo a los poderes públicos la promoción de políticas para garantizar el citado derecho²⁷.

El precepto, tras la declaración de las personas como seres iguales en dignidad y derechos, prevé que «ninguna persona podrá ser objeto de discriminación, acoso, penalización o denegación de servicio por motivo de su identidad de género»²⁸, principio que posteriormente tiene numerosas manifestaciones a lo largo del articulado, como se verá a lo largo del capítulo²⁹.

Tras este importante y nuclear principio de no discriminación por motivos de identidad de género, como hemos anunciado, no se prevén, contemplan o enuncian otros principios en la disposiciones generales del capítulo³⁰, a diferencia de otras leyes autonómicas. Estas últimas han optado por dos modelos, según el caso, diferenciados. Por una parte, las leyes de Extremadura y Murcia han optado por enumerar y definir unos principios que serán los que inspiren la actuación de las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas incluidas en sus respectivos ámbitos de actuación. Y, por otra parte, las leyes de Islas Baleares y de Cataluña que optan por recoger los principios orientadores de la actuación de los poderes públicos³¹.

²⁷ Sin olvidar el artículo 14 del Estatuto de Autonomía de Andalucía, cuando bajo la rúbrica *Prohibición de discriminación*, prohíbe: «Toda discriminación en el ejercicio de los derechos, el cumplimiento de los deberes y la prestación de los servicios contemplados en este Título, particularmente la ejercida por razón de sexo, orígenes étnicos o sociales, lengua, cultura, religión, ideología, características genéticas, nacimiento, patrimonio, discapacidad, edad, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. La prohibición de discriminación no impedirá acciones positivas en beneficio de sectores, grupos o personas desfavorecidas».

²⁸ En este mismo sentido, Artículo 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, bajo la rúbrica, *No discriminación*, dispone que: «1. Se prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual». Véanse los arts. 5 Ley Madrid 2/2016, 9 Ley Murcia 8/2016, 3 Ley Galicia 2/2014, 4 Ley Canarias 8/2014, 5 Ley Baleares 8/2016.

²⁹ Resulta interesante la opción que han escogido la Ley Cataluña 11/2014 y la Ley Baleares 8/2016, arts. 5 y 6 respectivamente, bajo la rúbrica, *Cláusula general antidiscriminatoria*, precepto que tras indicar que las administraciones públicas y el Síndic de Greuges, en el caso de Cataluña, y la Instituciones Públicas, en el caso de la Islas Baleares, velarán por el derecho a la no discriminación con independencia de la orientación sexual, la identidad de género o la expresión de género de las persona o del grupo familiar al que pertenezcan, disponen que el derecho a la no discriminación debe ser un principio informador del ordenamiento jurídico [...] de la actuación administrativa y de la práctica judicial. Este derecho vincula tanto a los poderes públicos como a los particulares.».

³⁰ Para encontrar otra referencia explícita a los principios hay que acudir al artículo 22, Principios para la atención, apoyo y protección de las víctimas, precepto que realmente no contempla un principio sino una serie de «mandatos» a la Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

³¹ En el caso de la Ley Canarias 8/2014, en el capítulo II, bajo la rúbrica *Principios de actuación en materia de identidad de género y de transexualidad*, contempla el de «no discriminación por motivos de identidad de género» –art. 4– y el de «Igualdad de oportunidades de las personas transexuales» –art. 5–.

Sin embargo, como puede apreciarse en el siguiente cuadro, muchos de los citados principios pueden encontrar uno de naturaleza idéntica o similar en el otro modelo.

Principios inspiradores	Principios orientadores de la actuación de los poderes públicos
Ley Extremadura 12/2015 –art. 3–. Ley Murcia 8/2016 –art. 3–.	Ley Cataluña 11/2014 –6–. Ley Baleares 8/2016 –art. 6–.
Igualdad y no discriminación.	Protegerá la integridad, la dignidad y la libertad de todas las personas, de acuerdo con los derechos fundamentales y los derechos humanos universales.
Prevención.	Dotará de un carácter integral y transversal las medidas que adopten en este ámbito.
Reconocimiento de la personalidad.	Garantizará el respeto de la pluralidad de identidades por orientación afectiva y sexual, mediante el reconocimiento de la personalidad.
Integridad física y seguridad personal.	Ninguna persona podrá ser presionada para ocultar, suprimir o negar su orientación sexual, expresión o identidad de género.
Protección frente represalias.	Garantizará la protección efectiva frente a cualquier acto de violencia o agresión contra la vida, la integridad física o psíquica o el honor personal que tenga causa directa o indirecta en la orientación sexual, identidad de género, expresión de género, diversidad corporal o pertenencia a grupo familiar.
Privacidad.	Asegurará el derecho a la privacidad de todas las personas.
Garantía de tratamiento adecuado en materia de salud.	Garantizará un tratamiento adecuado en materia de salud.
Efectividad de derechos.	Velará por la sensibilización en este ámbito.
	Amparará la participación, la no invisibilización y la representación en igualdad de oportunidades de las personas LGTBI.
	Atenderá la diversidad de situaciones de discriminación en que se pueden encontrar las personas LGTBI.
	Hará efectivo el reconocimiento de la diversidad del hecho familiar en el Derecho Civil de las Illes Balears.
	Cooperación interadministrativa.
	Velará por la formación especializada y la debida capacitación de los y de las profesionales.
	Promoverá el estudio y la investigación sobre la diversidad afectiva y sexual e identidades de género que sirvan para erradicar la discriminación y la violencia hacia las personas LGTBI.
	Establecerá medidas de fomento de las entidades que trabajan para hacer efectivos los derechos y la no discriminación de las personas LGTBI.

Igualmente puede argumentarse que la mayoría de los citados principios, sea en un elenco o en el otro, encuentran su manifestación en la Ley Andalucía 2/2014. Así por ejemplo, la transversalidad se encuentra en el artículo 7.a), la privacidad en los artículos 8 y 9.2.c), la formación especializada en el artículo 11, la sensibilización en el artículo 7.d) o, entre otros, el tratamiento adecuado en materia de salud, los artículos 10 y ss, y de los citados preceptos de los que pueden inferirse los principios enumerados. Este hecho, sin dejar de ser cierto, puede plantear

ciertas dudas, sobre todo, en la medida que existen referencias explícitas a los «principios inspiradores de la Ley» a lo largo de la norma, principios que no vienen recogidos en ninguna parte³².

Con todo, y a pesar de lo cierto de lo manifestado, la Ley Andalucía 2/2014 en el capítulo I, aunque no recoge una enumeración de los principios inspiradores de la Ley, sí contiene unos criterios generales de actuación, una medida contra la transfobia y recoge la confidencialidad y el respeto a la privacidad, incluyendo un precepto dedicado a la documentación administrativa. Preceptos que diseñan, a partir del Derecho a la autodeterminación, el marco general de actuación.

2. Derecho a la autodeterminación de género

Como se aprecia, el objeto de la Ley gira, como no podía ser de otro modo, sobre el derecho a la autodeterminación de género que parte del concepto hecho premisa de la identidad de género, definido como «la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente, que puede corresponder o no con el sexo asignado al momento del nacimiento, y que incluye la vivencia personal del cuerpo»³³. Identidad sexual que puede involucrar la modificación de la apariencia o la función corporal a través de medios farmacológicos, quirúrgicos o de otra índole, siempre que ello sea libremente escogido –art. 2 Ley 2/2014–.

Así, la Ley Andalucía 2/2014 reconoce una serie de derechos a todas las personas que son una manifestación, por una parte de los artículos 35 y 37.2 del Estatuto de Autonomía que consagran, respectivamente el derecho al respeto de la orientación sexual y la identidad de género, y el principio rector de la lucha contra el sexismo, la xenofobia, la homofobia y el belicismo, especialmente mediante la educación en valores que fomente la igualdad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad. Y, por otra, la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, que exige a los poderes públicos de Andalucía la promoción de «las acciones necesarias para eliminar la

³² Así, por ejemplo, el artículo 10.3, cuando dispone: «La Consejería competente en materia de salud establecerá un procedimiento asistencial de atención a las personas transexuales que contendrá los criterios, objetivos y estándares de atención recogidos en las recomendaciones internacionales en la materia, que en *todo caso han de ser compatibles con los principios inspiradores de esta Ley*. Dicho procedimiento se elaborará en colaboración con personas transexuales y entidades que las representan». O el artículo 19.6: «Los menores incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Ley tienen pleno derecho a recibir la atención sanitaria necesaria para garantizar el desarrollo equilibrado y saludable de su identidad de género, con especial atención en la etapa de la pubertad, de conformidad con las recomendaciones médicas internacionales en materia de transexualidad, que en todo caso han de ser compatibles con los principios inspiradores de esta Ley.».

³³ El derecho a la identidad de género, como mantiene Belsué Gillorme, es una «parte del derecho al desarrollo personal que protege la Constitución española en su artículo 10». En «Sexo, género y transexualidad: de los desafíos teóricos a las debilidades de la legislación española», en *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 29 (2011), p. 25.

discriminación por opción sexual y transexualidad, garantizando la libertad de decisión individual» –art. 43.2–³⁴.

Estos derechos se concretan en:

- Recibir una atención integral y adecuada a sus necesidades sociales, sanitarias, jurídicas, laborales y educativas, entre otras, en igualdad efectiva de condiciones y sin discriminación con el resto de la ciudadanía.
- Reconocimiento de su identidad de género, libremente determinada.
- Libre desarrollo de su personalidad conforme a su identidad de género, libremente determinada.
- Ser tratado de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificado de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía.
- Ejercicio de su libertad, conforme a su identidad de género, en los diferentes ámbitos de la vida social y, en particular, en el acceso y atención en los distintos servicios públicos que se prestan por la Administración de la Junta de Andalucía.

3. Criterios generales de actuación y medidas contra la transfobia

El capítulo I de la Ley Andalucía 2/2014, bajo la rúbrica de *Disposiciones generales*, comprende, entre otros preceptos, dedicados, por una parte, a los criterios generales de actuación y por otro, a las medidas contra la transfobia que definen los perfiles del régimen positivo. En el primero de ellos, artículo 5, se recogen una serie de «reglas y obligaciones» que deben presidir la actuación de la Administración al abordar la materia, mientras que el segundo –art. 7– establece una serie de mandatos a la Administración de la Junta de Andalucía que requieren una actuación proactiva. Algunas de estas últimas podrían integrarse sin problema en el marco de los criterios generales de actuación, sin embargo existe una diferencia significativa de la que debe quedar constancia en la medida que en el diseño, adopción o realización de las medidas contra la transfobia la Administración de la Junta de Andalucía deberá necesariamente contar con las asociaciones de personas transexuales.

A) Criterios generales de actuación

El artículo 5 contiene los denominados criterios generales de actuación que pueden sistematizarse, a los efectos meramente expositivos, en: a) vinculados a la autodeterminación de género y b) los relativos a la promoción del principio de no discriminación por razón de género en el acceso servicios públicos a las prestaciones públicas y privadas.

³⁴ Véase J. Alventosa Del Río, «La regulación de la identidad de género en las Comunidades Autónomas», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, febrero 2015, pp. 745-760.

Los criterios de actuación vinculados directamente a la autodeterminación de género serían:

- El respeto al derecho humano a la autodeterminación de género en toda norma, reglamentación, procedimiento o actuación de las Administraciones del artículo 4.2 que no podrán limitar, restringir, excluir o suprimir el derecho a la libre autodeterminación de género.
- Interpretación de las normas a favor del libre y pleno ejercicio del derecho de autodeterminación³⁵.
- El derecho a la autodeterminación de la identidad de género se integrará en la adopción y ejecución de las disposiciones normativas de la Comunidad Autónoma de Andalucía³⁶.

Mientras, los criterios para la promoción y garantía efectiva del principio de no discriminación por razón de género imponen a la Administración una serie de compromisos pro futuro, como son:

- Adoptar las medidas administrativas necesarias que permitan el acceso a los servicios y prestaciones públicas de acuerdo con la identidad de género manifestada.
- Adoptar las medidas administrativas necesarias a fin de garantizar que, en las menciones a las personas, estas reflejen la identidad de género manifestada, respetando la dignidad y privacidad de la persona concernida.

Este precepto también contiene una previsión que realmente no se corresponde con ningún criterio de actuación. Concretamente se dispone que «ninguna persona será obligada a someterse a tratamiento, procedimiento médico o examen psicológico que coarte su

³⁵ En el mismo sentido el artículo 4.3 Ley Canarias 8/2014.

³⁶ En este sentido, el artículo 6 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, de promoción de la igualdad de género en Andalucía artículo 6, Evaluación de impacto de género dispone: «1. Los poderes públicos de Andalucía incorporarán la evaluación del impacto de género en el desarrollo de sus competencias, para garantizar la integración del principio de igualdad entre hombres y mujeres. 2. Todos los proyectos de ley, disposiciones reglamentarias y planes que apruebe el Consejo de Gobierno incorporarán, de forma efectiva, el objetivo de la igualdad por razón de género. A tal fin, en el proceso de tramitación de esas decisiones, deberá emitirse, por parte de quien reglamentariamente corresponda, un informe de evaluación del impacto de género del contenido de las mismas. 3. Dicho informe de evaluación de impacto de género irá acompañado de indicadores pertinentes en género, mecanismos y medidas dirigidas a paliar y neutralizar los posibles impactos negativos que se detecten sobre las mujeres y los hombres, así como a reducir o eliminar las diferencias encontradas, promoviendo de esta forma la igualdad entre los sexos». Sin embargo, como puede apreciarse, el precepto tiene como objetivo o propósito la evaluación de impacto de género para garantizar la integración del principio de igualdad entre hombres y mujeres pero difícilmente puede extenderse al colectivo que nos ocupa, sobre todo cuando se encuentran *en tránsito*. En el Derecho autonómico comparado se encuentran dos opciones. La primera y más extendida consiste en la incorporación de un precepto en las leyes específicas sobre la evaluación de impacto sobre orientación sexual e identidad de género. Una evaluación que se exige tanto en el desarrollo de las competencias, en el caso de Baleares y Madrid, como en el proceso de elaboración de todas las disposiciones legales o reglamentarias –art. 32 Ley Baleares 8/2016, 38 Ley Extremadura 12/2015 y 45 Ley Madrid 2/2016–. La segunda opción ha sido la seguida por la Ley Murcia 8/2016 que ha modificado el artículo 46.3 de la Ley 6/2004, de 28 de diciembre, del Estatuto del Presidente y del Consejo de Gobierno de la Región de Murcia para exigir que «el anteproyecto que se elabore irá acompañado por una memoria de análisis de impacto normativo, que incluirá en un único documento el siguiente contenido: f) Un informe sobre el impacto por razón de género de las medidas que se establecen en el mismo. g) Un informe sobre el impacto de diversidad de género de las medidas que se establecen en el mismo».

libertad de autodeterminación de género. Para garantizar una atención sanitaria segura y de calidad, aquellas personas que sigan procesos médicos o psicológicos de atención sanitaria por razón de identidad de género en el Sistema Sanitario Público de Andalucía observarán las determinaciones específicas establecidas en el procedimiento asistencial de atención a las personas transexuales al que se refiere el apartado 3 del artículo 10 de la presente Ley.» De esta última cuestión nos ocuparemos al abordar la atención sanitaria, contenida en el capítulo II.

B) Medidas contra la transfobia

Las medidas contra la transfobia contenidas en el artículo 7³⁷, como se ha expresado, exige una serie de actuaciones a la Administración de la Junta de Andalucía, acciones que deberán contar con la colaboración de las asociaciones de personas transexuales.

El propósito de las mismas es lograr la integración del colectivo en la sociedad, no solo con políticas de sensibilización, sino también mediante la formación y participación, sin olvidar que son unas medidas generales que después se ven implementadas en cada uno de los ámbitos de actuación de la Ley. Así la primera medida que sirve de pórtico a todas las demás, es aquella que impone a la Administración de la Junta de Andalucía diseñar, implementar y evaluar de forma sistemática una política proactiva en relación a la mejor integración social de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley. Exigiéndose que dicha política esté dotada de los instrumentos y estructuras necesarios para hacerla viable y ostentará carácter transversal³⁸.

En cuanto a la evaluación de las políticas, se prevé que se elaborará un informe, en colaboración con personas transexuales y entidades que las representan, con carácter bienal sobre el conjunto de actuaciones en relación con la efectividad del principio de autodeterminación de género que estará coordinado por la Consejería que ostente las competencias en materia de igualdad y que establecerá los criterios correctores que se correspondan con la finalidad objeto de esta Ley, informe que se deberá remitir al Parlamento –Disp. adicional tercera–. Sin embargo, la previsión de la disposición adicional queda condicionada a la aprobación de un reglamento que aún no se ha producido. Este hecho debe ser solventado urgentemente, pues el primer periodo de evaluación, tomando como fecha la entrada en vigor de la Ley, el 19 de julio de 2014, será el 19 de julio de 2016, fecha en la que debería estar publicado para poder proceder a la redacción y posterior envío al Parlamento.

Las medidas pueden agruparse, a efectos expositivos, en dos grupos:

³⁷ El artículo 7 de la Ley Andalucía 2/2014 tiene su antecedente en el artículo 11 de la Ley Navarra 12/2009, sin embargo es en gran medida una reproducción del artículo 5 de la Ley País Vasco 14/2012.

³⁸ Con la misma redacción Ley Madrid 2/2016 –art. 10.1–.

a) *Sensibilización y capacitación*

En el campo de la sensibilización se incluyen:

- Empezar campañas de sensibilización, dirigidas al público en general, a fin de combatir los prejuicios subyacentes a la discriminación y a la violencia relacionada con la identidad de género y promover el respeto a todas las personas, independientemente de su identidad de género³⁹.
- Desarrollar e implementar programas de capacitación, sensibilización u otros dirigidos a contrarrestar entre el personal funcionario, laboral, estatutario y sanitario de las administraciones⁴⁰ y de los organismos, sociedades y entes públicos las actitudes discriminatorias, los prejuicios y la imposición de estereotipos en relación con la expresión de la propia identidad de género⁴¹.

Como puede apreciarse, la sensibilización tiene dos vertientes: una dedicada al «público en general» y otra dirigida al personal funcionario, laboral, estatutario sanitario de las Administraciones y de los organismos, sociedades y entidades público, con el fin de combatir y contrarrestar las actitudes discriminatorias, los prejuicios y la imposición de estereotipos en relación con la expresión de la propia identidad de género y la promoción del respeto hacia todas las personas.

Sin embargo, junto con estas medidas, podrían incluirse dos más que tienen un alto contenido de sensibilización y formación. Así, en primer lugar, se encuentra la de asegurar que los medios de comunicación, tanto los de titularidad pública como privada, promuevan

³⁹ En el mismo sentido Ley Madrid 2/2016 –art. 10.3–.

⁴⁰ Véase el epígrafe dedicado a la formación de los profesionales sanitarios.

⁴¹ El antecedente de esta previsión se encuentra en el artículo 11.c) Ley Navarra 12/2009 cuando dispone que «garantizarán programas de capacitación y sensibilización dirigidos a contrarrestar las actitudes discriminatorias por motivos de identidad de género, mediante el análisis, la reflexión crítica y las acciones particulares sobre las actitudes sexistas, prejuicios y estereotipos dominantes sobre la transexualidad, y contribuir de esta manera a que las personas puedan descubrirse, relacionarse y valorarse positivamente, fomentando la autoestima y la dignidad». En el mismo sentido Ley Madrid 2/2016 –art. 10.2–. En la Ley Baleares 8/2016 resulta mucho más preciso en este aspecto cuando en el capítulo I, *Profesionales que actúan en ámbitos sensibles*, del título I, en el artículo 10, bajo la rúbrica *formación y sensibilización*, prevé que «1. Las administraciones públicas de las Illes Balears garantizarán la formación y la sensibilización adecuada de los profesionales que realizan tareas de prevención, detección, atención, asistencia y recuperación en los ámbitos laboral, de la educación, de la salud, de los servicios sociales, de la justicia y los cuerpos de seguridad, del deporte y el ocio y de la comunicación. 2. El Gobierno de las Illes Balears, a través de la Escuela de Administración Pública de las Illes Balears (EBAP) impulsará la formación del personal, tanto funcionario como laboral propio de la comunidad, y promoverá convenios de colaboración y otros instrumentos con otras administraciones para poder formar a su personal.». En un sentido similar, el artículo 44 Ley Madrid 2/2016, Formación de los empleados públicos, cuando dispone que «en el ámbito de la Administración Autónoma se impartirá una formación que garantice la sensibilización adecuada y correcta actuación de los profesionales que prestan servicios en los ámbitos de la salud, la educación, el mundo laboral, familia y servicios sociales, los cuerpos de policía local, ocio cultura y deporte y comunicación».

el conocimiento de la realidad transexual, garantizando una imagen igualitaria que evite prejuicios y estereotipos en relación con la identidad de género⁴². Y, en segundo lugar, se

⁴² El papel de los medios de comunicación es esencial en esta materia como, parafraseando el artículo 40 de la Ley Madrid 2/2016, instrumento de sensibilización, concienciación, divulgación y transmisión de la inclusión social y del respeto a la identidad y expresión de género. En este sentido, la Ley Andalucía 2/2014 no ha sido excesivamente ambiciosa en relación a gran parte del resto de regulaciones autonómicas –aunque alguna ha seguido el ejemplo andaluz como el artículo 5.2.c) de la Ley Canarias 8/2014 o 5.e), Ley País Vasco que exclusivamente prevé que se «asegurarán que tanto la producción como la organización de los medios de comunicación de titularidad pública o privada sea pluralista y no discriminatoria en materia de identidad de género»– pues se observa en el cuadro que la medida consiste en asegurar que los medios de comunicación de titularidad pública y privada promuevan el conocimiento de la realidad transexual, garantizando una imagen igualitaria. Sin embargo, el resto de las normas autonómicas han ido más allá. Algunas, como es el caso de Madrid, Extremadura, Galicia y Murcia han optado por dedicar un título o un capítulo, según el caso, compuesto por dos preceptos en los que se aborda el tratamiento igualitario de la información y la comunicación y un aspecto importante, como son los códigos deontológicos, encomendando a la Administración que vele por que los medios de comunicación adopten, a través de la autorregulación, los citados códigos que deben incorporar el respeto a la igualdad y la prohibición de discriminación por motivos de identidad o expresión de género –las leyes Baleares 8/2016 [art. 15.1.a)] y Cataluña 11/2014 [art. 15.a)] incluyen una referencia a los citados códigos cuando manifiestan que «el Consejo Audiovisual [...], en relación con los medios de comunicación: Velará para que el código deontológico de los medios de comunicación no vulnere los principios de esta ley en cuanto al respecto a la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las diversas expresiones afectivas. Una prohibición que se extiende a todos los contenidos con independencia de su naturaleza informativa, publicitaria, así como al lenguaje –art. 40 y 41 Ley Madrid 2/2016; 32 y 33 Ley Extremadura 12/2015; 36 y 37 Ley Murcia 8/2016. En el caso de la Ley Galicia 2/2014 ha optado por incluir los códigos deontológicos en el mismo precepto, con un contenido más reducido y a su vez más genérico al exigir la promoción de la «adopción de la autorregulación, de códigos de buenas prácticas tendentes a transmitir el contenido de los valores constitucionales sobre la igualdad de todos, sin discriminación» –art. 31–. Por el contrario, Cataluña y Baleares han optado por dedicar un solo precepto a la materia que gira sobre las funciones que se le encomiendan a los consejos audiovisuales de las Illes Balears y de Cataluña. Una serie de funciones como son: el establecimiento de recomendaciones sobre los usos lingüísticos y el tratamiento y uso de las imágenes, velar para que el contenido de los medios de comunicación y de la publicidad sean respetuosos y que traten con naturalidad la diversidad de orientaciones sexuales y afectivas [...]–arts. 15–. Destaca especialmente la previsión similar en ambas normas de realizar un seguimiento de las informaciones que ofrezcan un tratamiento contrario a la diversidad sexual, la identidad de género o la expresión de género para elaborar un informe que, en el caso de la Ley Baleares 8/2016, se remitirá tanto al Parlamento como al Consejo de LGTBI –art. 15.1.f) y, en el caso de la Ley Cataluña 11/2014 al Sindic de Greuges, al Parlamento y al Consejo Nacional de LGTBI –art. 15.f)–. En el caso de Andalucía hubiera sido oportuno establecer una previsión de esta naturaleza en la Ley 2/2014, o al menos, una modificación en la Ley 1/2004, de 17 de diciembre, Ley del Consejo Audiovisual de Andalucía con objeto de recoger la realidad de la identidad de género, pues esta última norma resulta insuficiente en este aspecto. Sin embargo, es cierto que el artículo 4 de la Ley 1/2004, relativo a las funciones del Consejo, en primer lugar recoge entre las mismas: –Velar por el cumplimiento de los principios constitucionales y estatutarios, en especial los referentes a los de pluralismo político, social, religioso, cultural, de objetividad y veracidad informativa, en el marco de una cultura democrática y de una comunicación libre y plural, –Promover la igualdad de género en la Comunidad Autónoma de Andalucía a través de la promoción de actividades, modelos sociales y comportamientos no sexistas en el conjunto de las programaciones que se ofrecen en Andalucía, así como en la publicidad que se emita.–Incentivar la elaboración de códigos deontológicos y la adopción de normas de autorregulación. En consecuencia, teniendo en cuenta que el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de Andalucía de 2007 reconoce el derecho de toda persona a que se respete su orientación sexual y su identidad de género, podría entenderse subsumido en el ámbito de la Ley 1/2014, y aunque ello resulta defendible, lo ideal es que se reconociera expresamente, al igual que se contempla la igualdad de género –art. 4.5 Ley 1/2004 y 4 Decreto 219/2006, de 19 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico y de Funcionamiento del Consejo Audiovisual de Andalucía–. Por último, la Ley Andaluza tiene otra carencia, esta de naturaleza estructural, como es la ausencia de un régimen sancionador, hecho que impide la existencia de infracciones y sanciones en la materia. Por el contrario, la Leyes Baleares 8/2016 –arts. 36.3.b) y 36.4.d)–, Cataluña –arts. 34.3.b) y 34.4.d)– Extremadura

halla la medida de promover que las Universidades de Andalucía fomenten la formación e investigación en materia de autodeterminación de género⁴³. Incluso se prevé la posibilidad de articular convenios de colaboración si ello fuera aconsejable para:

- Impulsar la investigación y la profundización teórica sobre la identidad de género.
- Elaborar estudios sociológicos y de otra índole sobre la realidad social de las personas transexuales.
- Orientar y ayudar en los planes de formación y de empleo de las personas transexuales.

Medidas de sensibilización y formación

<i>Destinatarios</i>	<i>Acción</i>	<i>Finalidades</i>
Personal funcionario, laboral, estatutario sanitario de las Administraciones y de los organismos, sociedades y entes públicos.	Desarrollar e implementar programas de capacitación y sensibilización.	Contrarrestar las actitudes discriminatorias, los prejuicios y la imposición de estereotipos en relación con la expresión de la propia identidad de género.
Público en general.	Emprender campañas.	Combatir los prejuicios subyacentes a la discriminación y a la violencia relacionada con la identidad de género. Promover el respeto a todas las personas, independientemente de su identidad de género.
Medios de comunicación.	Asegurar que los medios de comunicación de titularidad pública y privada promuevan el conocimiento de la realidad transexual, garantizando una imagen igualitaria que evite prejuicios y estereotipos dominantes en relación con la identidad de género.	
Universidad.	Promover que las Universidades de Andalucía fomenten la formación y la investigación en materia de autodeterminación de género, estableciendo convenios de colaboración, si ello fuera aconsejable, para:	Impulsar la investigación y la profundización teórica sobre la identidad de género. Elaborar estudios sociológicos y de otra índole sobre la realidad social de las personas transexuales. Orientar y ayudar en los planes de formación y de empleo de las personas transexuales.

b) Participación e integración

El artículo 7 de la Ley Andalucía 2/2014 prevé igualmente medidas contra la transfobia que persiguen la participación e integración. Así la norma contempla, siguiendo el ejemplo del artículo 5 de la Ley País Vasco 14/2012, que la Administración de la Junta Andalucía, recordemos en colaboración con las asociaciones de personas transexuales, por una parte, promoverá la

12/2015 –arts. 46.2.a) y 46.3.a)– y Murcia 8/2016 –arts. 50.2.a) y 50.3.a)– y Madrid 2/2016 –arts. 51.2.a) y 52.3.a) y b)–], contiene infracciones una infracción leve y otra grave, salvo el caso de Madrid que recoge dos graves. Véase las mismas en el cuadro de infracciones recogido en el excuso del régimen sancionador.

⁴³ Véase el apartado de Universidades en el epígrafe dedicado a la atención educativa.

participación social y una mayor integración en el ámbito cultural y deportivo de las personas transexuales⁴⁴ y, por otra, fomentará la creación de un tejido social y de autoapoyo, así como la creación de redes de ayuda entre las propias personas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley, en los que sean posibles la creación de espacios seguros donde puedan encontrarse y comunicarse estrategias y herramientas para afrontar los retos planteados desde el entorno familiar, laboral, de pareja, etcétera, fomentando la propia autoestima y la dignidad como personas. Todo ello bajo la exigencia de una protección especial a las mujeres transexuales, por el riesgo añadido de acumular múltiples causas de discriminación.

4. Confidencialidad y respeto a la privacidad

La Ley Andalucía 2/2014 tiene un artículo bajo la rúbrica *Confidencialidad y respeto a la privacidad* –art. 8–, en el que, por una parte se encomienda a la Comunidad Autónoma de Andalucía velar el respeto a la confidencialidad de los datos relativos a la identidad de género de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley en todos

⁴⁴ En este sentido, la Ley Cataluña 11/2014 resulta más ambiciosa y pormenorizada en la medida que el artículo 14, bajo la rúbrica, *Cultura, tiempo libre y deporte*, dispone que «1. Las administraciones públicas de Cataluña deben velar por la incorporación de actividades para la no discriminación por razones de orientación sexual, identidad de género o expresión de género en los siguientes ámbitos de la cultura, el tiempo libre y el deporte: a) Certámenes culturales y acontecimientos deportivos. b) Proyectos relacionados con la recuperación de la memoria histórica. c) Espectáculos y producciones culturales infantiles y juveniles. d) Recursos didácticos y fondos documentales en la educación no formal. 2. Las administraciones públicas de Cataluña deben garantizar: a) La promoción y difusión de las buenas prácticas de las asociaciones y las empresas de educación en el tiempo libre y de las entidades juveniles en relación con los principios de la presente ley. b) Junto con las federaciones deportivas, la libre participación de las personas LGBTI en las competiciones y el trato correcto de estas personas en las instalaciones deportivas. c) La ampliación de las funciones del Observatorio Catalán del Deporte en lo relativo a las acciones contra la violencia y la discriminación en el ámbito deportivo, y la recogida de las buenas prácticas de sensibilización de los clubs, las agrupaciones y las federaciones deportivas. d) El acceso a bibliografía específica sobre la temática LGBTI. e) La adopción de las medidas pertinentes en función de la competencia en materia de espectáculos y actividades recreativas para evitar que se puedan cometer actos homofóbicos, bifóbicos o transfóbicos.». Véanse en un sentido similar la Ley Catalana, los artículos 14, *Cultura, ocio y deporte*, Ley Baleares 8/2016; 34 Ley Murcia 8/2016 y 30 Ley Extremadura 12/2015, *Deporte, ocio y tiempo libre*, y 38 Ley Madrid 2/2016, *Deporte, ocio y tiempo libre*. En estas tres últimas Leyes se dedica un precepto específico, arts. 28, 33 y 37, *Promoción de una cultura inclusiva*, a la promoción de la cultura, con previsiones interesantes como son la adopción de medidas de apoyo y fomento de iniciativas y expresiones artísticas, culturales, patrimoniales, recreativas y deportivas considerando sus formas propias de representación y la exigencia de que, en el caso de Madrid y Extremadura, todas las bibliotecas propiedad de la Comunidad deberán contar con fondo bibliográfico de temática LGBTI, en cualquier caso respetuoso con los derechos humanos y nunca contrario al reconocimiento a la diversidad sexual y de identidad de género, siendo obligatorio que dichos fondos conformen una sección específica en aquellas bibliotecas de ciudades de más de 20.000 habitantes. En la Ley Galicia 2/2014, menos ambiciosa en este aspecto, se prevé que «el órgano competente de la Comunidad Autónoma en este ámbito favorecerá la creación de una sección específica en la Biblioteca de Galicia sobre el hecho LGTBI y en materia de orientación sexual e identidad de género.» –art. 27–. En el caso de la Ley Galicia 2/2014 se diferencia entre medidas en materia de deporte, en el capítulo VII, con una previsión muy genérica por la cual se dispone que «la práctica deportiva y de actividad física en Galicia se desarrollará en términos de igualdad y sin discriminación alguna por razón de orientación sexual e identidad de género. A tal efecto, los poderes públicos colaborarán entre sí y con las asociaciones, organizaciones, colectivos y entidades, públicas y privadas» –art. 29–, de las relativas al ámbito de la cultura y del ocio, comprendidas en el capítulo VI –art. 27 y 28–.

sus procedimientos. Y, por otra, se garantiza el derecho de todas las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley al acceso, corrección y cancelación de sus datos personales en poder de las Administraciones a las que hace referencia el apartado 2 del artículo 4 de la presente Ley, conforme a lo establecido en el apartado anterior de este artículo y a la normativa vigente sobre protección de datos de carácter personal.

Como puede observarse, esencialmente lo que hace la norma andaluza es exigir que se vele por la confidencialidad de los datos relativos a la identidad de género y, en parte como consecuencia de lo anterior, se garantiza el derecho al acceso, corrección y cancelación, sobre todo teniendo presente que el artículo 2.4 exige, como hemos visto, el derecho de todas las personas a ser tratada de acuerdo con su identidad de género y, en particular, a ser identificada de ese modo en los instrumentos que acreditan su identidad en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía⁴⁵. Todas estas cuestiones, están más vinculadas a la confidencialidad que a la privacidad –sin olvidar que la privacidad tiene un sentido más amplio que la confidencialidad⁴⁶–, al menos en el sentido definido por el principio sexto de los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género de 2006, cuando, bajo la rúbrica, *El derecho a la privacidad*, dispone que «todas las personas, con independencia de su orientación sexual o identidad de género, tienen el derecho al goce de la privacidad, sin injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, y el derecho a la protección contra ataques ilegales a su honra o a su reputación. El derecho a la privacidad normalmente incluye el derecho a optar por revelar o no información relacionada con la propia orientación sexual o identidad de género, como también las decisiones y elecciones relativas al propio cuerpo y a las relaciones sexuales o de otra índole consensuadas con otras personas.».

Por tanto, la confidencialidad tiene o se manifiesta especialmente en la obligación de las administraciones públicas de velar en cualquiera de los procedimientos por el respeto del carácter reservado de los datos relativos a la identidad de género⁴⁷, mientras la privacidad lo que pretende es evitar injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, incluyendo el derecho a optar para revelar, o no, la propia orientación sexual, diversidad corporal o identidad de género⁴⁸.

⁴⁵ La Ley Madrid 2/2016 sigue el mismo esquema que Ley andaluza en el artículo.

⁴⁶ En este sentido los artículos 35.2 de la Ley Extremadura 12/2015 y 39.2 de la Ley Murcia 8/2016 cuando disponen que «en virtud del principio de privacidad, se garantizará la confidencialidad sobre la identidad de género manifestada por las personas LGBT».

⁴⁷ Véanse arts. 22.2 Ley Baleares 8/2016, 23.2 Ley Cataluña 11/2014, 35.2 Ley Extremadura 12/2015, 25.4.b) Ley Murcia 8/2016 y 9 Ley Madrid 2/2016.

⁴⁸ Véanse arts. 6.f) Ley Baleares 8/2016 y 31.f) Ley Murcia 8/2016. En este sentido las Ley Illes Baleares 8/2016 y Ley Madrid 2/2016 hacen referencia a que «se formará al personal sanitario haciendo especial hincapié en la corrección de trato y la privacidad» –art. 23.5 y 15.5 respectivamente–.

V. DOCUMENTACION ADMINISTRATIVA

Como hemos visto, la Ley Andalucía 2/2014 establece, en el seno del derecho a la autodeterminación de género, que toda persona tiene derecho, entre otros, al reconocimiento de la identidad de género libremente determinada –art. 2.2– y a ser tratada de acuerdo a su identidad y, en particular, a ser identificada de este modo en los instrumentos que la acreditan en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía –art. 2.4–. La identificación de una persona, conforme a su identidad de género, es esencial para la plena integración y el propio desarrollo de la personalidad y así el artículo 9 de la Ley andaluza, si bien no se refiere a la identificación, pues ello es competencia del Estado a través del Documento Nacional de Identidad, sino a la acreditación, prevé que «al objeto de favorecer una mejor integración y evitar situaciones de sufrimiento por exposición pública o discriminación, la Comunidad Autónoma de Andalucía proveerá a toda persona que lo solicite de las acreditaciones acordes a su identidad de género manifestada que sean necesarias para el acceso a sus servicios administrativos y de toda índole».

Sin embargo, relega a un futuro reglamento⁴⁹ –que dos años después de la publicación de la Ley no se ha aprobado– el procedimiento de acreditación que se establecerá en base a una serie de criterios, es necesario tener presente que de conformidad con las negociaciones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en cumplimiento del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 4 de marzo de 2015, para el estudio y propuesta de solución de las discrepancias competenciales manifestadas sobre la Ley andaluza 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía. Ambas partes coinciden en interpretar el artículo 9 y, por conexión, los artículos 2.4, 4.1 y 2, 5.5, 15.2.b) y 19.3 y 4 de la Ley 2/2014 en el sentido de que la disposición reglamentaria que establezca el procedimiento de acreditación velará porque se mantenga la debida separación entre el nombre del Registro Civil y el nombre elegido por razones de identidad de género, de tal forma que la acreditación de dicha identidad de género se entienda exclusivamente a los efectos de la propia Ley y en el ámbito competencial de la Comunidad Autónoma de Andalucía⁵⁰.

⁴⁹ El País Vasco ha implementado la Ley 14/2012 con el Decreto 234/2015, de 22 de diciembre, de documentación administrativa de las personas transexuales. Este decreto tiene por objeto regular la documentación administrativa de la que las personas transexuales podrán disponer en tanto no hayan procedido a la rectificación registral de la mención relativa al sexo en el Registro civil o, en el caso de las personas transexuales inmigradas con residencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi, hasta el momento en que las mismas puedan proceder al cambio registral en el país de origen. Entre las distintas cuestiones destaca el plazo de notificación y resolución de un mes desde la entrada en el Registro del órgano competente para su tramitación, estableciendo un silencio positivo –art. 5–.

⁵⁰ 1.c del Acuerdo de 26 de marzo de 2015, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía (BOJA núm. 93, de 18 de mayo).

Una vez realizada la anterior precisión, la Ley Andalucía fija los criterios del procedimiento de acreditación que servirán para la elaboración del futuro reglamento y, estos, son⁵¹:

- Las solicitudes serán formuladas por las personas interesadas o, en su caso, por sus representantes legales.
- Los trámites para la expedición de la documentación administrativa prevista en la presente Ley serán gratuitos, no requerirán de intermediación alguna y en ningún caso implicarán la obligación de aportar o acreditar cualquier tipo de documentación médica.
- Se garantizará que las personas sean tratadas de acuerdo con su identidad de género libremente determinada y se respetará la dignidad y privacidad de la persona concernida.
- No se alterará la titularidad jurídica de los derechos y obligaciones que correspondan a la persona ni se prescindirá del número del documento nacional de identidad, siempre que este deba figurar. Cuando por la naturaleza de la gestión administrativa se haga necesario registrar los datos que obran en el documento nacional de identidad, se recogerán las iniciales del nombre legal, los apellidos completos y el nombre elegido por razones de identidad de género.
- Se habilitarán los mecanismos administrativos oportunos y coordinados para adaptar los archivos, bases de datos y demás ficheros de las Administraciones a las que alude el apartado 2 del artículo 4 de la presente Ley, eliminando toda referencia a la identificación anterior de la persona, a excepción de las referencias necesarias en el historial médico confidencial a cargo del Servicio Andaluz de Salud, de conformidad con lo establecido en la letra anterior.

Esta acreditación, que evidentemente será voluntaria y transitoria durante el tiempo que dure la reasignación de sexo, favorecerá la integración y la identificación hasta la expedición del DNI. Así, por ejemplo, se prevé en el ámbito educativo que los estudiantes, el personal y los docentes tienen el derecho a «utilizar libremente el nombre que hayan elegido, que será reflejado en la documentación administrativa del centro, en especial en aquella de exposición pública, como listados de alumnado, calificaciones académicas o censos electorales para elecciones sindicales o administrativas» –art. 15.b)–⁵². Ello no significa la eliminación de los datos de la persona, que seguirán siendo los originarios, sino exclusivamente de la documentación administrativa de exposición pública o de relación con la Administración⁵³.

El objeto es crear una «acreditación administrativa»⁵⁴, que debería ser única⁵⁵, que permita a la persona relacionarse con la Administración conforme a su género hasta que se produzca el reconocimiento del cambio de género, la inscripción en el Registro Civil⁵⁶ y la expedición del DNI con el fin de que las personas transexuales cuenten con la posibilidad, mientras dure el proceso de reasignación de sexo, de tener la documentación administrativa

⁵¹ En el mismo sentido la Ley Madrid 2/2016 –art. 7–.

⁵² En el mismo sentido, por ejemplo, art. 20.3.b) Ley Extremadura 12/2015.

⁵³ Véase art. 22.1.b) Ley Baleares 8/2016.

adecuada, al objeto de favorecer una mejor integración durante dicho proceso, evitando situaciones de sufrimiento o discriminación –art. 7.1 Ley País Vasco 14/2012–.

Una cuestión distinta es la relativa a la eliminación o rectificación de todos los datos de las personas que se encuentren en registros, ficheros y bases de datos, una vez que se produzca la sustitución del género en el Registro Civil y se expida el documento nacional de identidad, especialmente en los casos en los que no se ha hecho uso del derecho a la *acreditación administrativa*⁵⁷. En estos supuestos, la Ley Andaluza no ha previsto nada expresamente, aunque es evidente que se tendrán que llevar a cabo las operaciones necesarias para reflejar la nueva realidad registral, salvo la previsión de que la Junta de Andalucía facilitará el asesoramiento necesario para realizar los cambios oportunos en ficheros de

⁵⁴ En este sentido resulta muy ilustrativo el titular de *El País* «Los transexuales vascos tendrán un carné con su identidad de género», de 23 de diciembre de 2015. «Los transexuales vascos tendrán un carné con su identidad de género», http://politica.elpais.com/politica/2015/12/23/actualidad/1450889257_877411.html (consultado el 16 de diciembre de 2015). Este hecho se produjo a partir de la publicación del Decreto 234/2015, de 22 de diciembre, de documentación administrativa de las personas transexuales.

⁵⁵ En el Decreto 234/2015, de 22 de diciembre, de documentación administrativa en el País Vasco se prevé que «una vez verificado que la persona solicitante está incluida en el ámbito de aplicación del presente Decreto, el o la titular de la Dirección competente en materia de promoción de la igualdad real y efectiva de las personas en el ámbito de la libertad afectivo-sexual dictará resolución administrativa de concesión de la documentación solicitada, que consistirá en una tarjeta con las características del modelo establecido en el anexo II del presente Decreto, en la que constarán los datos referidos a la persona solicitante». La Ley Canarias 8/2014 dispone que se establecerá «la posibilidad de que las personas transexuales cuenten durante el proceso de reasignación de sexo con la documentación administrativa única adecuada que pueda facilitarles una mejor integración tanto en su entorno social como ante las diferentes administraciones» –art. 17–. En un sentido similar, el art. 35 de la Ley Extremadura 12/2015 cuando dispone que «las Administraciones públicas de Extremadura, en el ámbito de sus competencias, deberán adoptar todas las medidas necesarias para que la documentación administrativa, en todas las áreas contempladas en la presente Ley, sean adecuadas a la diversidad sexual y afectiva de las personas LGBTI y a la heterogeneidad del hecho familiar. Asimismo, deberá garantizarse, en el acceso a los servicios y prestaciones públicas que las personas transexuales transgénero e intersexuales puedan ser nombradas y tratadas de acuerdo con el género con el que se identifican.». Véase también, entre otros, arts. 21 y 39 Ley Murcia 8/2016.

⁵⁶ Benavente Moreda «Identidad y contexto inmediato de la persona: identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17 (2013), pp. 105-161. Véase el capítulo V, «Repercusiones jurídicas y problemática que plantea la rectificación registral del sexo transsexual», en J. López-Galiancho Perona, *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill, 1998, pp. 281-293, para tener una visión de la situación con anterioridad a la aprobación de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Un análisis completo tras la aprobación de la Ley citada en Y. Bustos Moreno, *La transexualidad*, Dykinson, 2008, pp. 111-310. Véase también T. Peramato Martín, *Desigualdad por razón de orientación sexual e identidad de género, homofobia y transfobia*, Thomson-Aranzadi, 2013, p. 199.

⁵⁷ En este sentido en la Resolución 2048 (2015) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015 (15ª sesión), *La discriminación contra las personas trans en Europa*, en su punto 6.2.1, solicita a los Estados miembros «desarrollar procedimientos rápidos, transparentes y accesibles, sobre la base de la libre determinación, para cambiar el nombre y el sexo de las personas trans registrada en los certificados de nacimiento, tarjetas de identidad, pasaportes, certificados de estudios y otros documentos similares; hacer que estos procedimientos disponibles para todas las personas que tratan de usarlos, independientemente de su edad, estado de salud, situación financiera o de antecedentes penales».

organismos privados o de carácter estatal, de acuerdo con lo recogido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal⁵⁸.

En este sentido, sería oportuno que la Ley Andalucía 2/2014, o en su defecto el necesario reglamento, contuviese una previsión como la contenida en el artículo 7.2 de la Ley del País Vasco 14/2012 que dispone que: «a partir de la expedición del documento nacional de identidad que refleje el sexo sentido por la persona transexual, el Gobierno Vasco, las diputaciones forales, las administraciones locales y cualesquiera otros entes públicos propios de la Comunidad Autónoma [...] habilitarán los mecanismos administrativos oportunos y coordinados para eliminar de los archivos, bases de datos y demás ficheros pertenecientes a la Administración toda referencia a la identificación anterior de la persona o a cualquier dato que haga conocer su realidad transexual, con excepción de las referencias necesarias en el historial médico confidencial de la persona [...]»⁵⁹.

VI. ATENCIÓN SANITARIA

La atención sanitaria constituye el segundo capítulo de la Ley, asunto que ya deja de relieve la importancia de la materia en el contexto de las personas transexuales, no solo, como podría pensarse inicialmente por el hecho de que gran parte de los transexuales optan por la intervención quirúrgica total o parcial para adaptar su cuerpo a la identidad de género⁶⁰ –pese a que esta es la última fase de un largo proceso para aquellos que deciden emprenderlo–, sino por el hecho de que los mismos, desde la fase inicial, requieren de seguimiento sanitario muy específico, seguimiento que en mayor o menor medida deberán seguir a lo largo de sus vidas. Todo ello sin perjuicio de su condición de usuarios del sistema, a los que se les reconocen una serie de derechos que parten de las premisas de no discriminación y el acceso a la cartera de servicios conforme a su identidad de género⁶¹. Así, la reciente Resolución 2048, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de 22 de abril de 2015, *La discriminación contra las personas trans en Europa*, dispone en su apartado 6.3, bajo el epígrafe *As concerns gender reassignment treatment and health care*, un punto, concretamente el 6.3.1, que exige a los Estados realizar los procedimientos de reasignación de género, como el tratamiento hormonal, cirugía y apoyo psicológico, accesible para las

⁵⁸ En el mismo sentido el art. 7 Ley Madrid 2/2016.

⁵⁹ El artículo 9.2 de la Ley Madrid 2/2016 incluso da un paso más y establece un plazo máximo de un año.

⁶⁰ La propia exposición de motivos de la Ley Andalucía 2/2014 dispone que «el concepto de identidad de género se refiere a la vivencia interna e individual del género tal y como cada persona la siente profundamente, incluyendo la vivencia personal del cuerpo y otras como la vestimenta, el modo de hablar y los modales. La identidad de género está generalmente acompañada del deseo de vivir y recibir aceptación como miembro de dicho género e incluso del deseo invencible de modificar, mediante métodos hormonales, quirúrgicos o de otra índole, el propio cuerpo, para hacerlo lo más congruente posible con el sexo-género sentido como propio».

⁶¹ AA.VV., «Organización de la asistencia a la transexualidad en el sistema sanitario público español», en *Gaceta Sanitaria*, núm. 26, 2012, pp. 203-209.

personas trans y asegurarse de que son reembolsados por los seguros de salud pública; la limitación a la cobertura de costos debe ser legal, objetiva y proporcionada⁶².

Con todo, la Ley Andalucía 2/2014 no resulta especialmente prolija en la regulación de la atención sanitaria en relación a otras leyes autonómicas. Se limita a la asistencia sanitaria a través del Servicio Andaluz de Salud, de una manera no excesivamente pomenorizada, a la formación de los profesionales y a los indicadores de seguimiento. Todo ello pese a ser la primera Comunidad Autónoma que creó una unidad específica para la atención de la transexualidad que cuenta ya con dieciséis años de experiencia, pues hay que recordar que en marzo de 2000 se llevó a cabo la primera intervención quirúrgica⁶³.

1. Asistencia sanitaria a través del Servicio Andaluz de Salud

A) Consideraciones generales y garantías

Las premisas básicas en la asistencia sanitaria a través del Servicio Andaluz de Salud, como se ha apuntado, parten del principio del derecho de todas las personas al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, sin que en ningún caso pueda producirse una segregación por motivos de identidad de género –art. 10.1–⁶⁴. Este punto de partida supone o conlleva que la Ley Andalucía 2/2014 garantice, en el artículo 10.2⁶⁵, que:

- El acceso a la cartera de servicios existentes a todas las personas se hará conforme a su identidad de género⁶⁶.

⁶² El texto original es el siguiente: «make gender reassignment procedures, such as hormone treatment, surgery and psychological support, accessible for transgender people, and ensure that they are reimbursed by public health insurance schemes; limitations to cost coverage must be lawful, objective and proportionate».

⁶³ Desde marzo de 2000 hasta octubre de 2009, ya se habían realizado 213 procesos de reasignación sexual, de los que 103 fueron genioplastias feminizantes y 24 genioplastias masculinizantes y 86 mastectomías.

⁶⁴ En el mismo sentido, los arts. 16.1 Ley Baleares 8/2016, 13 Ley Murcia 8/2016, 9 Ley Extremadura 12/2015 y 16.1 Ley Cataluña 11/2014.

⁶⁵ Debe tenerse presente que de conformidad con las negociaciones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en cumplimiento del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 4 de marzo de 2015, para el estudio y propuesta de solución de las discrepancias competenciales manifestadas sobre la Ley andaluza 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía, «ambas partes coinciden en interpretar el artículo 10.2 de la Ley 2/2014 en el sentido de que el Sistema Sanitario Público de Andalucía garantizará el acceso a la cartera de servicios existentes a todas las personas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley y con derecho a dicha asistencia sanitaria, conforme a su identidad de género» [1.ª del Acuerdo de 26 de marzo de 2015, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía (BOJA núm. 93, de 18 de mayo)].

⁶⁶ Véanse, en un sentido similar, arts. 16.j) Ley Baleares 8/2016, 16.3.j) Ley Cataluña 11/2014 y 16 Ley Extremadura 12/2015.

Esta garantía es una manifestación del derecho de toda persona a ser tratada de acuerdo a su identidad de género y, en particular, a ser identificada de este modo en los instrumentos que acreditan su identidad en el ámbito de la Administración de la Junta de Andalucía –art. 2.4– y está vinculada con la previsión del artículo 9.2 de la Ley que prevé, como se ha expuesto en el apartado dedicado a la documentación administrativa, que «se habilitarán los mecanismos administrativos oportunos y coordinados para adaptar los archivos, bases de datos y demás ficheros de las administraciones, eliminando toda referencia a la identificación anterior de la persona, a excepción de las referencias necesarias en el historial médico confidencial a cargo del Servicio Andaluz de Salud». Todo ello con el objeto de favorecer la integración y evitar situaciones de sufrimiento por exposición pública. En consecuencia, se proveerá a toda persona que lo solicite las acreditaciones conformes a la identidad de género manifestada⁶⁷.

En este sentido, a principios del mes de junio de 2016, se realizó un comunicado en el portal de noticias de la Junta de Andalucía en el que se anunciaba una reunión con los colectivos de transexuales para transmitirles que de forma «inminente» se habilitaría el procedimiento que permitirá que la tarjeta sanitaria andaluza recoja el nombre de su titular acorde a la identidad de género. Este procedimiento se iniciará a solicitud de las personas interesadas o sus representantes legales, si son menores de edad, en los centros del sistema sanitario público andaluz⁶⁸.

– Recibirán la atención adecuada a su identidad de género y cuando existan diferentes dependencias por razón de sexo ocuparán aquella que se corresponda con lo solicitado⁶⁹.

⁶⁷ Esta garantía tienen un claro paralelismo con el derecho de los estudiantes, el personal y los docentes de los centros educativos cuando se les reconoce la posibilidad de utilizar libremente el nombre que hayan elegido, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la presente Ley, que será reflejado en la documentación administrativa del centro, en especial en aquella de exposición pública, como listados de alumnado, calificaciones académicas o censos electorales para elecciones sindicales o administrativas –art. 15.2–. La diferencia es que en esta materia se aprobó por la Orden de 28 de abril 2015 el Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz, una norma que modifica la Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas.

⁶⁸ El comunicado indica que «para salvaguardar la confidencialidad y el derecho a la intimidad, acudirán a la persona responsable de la Unidad de Atención a la Ciudadanía del distrito sanitario, área de gestión sanitaria u hospital correspondiente. Dicho responsable aportará información, comprobará la documentación y facilitará los impresos correspondientes dependiendo de la edad». Con todo, de la noticia parece deducirse que el procedimiento se articulará mediante una orden, pues el artículo 9.2 de la Ley encomienda al reglamento la regulación del procedimiento de acreditación en base a unos criterios que pueden verse en el apartado 5 del presente trabajo.

⁶⁹ En el mismo sentido los arts. 4.2. Ley Navarra 12/2009, 6.2 Ley Canarias 8/2014, 14.1.b) Ley Murcia 8/2016, 10.a) Ley País Vasco 14/2012 y 13.1.b) Ley Madrid 2/2016.

Esta garantía está vinculada a la anterior y supone que las personas transexuales, cuando existan dependencias diferenciadas por razón de sexo, accederán u ocuparán las correspondientes a su identidad de género⁷⁰.

Estas garantías se completan con la obligación del Servicio Andaluz de Salud de facilitar el acceso a la cartera de servicios existentes conforme al proceso asistencial establecido dentro de sus competencias, procurando la máxima proximidad entre las personas usuarias y los centros sanitarios, todo ello siempre que se quede a salvaguarda la calidad y seguridad en la atención –art. 10.4–⁷¹. Andalucía, en estos momentos, al margen de las cirugías complejas que se realizan en el Hospital Regional de Málaga, referente nacional en la materia, dispone de ocho unidades de referencia provinciales⁷² con el fin de garantizar el acceso equitativo a los recursos, reduciendo desplazamientos innecesarios y tiempos de espera⁷³. Estos equipos sanitarios atendieron en el año 2015 alrededor de 2.000 consultas y, entre enero y mayo de 2016, ya han superado las 1.100⁷⁴.

⁷⁰ Esta garantía tiene un claro paralelismo con el derecho reconocido en el artículo 15.2 para los estudiantes, el personal y los docentes de los centros educativos cuando se les reconoce el acceso y uso de las instalaciones del centro conforme a su género elegido.

⁷¹ Véanse arts. 13.1.c) Ley Madrid 2/2016, 14.1.c) Ley Murcia 8/2016.

⁷² Los ocho equipos provinciales se ubican en el Hospital Torrecárdenas de Almería, el Puerta del Mar de Cádiz, el Reina Sofía de Córdoba, el Complejo Hospitalario de Granada, el Complejo Hospitalario de Huelva, el Complejo Hospitalario de Jaén, el Hospital Regional de Málaga y el Hospital Virgen Macarena-Rocío de Sevilla.

⁷³ Cfr. http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/documentosAcc.asp?pagina=gr_organizacion_comunicados_28. Algunas leyes la regulación de las unidades de referencia, como es el caso de los arts. 4.4 Ley Navarra 12/2009 y 8.2 Ley País Vasco 14/2012. Y otras han realizado una regulación muy pormenorizada. Algunas de las leyes autonómicas han regulado con cierta profundidad las unidades de género, como es el caso de la Ley Madrid 2/2016 cuando en el artículo 19 dispone: «1. La Comunidad de Madrid en su cartera de servicios sanitarios garantizará la existencia de una Unidad de Identidad de Género (UIG). 2. La Unidad de Identidad de Género estará integrada por los profesionales de la asistencia sanitaria y de la atención psicológica, psicoterapéutica, social y sexológica que se determinen, y prestará a las personas transexuales el tratamiento más adecuado a sus circunstancias personales y a su estado de salud. 3. Será responsabilidad de la UIG la realización de las cirugías genitales que no puedan ser atendidas conforme al principio de atención de proximidad y demás principios expresados en el artículo 14.4. La Unidad de Identidad de Género se concibe igualmente como un centro de formación e investigación en las especialidades médicas relacionadas con la transexualidad. A tal fin podrá desarrollar programas de formación y estudio especializados para la mejora de los profesionales del sistema de salud de la Comunidad de Madrid. 5. La UIG prestará servicios de asesoramiento y seguimiento a los profesionales que presten asistencia sanitaria a las personas transexuales de la Comunidad que opten por la atención de proximidad siguiendo los principios de esta Ley. 6. La UIG atenderá y prestará asistencia integral a quienes opten por solicitar la derivación voluntaria a dicho centro. 7. Dicha Unidad definirá, en coordinación con la Unidad de Referencia estatal correspondiente, las mejores prácticas médicas relacionadas con la transexualidad; dicha coordinación quedará sin efecto en el caso de que la Unidad sea designada Unidad de Referencia estatal por la Administración competente. En todo caso tal designación no podrá en ningún caso menoscabar los derechos sanitarios de los usuarios recogidos en el articulado de esta Ley y demás normas aplicables, ni los derechos de los profesionales reconocidos en la Ley a una formación inicial y continuada en la materia, así como a la práctica de los conocimientos adquiridos.». Véanse el art. 6.3 Ley Canarias 8/2012.

⁷⁴ Cfr. <http://www.juntadeandalucia.es/presidencia/portavoz/salud/112757/tarjeta/sanitaria/andaluza/llevara/nombre/titular/acorde/identidad/genero> (consultado el 25 de mayo de 2016).

B) Procedimiento asistencial

En esta materia, al igual que ocurre con el ámbito educativo donde se prevé la elaboración de un Protocolo de actuación sobre identidad de género que se ha aprobado en el año 2015, la Ley Andalucía 2/2014 contempla que la Consejería competente en materia de salud establecerá un procedimiento asistencial que será elaborado con la colaboración de personas transexuales y entidades que las representan que contendrá los criterios, objetivos y estándares de atención recogidos en las recomendaciones internacionales en la materia que en todo caso han de ser compatibles con los principios inspiradores de esta Ley.

Un protocolo que en algunas leyes autonómicas se conoce también como *guía clínica*, para diferenciarlo de los protocolos médicos-sanitarios, que tienen unos objetivos y una dimensión esencialmente técnica-científica⁷⁵. La Ley andaluza conjuga ambos, esto es, el protocolo asistencial y el protocolo médico sanitario, lo que a mi juicio no resulta especialmente acertado pues los efectos de elaboración, actualización, revisión requieren, en virtud de sus especiales consideraciones, tratamientos diferenciados, aunque lo cierto es que algunas leyes autonómicas también lo hacen a la hora de definir las guías clínicas⁷⁶.

Así, por ejemplo, la Ley Canarias 8/2014 siguiendo a la Ley Navarra 12/2009, prevé que reglamentariamente se establecerá una guía clínica de atención de las personas transexuales con el objetivo de articular el suficiente consenso profesional en los campos psicológico, médico y quirúrgico, que incluya criterios objetivos, además de los estándares asistenciales internacionales en la materia y que especifique también la cualificación necesaria de los profesionales para cada tipo de actuación y los circuitos de derivación más adecuados. Otras, como es el caso de la Ley Baleares 8/2016, se refieren a un protocolo de atención integral a las personas transexuales que tiene el objetivo de mejorar la detección temprana de las manifestaciones de transexualidad y la calidad de la asistencia sanitaria que se presta a este colectivo que respete los principios de libre autodeterminación de género, de no discriminación y no segregación. Este protocolo comprenderá

⁷⁵ Los protocolos médico-sanitarios serán los que establezcan, conforme a las evidencias científicas, el proceso a seguir y que tienen como objetivo, siguiendo a la Ley Canaria 8/2012, que la persona transexual consiga la habilidad necesaria para vivir en el rol del género asumido, con una valoración realista de las posibilidades y limitaciones que le ofrece el tratamiento somático, al tiempo que se le facilite el proceso de adaptación social y familiar, dotándola de recursos para hacer frente a posibles situaciones de rechazo social o discriminación –art. 9–.

⁷⁶ Véanse «Guías de práctica clínica para la valoración y tratamiento de la transexualidad. Grupo de Identidad y Diferenciación Sexual de la SEEN», *Endocrinología y Nutrición*, 2012; 59:357-382. *Normas de atención para la salud de personas trans y con variabilidad de género*, la Asociación Mundial para la Salud de Transgénero, 2012: http://www.wpath.org/uploaded_files/140/files/SOC%20-%20Spanish%20v2.pdf (consultado el 22 de enero de 2015). Asociación Americana de Psiquiatría: *Manual Diagnóstico Estadístico de los Trastornos Mentales DSM 5*: www.DSM5.org. *Protocolo de Atención Sanitaria a Personas Transexuales*. Gobierno de Canarias, Consejería de Sanidad, Servicio Canario de Salud, Dirección General de Programas Asistenciales 2009. Véase también el *Protocolo de Atención Sanitaria a los problemas de identidad de género* en Castilla y León, http://www.fundaciontriangulo.org/visibilidadtrans/documentos/PROTOCOLO_DE%20ATENCIÓN%20A%20LA%20DISFORIA_DE%20G%20C%20%20CASTILLA_Y_LE%20C%20%20BORRADOR_fin_8_131114_.pdf (consultado el 10 de febrero de 2015).

con atención especializada e interdisciplinar el proceso completo que abarca desde la detección temprana de las manifestaciones de transexualidad, su diagnóstico y tratamiento especializado con atención psicológica adecuada –art. 10–.

Pautas y cuestiones que se integran en las guías clínicas y protocolos de atención sanitaria en las leyes autonómicas

<p>Ser tratadas conforme a su identidad de género e ingresadas en las salas o centros correspondientes a ésta cuando existan diferentes dependencias por razón de sexo y a recibir el trato que se corresponde a su identidad de género, evitando toda segregación o discriminación.</p>
<p>Ser informadas y consultadas de los tratamientos que les afecten y a que los procesos médicos que se les apliquen se rijan por el principio de consentimiento informado y libre decisión del paciente o tutor legal.</p>
<p>Se reconocerá el derecho de la persona transexual a beneficiarse de los tratamientos más acordes a sus necesidades y aspiraciones específicas, recibiendo una adecuada atención integral de salud que facilite el camino de su desarrollo personal.</p>
<p>Se garantizará el derecho de la persona transexual a participar en la formulación de los tratamientos que le afecten, desde el reconocimiento de la autonomía de esta, sin discriminación basada en su orientación sexual o identidad de género y con pleno respeto por las mismas.</p>
<p>Se garantizará que los procedimientos como terapias hormonales o cirugías, de reasignación sexual o de otro tipo, sean proporcionados en el momento oportuno, y acordados de forma mutua entre profesionales y usuarios/as, sin que deban ser negados ni retrasados de forma innecesaria.</p>
<p>No se podrá condicionar el derecho a recibir otros tratamientos complementarios a la realización previa del tratamiento hormonal o de los tratamientos plástico-quirúrgicos.</p>
<p>Ser atendidas en proximidad sin sufrir desplazamientos y gastos innecesarios, así como a solicitar la derivación voluntaria a los centros de atención especializada pertinentes a su tratamiento.</p>
<p>A solicitar, en caso de duda, una segunda opinión a otro miembro del personal médico antes de acceder a tratamientos o intervenciones quirúrgicas con efectos irreversibles.</p>
<p>A ser atendidas por profesionales con experiencia, tanto en la especialidad concreta en que se enmarque el tratamiento, como de la transexualidad en general.</p>

Para concluir este apartado, como es preceptivo, en todos los casos se requerirá el consentimiento informado de la persona capaz y legalmente responsable, de conformidad con 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 clínica⁷⁷.

C) Cartera de servicios

El artículo 10 de la Ley andaluza contempla una serie de tratamientos que deberán ser ofertados en la Cartera Básica del Sistema Sanitario Público de Andalucía, concretamente la reasignación sexual conforme a su cartera básica de servicios⁷⁸. Igualmente se prevé que

⁷⁷ Véanse los artículos 8, 9 y 10 de la Ley 41/2002.

⁷⁸ Algunas normas autonómicas han sido mucho más precisas en cuanto a los servicios que se ofrecerán a las personas transexuales como por ejemplo la Ley Murcia 8/2016 cuando dispone que «a) proporcionará tratamiento hormonal a las personas trans. En el caso de menores de edad, la atención se realizará en los términos expresados en el artículo siguiente de esta ley. b) Proporcionará el proceso quirúrgico genital, aumento de pecho y masculinización

«la Consejería competente en materia de salud considerará en su cartera básica de servicios, dentro del marco de sus competencias, los tratamientos que tiendan a la modulación del tono y timbre de la voz, por cuanto no constituyen para las personas transexuales una cuestión estética o cosmética, sino su correspondencia y adecuación a su identidad de género» –art. 10.7–⁷⁹. Sin embargo, posteriormente de conformidad con las negociaciones celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en cumplimiento del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración del Estado-Administración de la Comunidad Autónoma de Andalucía de 4 de marzo de 2015, para el estudio y propuesta de solución de las discrepancias competenciales manifestadas sobre la Ley andaluza 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía, se acordó interpretar el artículo 10.7 de la Ley 2/2014 en el sentido de que la Consejería competente en materia de salud considerará en su Cartera de Servicios Complementarios, dentro del marco de sus competencias, los tratamientos que tiendan a la modulación del tono y timbre de la voz, por cuanto no constituyen para las personas transexuales una cuestión estética o cosmética, sino su correspondencia y adecuación a su identidad de género⁸⁰.

En este sentido, algunas leyes autonómicas, con buen criterio, precisan que no se podrá condicionar el derecho a recibir otros tratamientos complementarios, como fotodepilación del vello facial, la tirocondroplastia o la mejora del tono y modulación de la voz, a la realización previa del tratamiento hormonal o de los tratamientos plástico-quirúrgicos⁸¹ al igual que otras prevén que no se podrá condicionar la asistencia sanitaria especializada a un examen psicológico⁸². Sin embargo, la única previsión en la Ley andaluza es que «ninguna persona será obligada a someterse a tratamiento, procedimiento médico o examen psicológico que coarte su libertad de autodeterminación de género» –art. 5.2–, a todas luces

de tórax, siendo la gestión de las listas de espera ajustada a la máxima transparencia, agilidad y eficacia sin requerirse un previo tratamiento hormonal. c) Proporcionará el material protésico necesario. d) Prestará tratamientos que tiendan a la modulación del tono y timbre de la voz cuando sean requeridos. e) Proporcionará el acompañamiento psicológico adecuado si el usuario y/o familiares y profesionales lo vieran necesario, en los términos expresados en el apartado siguiente.» –art. 14.2–. Véase también 13.2 Ley Madrid 2/2016.

⁷⁹ Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de abril de 2008 (AC 2008/1052) que manifestaba que, pese a considerar la transexualidad como una enfermedad –hay que tener presente que fue dictada en el 2008– «las operaciones tendentes a lograr la identidad física y psicológica tienen la consideración esencial o fundamental de ser curativas y no estéticas». En la Cartera de Atención Primaria, la atención a las personas transexuales se encuentra en el epígrafe 2.10.11 y dispone que «desde Atención Primaria se derivarán a las personas que lo soliciten a la Unidad de Endocrinología del Hospital designado de referencia, desde asumirán la coordinación de todo el proceso».

⁸⁰ El 1.b del Acuerdo de 26 de marzo de 2015, de la Subcomisión de Seguimiento Normativo, Prevención y Solución de Controversias de la Comisión Bilateral de Cooperación Administración General del Estado-Comunidad Autónoma de Andalucía, en relación con la Ley 2/2014, de 8 de julio, integral para la no discriminación por motivos de identidad de género y reconocimiento de los derechos de las personas transexuales de Andalucía (BOJA núm. 93, de 18 de mayo).

⁸¹ Cfr. arts. 8.2.c) Ley Canarias 8/2014 y 9.4 Ley País Vasco 14/2012. En el caso de la Ley Navarra 12/2009 exclusivamente mantiene que no se puede condicionar a la realización previa de cirugías de reasignación sexual –art. 6.6–.

⁸² Cfr. arts. 10 *in fine* Ley Extremadura 12/2015, 13.2.e) y 13.3 Ley Madrid 2/2016 y 14.3 Ley Murcia 8/2016.

insuficiente. En este sentido, conviene recordar que, como se manifiesta en el Informe extraordinario del Valedor do Pobo Galicia del año 2015, *La Situación de las personas lesbianas, Gais, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales en Galicia*: «hay que incidir en que la realidad de las personas transexuales forma parte de la diversidad del ser humano. Así, no todas las personas transexuales tienen las mismas pretensiones respecto a la manifestación de su identidad en el contexto social ni sobre sus demandas de asistencia. En este sentido, hay que obrar con cautela para no imponer un camino único que pueda, contrariamente a lo buscado, suponer una vulneración en sí misma de los derechos para algunas personas transexuales. Será cada individuo quien determine las características o singularidades de su identidad como ser humano»⁸³.

2. Formación de los profesionales sanitarios

La formación de los profesionales clínicos, más que una exigencia, es una necesidad para el colectivo de personas transexuales por las múltiples y complejas situaciones sanitarias por las que pueden tener que pasar y que requieren un tratamiento transversal y multidisciplinar⁸⁴, como han puesto de manifiesto continuamente distintos actos y resoluciones de organismos internacionales, por ejemplo la Resolución 2048/2015, *La discriminación contra las personas trans en Europa, cuando se solicita a los Estados miembros*: «provide information and training to education professionals, law-enforcement officers and health-service professionals, including psychologists, psychiatrists and general practitioners, with regard to the rights and specific needs of transgender people, with a special focus on the requirement to respect their privacy and dignity» –6.4.2–⁸⁵. Así como ha resaltado el Valedor do Pobo, 2015, en el Informe Extraordinario, *La Situación de las personas lesbianas, Gais, Transexuales, Bisexuales e Intersexuales en Galicia* (2015): «las entidades demandan, por otra parte, mayor formación de las personas que intervienen en

⁸³ <http://www.parlamentodegalicia.es/sitios/web/ValedorDoPobo/informe-LGBTI-castelan-valedor-1507211305.pdf>, pp. 97 y 98.

⁸⁴ En la sanidad andaluza la atención a las personas transexuales se hace por equipos multidisciplinares en los que se integran profesionales de las Unidades de Gestión Clínica de Endocrinología, Ginecología y Obstetricia; Cirugía General y Digestiva; Cirugía Plástica y Reparadora; Urología; Medicina Física y Rehabilitación; Otorrinolaringología y Salud Mental, contando además con la participación de las Unidades de Pediatría, Anestesia, Laboratorio, Genética y Radiodiagnóstico, cfr. <http://www.juntadeandalucia.es/servicioandaluzdesalud/principal/noticia.asp?codcontenido=26187> (consultado el 10 de mayo de 2016). Véase Bergero Miguel, T., «La transexualidad: asistencia multidisciplinar en el sistema público de salud», en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 89 (2004), pp. 9-20.

⁸⁵ <http://assembly.coe.int/NW/XML/XREF/XREF-XML2HTML-EN.ASP?FILEID=21736&LANG=EN>. También, en el marco del principio 17, El derecho de disfrute del más alto nivel posible de salud, Declaración Universal de los Derechos Humanos junto con los Principios de Yogyakarta sobre la Aplicación del Derecho Internacional Humanitario en Relación con la Orientación Sexual y la Identidad de Género de 2006, se exige a los Estados, entre otras medidas, que adopten «las políticas y los programas de educación y capacitación que sean necesarios para posibilitar que quienes trabajan en el sector de salud brinden a todas las personas el más alto nivel posible de atención a su salud, con pleno respeto por la orientación sexual e identidad de género de cada una».

los procesos asistenciales de los y las transexuales [...]». Conviene citar el estudio *Ser Trans en la Unión Europea, análisis comparativo de los datos de la encuesta a personas LGTBI en la UE*, publicado por la Agencia Europea de Derechos Fundamentales⁸⁶. En él se pone de manifiesto que aproximadamente uno de cada cinco participantes en el estudio que recurrieron a servicios de atención sanitaria (22%) en el año anterior a la encuesta, sintieron que el personal de estos servicios les había tratado de manera discriminatoria por ser trans. En España, COGAM (Colectivo de lesbianas, gays, transexuales y bisexuales de Madrid) elaboró un estudio en el que se desvela que el 55% de las personas transexuales asistidas por la sanidad pública consideran que el trato recibido no ha sido correcto. Que estos resultados se den en el ámbito sanitario, donde las personas deberían sentirse seguras y acompañadas, resulta especialmente preocupante⁸⁷.

De esta manera, la Ley Andalucía 2/2014, ya entre las medidas contra la transfobia del artículo 7, contempla que la Administración de la Junta de Andalucía, en colaboración con las asociaciones de personas transexuales desarrollará e implementará programas de capacitación, sensibilización u otros dirigidos a contrarrestar entre el personal sanitario de las administraciones los prejuicios y la imposición de estereotipos en relación con la expresión de la identidad de género –art. 7.c)–. Sin embargo, a estos efectos, lo relevante es la previsión del artículo 11 de la Ley que exige a la Consejería competente en materia de salud establecer las medidas adecuadas, en estrecha colaboración con las sociedades profesionales correspondientes y los demás agentes del conocimiento⁸⁸, para asegurar como el anverso del derecho de las personas transexuales a ser atendidas por profesionales con experiencia suficiente y demostrada en la materia⁸⁹, el derecho de los profesionales a recibir formación específica de calidad en materia de transexualidad⁹⁰, dentro del marco definido por el Plan Estratégico de Formación Integral del Sistema Sanitario Público

⁸⁶ <http://fra.europa.eu/en/publication/2014/being-trans-eucomparative-analysis-eu-LGTBI-survey-data>

⁸⁷ <http://www.parlamentodegalicia.es/sitios/web/ValedorDoPobo/informe-LGBTI-castelan-valedor-1507211305.pdf>, p. 99.

⁸⁸ Los agentes del conocimiento en Andalucía, conforme al artículo 30.2 de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, de Ciencia y Conocimiento de Andalucía, serán: «a) Las universidades andaluzas. b) Los organismos públicos de investigación. c) Los centros e institutos de investigación. d) Los centros tecnológicos. e) Las academias. f) Las sociedades científicas. g) Las empresas que desarrollan actividades de investigación, desarrollo e innovación. h) Aquellas otras entidades, instituciones o estructuras que desarrollen actividades referidas a la generación, aprovechamiento compartido y divulgación del conocimiento.».

⁸⁹ La Ley andaluza no recoge expresamente este derecho a diferencia de los artículos 8 *in fine* Ley Navarra 12/2009, 11 *in fine* Ley Canarias 8/2014, 17.2 Ley Madrid 2/2016 y 13 *in fine* Ley País Vasco 12/2014.

⁹⁰ En este sentido, se debe destacar por su significado la reunión de cerca de un centenar de expertos en el Hospital Regional de Málaga en 2009 con ocasión del X Aniversario de la Unidad de Trastornos de Identidad de Género, primer centro público del sistema nacional de salud autorizado para desarrollar el tratamiento integral y multidisciplinar de las personas transexuales (www.hospitalregionaldemalaga.es/NoticiasyEventos/SaladePrensa/tabid/123/ctl/Article-View/mid/638/articleId/55/El-10-Aniversario-de-la-Unidad-de-Trastornos-de-Identidad-de-Genero-del-Hospital-Regional-de-Malaga-reune-a-cerca-de-un-centenar-de-expertos-nacionales.aspx). El derecho de los profesionales a recibir una formación de calidad en esta materia también se encuentra expresamente en los artículos 18.3 Ley Murcia 8/2016, 11 Ley Canaria 8/2014, 13.1 Ley Extremadura 12/2015, 17.1 y Ley Madrid 2/2016, 13 Ley País Vasco 14/2012.

de Andalucía⁹¹, y para ello, contempla expresamente la obligación de impulsar el fomento y participación en las actividades de investigación en el campo de las ciencias de la salud e innovación tecnológica⁹². Sin embargo, al margen del fomento en la participación en las actividades de investigación, sería oportuno que la Ley andaluza garantizase igualmente una formación continua y fluida como establece la Organización Mundial de la Salud sobre homosexualidad, bisexualidad, transexualidad e intersexualidad⁹³.

3. Indicadores de seguimiento

El artículo 12 de la Ley andaluza prevé el seguimiento de la atención sanitaria de las personas transexuales que incluirá la creación de indicadores de seguimiento sobre los resultados de los tratamientos, terapias e intervenciones que se lleven a cabo, con detalle de las técnicas empleadas, complicaciones y reclamaciones surgidas, así como la evaluación de la calidad asistencial⁹⁴. Así, para la elaboración de las estadísticas previstas se creará un fichero automatizado del que será titular el Servicio Andaluz de Salud⁹⁵.

En este sentido, algunas leyes autonómicas han ido un poco más y exigen que la recogida de datos con fines estadísticos se ajuste a los principios de secreto –secreto estadístico que obliga a las Administraciones a no difundir en ningún caso los datos personales de

⁹¹ Véase el *Plan Estratégico de Formación Integral* en http://www.juntadeandalucia.es/salud/channels/temas/temas_es/___QUIENES_SOMOS/C_6_Andalucia_en_salud_planes_y_estrategias/plan_formacion/plan_formacion (consultado el 1 de mayo de 2016). Exclusivamente de esta manera se puede cumplir con la característica fundamental del Sistema Sanitario Público de Andalucía de «la prestación de una atención integral de la salud procurado altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados» –art. 44.d) Ley 2/1998, de 15 de junio, de salud de Andalucía–.

⁹² Véanse los artículos 8 Ley Navarra 12/2009, 13.3 Ley Extremadura 12/2015, 17.2 y 4 Ley Madrid 2/2016.

⁹³ Véanse en este sentido los artículos 13.1 Ley Extremadura 12/2015, 19.1 Ley Galicia 2/2014, 18.1 Ley Murcia 8/2016.

⁹⁴ Véanse, entre otros, en el mismo sentido los artículos 7.1 Ley Navarra 12/2009, 21.1. Ley Madrid 2/2016, 12.1 Ley País Vasco 14/2012 y 10.1 Ley Canarias 8/2014. Recordemos que el artículo 23 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente, bajo la rúbrica *Obligaciones profesionales de información técnica, estadística y administrativa*, exige a «los profesionales sanitarios, además de las obligaciones señaladas en materia de información clínica, tienen el deber de cumplimentar los protocolos, registros, informes, estadísticas y demás documentación asistencial o administrativa, que guarden relación con los procesos clínicos en los que intervienen, y los que requieran los centros o servicios de salud competentes y las autoridades sanitarias, comprendidos los relacionados con la investigación médica y la información epidemiológica.». El artículo 19.1 de la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía prevé que «la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, en el marco de sus competencias, realizará las siguientes actuaciones: Establecer *los registros y métodos de análisis de información necesarios* para el conocimiento de las distintas situaciones, relacionadas con la salud individual y colectiva, y en particular las que se refieren a los grupos especiales de riesgo contemplados en el artículo 6, apartado 2, de esta Ley, de las que puedan derivarse acciones de intervención, así como los sistemas de información y estadísticas sanitarias».

⁹⁵ Véase, entre otros, en el mismo sentido los artículos 7.3 Ley Navarra 12/2009, 21.3 Ley Madrid 2/2016, 12.2 Ley País Vasco 14/2012 y 10.3 Ley Canarias 8/2014.

las personas transexuales cualquiera que sea su origen⁹⁶, transparencia, especialidad y proporcionalidad⁹⁷.

VII. ATENCIÓN EDUCATIVA

Los menores son las personas más sensibles a la discriminación, el acoso y el rechazo, especialmente en el ámbito en el que se desarrolla su actividad principal⁹⁸, esto es, en los centros docentes, pero igualmente es el lugar idóneo para la educación en valores, en respeto a la diferencia y en la sensibilización hacia la problemática de otros colectivos⁹⁹.

Una de las líneas estratégicas del sistema educativo, como mantiene el Protocolo para los centros educativos en el acompañamiento al alumnado trans o con comportamiento de género no normativo y a sus familias en el País Vasco, es la respuesta a la diversidad desde los parámetros de la escuela inclusiva. Esto supone que todos los profesionales de la educación deben conocer y reconocer todo tipo de diversidades que muestra el alumnado y sus familias, pero no quedarse ahí; supone detectar y poner los medios para superar las barreras que cada alumno

⁹⁶ El artículo 8 de la Ley 4/1989, de 12 de diciembre, de estadística de Andalucía prevé que la actividad estadística de la Comunidad Autónoma de Andalucía se ajustará en todo momento a los principios de respeto a la intimidad, secreto estadístico, obligatoriedad del suministro de información, rigor y corrección técnica, difusión de resultados y seguridad en el almacenamiento y transmisión de la información». Al margen de esta cuestión, la Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía ya contempla como derecho de los ciudadanos el de «confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y su estancia en cualquier centro sanitario» –art. 6.f)–. Igualmente el artículo 8 de la Ley Andalucía 2/2014 exige a la Comunidad Autónoma de Andalucía velar «por el respeto a la confidencialidad de los datos relativos a la identidad de género de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de la presente Ley en todos sus procedimientos». En este aspecto, no podemos olvidar la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos que califica los datos de carácter personal que hagan referencia a la salud son calificados como *datos especialmente protegidos* –art. 7.3–, pero sin embargo, permite la cesión de los mismos cuando se produzca entre Administraciones públicas y tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos y científicos –art. 112.e)–. Véanse sobre la materia, entre otros, N. de Miguel Sánchez y J. C. Galán Cortés, *Aspectos legales para la protección de datos sanitarios*, Jarpyo, 2004. S. Suarez Rubio, «La protección de la confidencialidad de los datos y documentos sanitarios», en *Documento de trabajo*, <http://www.uclm.es/CU/csociales/pdf/documentosTrabajo/2012/10.pdf> (consultado del 10 de enero de 2016).

⁹⁷ Cfr., entre otros, los artículos 7.2 Ley Navarra 12/2009, 10.2 Ley Canarias 8/2014 y 21.2 Ley Madrid 2/2016.

⁹⁸ Véanse J. Gavilán Macías, «El sistema educativo y la transexualidad», en AA. VV., *Género, educación y convivencia*, Dykinson, 2015, pp. 71-87. À. Casanova Ferrer, «Educación y transexualidad: una experiencia de educación en Primaria», en AA.VV., *Transexualidad, adolescencias y educación: miradas multidisciplinares*, 2013, pp. 281-292. O. Moreno Cabrera, L. Puche Cabezas (Coords.) *Transexualidad, adolescencias y educación: miradas multidisciplinares*, Egalet Editorial, 2013.

⁹⁹ Recordemos asimismo que el artículo 37.1.2.º proclama como principio rector de las políticas públicas de los poderes de la Comunidad Autónoma la lucha, entre otros aspectos, contra el sexismo y la homofobia, «especialmente mediante la educación en valores que fomente la igualdad, la tolerancia, la libertad y la solidaridad». Y, por su parte, el artículo 43.2 de la Ley 12/2007, de 26 de noviembre, para la promoción de la igualdad de género en Andalucía, proclama el deber de los poderes públicos de Andalucía de establecer políticas que promuevan las acciones necesarias para eliminar la discriminación por opción sexual y transexualidad, garantizando la libertad de decisión individual.

o alumna tiene por el hecho de vivir unas circunstancias determinadas que le impiden participar en igualdad de condiciones al resto del alumnado y que le impiden desarrollarse como persona plena, libre, feliz, etc., así como conseguir éxitos académicos excelentes¹⁰⁰.

Sin embargo, pese a la realidad de la premisa anterior, la Ley andaluza no olvida que junto con los estudiantes, se encuentran el personal y los docentes de los centros a los que también ampara específicamente la norma¹⁰¹.

Así, el capítulo IV de la Ley 2/2014, bajo la rúbrica *Atención educativa*, contiene dos preceptos: uno dedicado a las actuaciones previstas y otro dedicado a un problema muy importante, como es, el acoso escolar.

1. Actuaciones respecto a la identidad de género de las personas en el ámbito educativo

El artículo 15 de la Ley recoge una serie de medidas que deberá adoptar la Comunidad Autónoma de Andalucía, a través de la Consejería competente en materia de educación, que se pueden agrupar en dos categorías siguiendo el esquema del Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz incorporado a la Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas por la Orden de 28 de abril 2015:

- a) *De sensibilización, formación en valores de tolerancia y respeto y asesoramiento*
- Velará porque el sistema educativo sea un espacio de respeto y tolerancia libre de toda presión, agresión o discriminación por motivos de identidad de género, con amparo a los estudiantes, docentes y familias que lo componen¹⁰². Asimismo, asegurará el respeto a todas las expresiones de género presentes en el ámbito educativo.
 - Adoptará todas las medidas apropiadas, incluyendo programas de educación y capacitación, para alcanzar la eliminación de actitudes y prácticas con prejuicio o discriminatorias dentro del sistema educativo, basadas en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquier orientación sexual o expresión de identidad de género, y en defensa del derecho a la autodeterminación de la identidad de género.

¹⁰⁰ http://www.hezkuntza.ejgv.euskadi.eus/r43-2459/es/contenidos/informacion/dig2/es_lgtb_fob/adjuntos/Protocolo_Trans_2016_c.pdf

¹⁰¹ En este sentido el artículo 28.3 Ley Murcia 8/2016 cuando prevé que «los centros educativos garantizarán la correcta atención y apoyo a aquellos estudiantes, personal docente o personal de administración o servicios que fueran objeto de discriminación por orientación sexual o identidad de género en el seno de los mismos».

¹⁰² En el mismo sentido, entre otros, el artículo 22.1 Ley Madrid 2/2016.

- Adoptará las medidas necesarias para incluir en los planes de formación inicial y continua del profesorado una preparación específica en materia de identidad de género y diversidad familiar resultante del ejercicio del derecho a la identidad de género, dentro del respeto a la diversidad afectivo-sexual y a las plurales identidades de género¹⁰³.

b) *De prevención, detección e intervención*

- Creará y promoverá programas de prevención para evitar de manera efectiva en el ámbito educativo acciones discriminatorias por motivos de identidad de género¹⁰⁴.
- Garantizará protección adecuada a todas las personas concernidas (estudiantes y sus familias, miembros del personal y docentes) contra todas las formas de exclusión social y violencia por motivos de identidad de género, incluyendo el acoso y el hostigamiento dentro del ámbito escolar, teniendo en cuenta lo que establece el artículo 16 de la presente Ley, relativo a combatir el acoso escolar¹⁰⁵.
- Elaborará y difundirá los protocolos necesarios a fin de detectar, prevenir, intervenir y combatir cualquier forma de discriminación, en defensa de los menores que manifiesten actitudes de una identidad de género distinta a la asignada al nacer, con especial atención a las medidas contra el acoso y el hostigamiento, para su aplicación en servicios y centros de atención educativa financiados con fondos públicos, tanto de titularidad pública como privada¹⁰⁶.

¹⁰³ Esta actuación no se encontraba en el proyecto de ley. Fue introducida por la enmienda 25 del Grupo Parlamentario Socialista (BOPA núm. 465, de 3 de junio de 2014, p. 51). Véase en materia de formación del personal docente de los centros artículos 27.1 Ley Murcia 8/2016, 25.1 Ley Madrid 2/2016, 14.1.a) Ley Canarias 8/2014, 22.1 Ley Extremadura 12/2015, 24 Ley Galicia 2/2014. Este último precepto va más allá y dispone que «asimismo, se incorporará a la realidad LGTBI y los diferentes modelos de familia a los cursos y másters de formación del futuro personal docente y a los planes de estudios de las titulaciones de Educación Social, Magisterio, Pedagogía, Psicología y Derecho». En otras leyes no se prevé una mención específica a la formación de los docentes, pero sí se establece la obligación de la Administración de velar por la formación especializada y la debida capacitación de los profesionales, véase, por ejemplo, el art. 12.5 Ley Baleares 8/2016 y 6.i) Ley Cataluña 11/2014 y 5.d) y 17.a) y b) Ley País Vasco 14/2012.

¹⁰⁴ Véase, entre otros, el artículo 23 Ley Galicia 2/2014.

¹⁰⁵ La última parte del precepto, incluyendo el acoso y el hostigamiento, dentro del ámbito escolar, teniendo en cuenta lo que establece el artículo 16 de la presente Ley, relativo a combatir el acoso escolar, fue incluido a través de la enmienda número 46, del Grupo Parlamentario Popular (BOPA núm. 465, de 3 de junio de 2014, p. 57). Véanse, entre otros, artículos 18 Ley País Vasco 14/2012, 14.2.a) Ley Canarias 8/2014, 12.6 Ley Baleares 8/2016, 12.6 Ley Cataluña 11/2014 y 22.2 Ley Madrid 2/2016. Algunas leyes, como es el caso de Andalucía y Galicia disponen de un precepto específico en materia de acoso –26 Ley Galicia 2/2014–. Véase, sobre esta materia, el epígrafe *Acoso escolar detección e intervención ante posibles casos de discriminación, acoso escolar, violencia de género o maltrato infantil por identidad de género*.

¹⁰⁶ Las leyes autonómicas han abordado los protocolos de prevención y actuación sobre la identidad de género en el sistema educativo, aunque lo han hecho de forma dispar. Así Ley Murcia 8/2016 –art. 28–, Ley Madrid –art. 22.8 y 23–, o la Ley Extremadura 12/2015 –art. 23– han dedicado un precepto a definir los pilares del futuro protocolo. Otras, como es el caso de la Ley Cataluña 11/2014, exige la elaboración de protocolo de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género exclusivamente en el ámbito universitario, pero no lo contempla para el

Esta actuación que, sin embargo, no se contemplaba en el proyecto de ley¹⁰⁷, ha sido la primera que ha abordado el Gobierno andaluz con la aprobación del Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz de 2015¹⁰⁸ cuyo objeto es «establecer orientaciones y pautas de intervención para la adecuada atención educativa del alumnado menor de edad no conforme con su identidad de género, garantizando el libre desarrollo de su personalidad y la no discriminación por motivos de identidad de género, así como facilitar procesos de inclusión, protección, sensibilización, acompañamiento y asesoramiento al alumnado, a sus familias y al profesorado. Asimismo, el presente protocolo tiene como objeto establecer actuaciones para prevenir, detectar y evitar situaciones de transfobia, exclusión, acoso escolar o violencia de género, ejercidas sobre el alumnado no conforme con su identidad de género, incluyendo la coordinación institucional, que permitan identificar sus necesidades y adoptar, en su caso, las medidas educativas adecuadas.».

- Asegurará que no se margine ni segregue a estudiantes que sufran dicha exclusión o violencia, con el objetivo de protegerlos y que se identifiquen y respeten, de manera participativa, sus intereses superiores.
- Creará y promoverá programas de coordinación entre los sistemas educativo, sanitario y social, orientados especialmente a la detección y a la intervención ante situaciones de riesgo que pongan en peligro el desarrollo integral de los menores que manifiesten una identidad de género distinta a la asignada al nacer.

resto del sistema educativo –art. 13.2–, y en el mismo sentido Ley Baleares 8/2016. Sin embargo, la Conselleria de Educación y Universidad de esta última, a través de la Dirección general de Innovación y Comunidad Educativa, ha elaborado dos protocolos de actuación para centros educativos de las Islas Baleares sobre la disforia de género (transsexualidad) y acoso escolar (*bullying*) que han empezado a aplicarse el primer trimestre de 2016, <http://www.illesbalears.cat/govern/sac/fitxa.do?codi=2530323&coduo=7&lang=es>. Otras como la Ley del País Vasco 14/2012 o Ley Galicia 2/2014 no contienen una mención específica, aunque lo cierto es que las dos los han implementado. Véanse el Protocolo educativo para garantizar la igualdad, la no discriminación y la libertad de identidad de género en la Comunidad Autónoma de Galicia, abril 2016, http://www.edu.xunta.gal/portal/sites/web/files/protocolo_identidade_de_xenero.pdf (consultado el 2 de mayo de 2016) [«Los colegios gallegos respetarán la identidad de los niños trans» 4/05/2016 http://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2016/05/04/colegios-gallegos-respetaran-identidad-ninos-transcincos-capitulos-medidas-particulares/0003_201605G4P27991.htm] y Protocolo para los centros educativos en el acompañamiento al alumnado trans o con comportamiento de género no normativo y a sus familias en el País Vasco, http://www.hezkuntza.ejgv.euskadi.eus/r43-2459/es/contenidos/informacion/dig2/es_lgtb_fob/adjuntos/Protocolo_Trans_2016_c.pdf (Consultado el 2 de mayo de 2016). Véase sobre las políticas públicas y recursos jurídicos por Comunidades Autónomas los indicadores para detectar el acoso escolar por homofobia y transfobia, en *Abrazar la diversidad: propuesta para una educación libre de acoso homofóbico y transfóbico*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015, http://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/docs/2015/Abrazar_la_diversidad.pdf, pp. 120-176 (consultado el 20 de enero de 2016).

¹⁰⁷ Esta actuación fue introducida por la enmienda 25 del Grupo Parlamentario Socialista (BOPA núm. 465, de 3 de junio de 2014, p. 51).

¹⁰⁸ Incorporado a la Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas por la Orden de 28 de abril 2015. Véase el artículo publicado en *Europa Press*, el 21 de mayo de 2015, «En vigor el protocolo andaluz para atender al alumnado transexual», <http://www.europapress.es/andalucia/sevilla-00357/noticia-alumnado-transexual-andaluz-podra-ya-norma-usar-ropa-aseos-vestuarios-acordes-identidad-sexual-20150521170357.html> (consultado el 15 de junio de 2015).

- Garantizará que se preste apoyo de los equipos de orientación educativa y psicopedagógica en aquellas situaciones que lo requieran por motivos de identidad de género, en los términos previstos por la normativa reguladora¹⁰⁹.

2. Identificación, medidas organizativas y educativas y actuaciones de sensibilización en el Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz

El Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz incorporado a la Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas por la Orden de 28 de abril 2015 establece claramente los pasos a seguir cuando la identidad de género no coincida con el sexo asignado al alumno/a al nacer. El inicio del procedimiento puede producirse a instancia del padre, madre o las personas representantes legales del alumno/a o por el tutor/a del grupo en el que está integrado el estudiante o por cualquier miembro del equipo docente.

En el primer caso, esto es, cuando el procedimiento sea iniciado por cualquiera de los padres o por el representante legal del menor, deben comunicar a la dirección del centro que la identidad de género del menor no se corresponde con el sexo asignado al nacer, pudiendo aportar los documentos e informes que estimen convenientes o necesarios. Toda la información será trasladada al equipo docente y al equipo de Orientación Educativa con el fin de detectar e identificar las necesidades educativas y adoptar las medidas de sensibilización e información necesarias para asegurar el respeto a su identidad de género y su plena integración en el centro docente, contando siempre con el consentimiento expreso del padre, madre o sus representantes legales en el caso del alumnado menor de edad.

En los supuestos en que el procedimiento se inicie por el tutor/a o cualquier docente, que será en los supuestos en que «se observe que un alumno o una alumna menor de edad manifieste, de manera reiterada, actitudes de una identidad de género no coincidente con el sexo asignado al nacer», lo comunicará al equipo directivo del centro, el cual propondrá a la familia o representantes legales una entrevista con el profesorado que ejerce la tutoría, a la que podrá asistir quien ejerce la orientación educativa en el centro, en la que se informará de los hechos observados, los recursos existentes en el ámbito educativo y externos al mismo y la posibilidad de iniciar un proceso para identificar las necesidades educativas, así como determinar las posibles actuaciones a desarrollar en el centro para

¹⁰⁹ Fue introducida por la enmienda 25 del Grupo Parlamentario Socialista (BOPA núm. 465, de 3 de junio de 2014, p. 51). Véanse, entre otros, el artículo 22.6 Ley Madrid 2/2016, sin embargo, lo más común es que la leyes autonómicas contengan una previsión genérica para que los centros garanticen la correcta atención y apoyo a los estudiantes, personal docente o personal de administración o servicios que fueran o pudieran ser objeto de discriminación por identidad de género. Véanse, entre otros, los artículos 22.2 Ley Madrid 2/2016, 23.3, Ley Extremadura 12/2015 o 28.3 Ley Murcia 8/2016.

facilitar el libre desarrollo de su personalidad, con el consentimiento expreso de su familia o representantes legales.

En ambos casos, si en la identificación de las necesidades educativas del alumnado se detectase algún problema o dificultad en su desarrollo personal y social, relacionado con su identidad de género, que precise de la intervención de otros recursos especializados externos al sistema educativo, se asesorará a la familia o representantes legales sobre dichos recursos, especialmente los propios del sistema de salud correspondiente. En el caso de que la familia o representantes legales decidieran hacer uso de estos recursos, se acompañará del informe correspondiente elaborado por el Equipo de Orientación Educativa o Departamento de Orientación.

Así, en el Protocolo se prevén medidas organizativas y educativas que podrá adoptar el centro, siempre teniendo presente el interés del alumno o la alumna, escuchados los y las profesionales que se precisen para garantizarlo, y de acuerdo con el padre, la madre o representantes legales, en caso de tratarse de menores de edad, la dirección del centro procederá a establecer las siguientes medidas, que se contemplarán en todo caso en el plan de igualdad del centro.

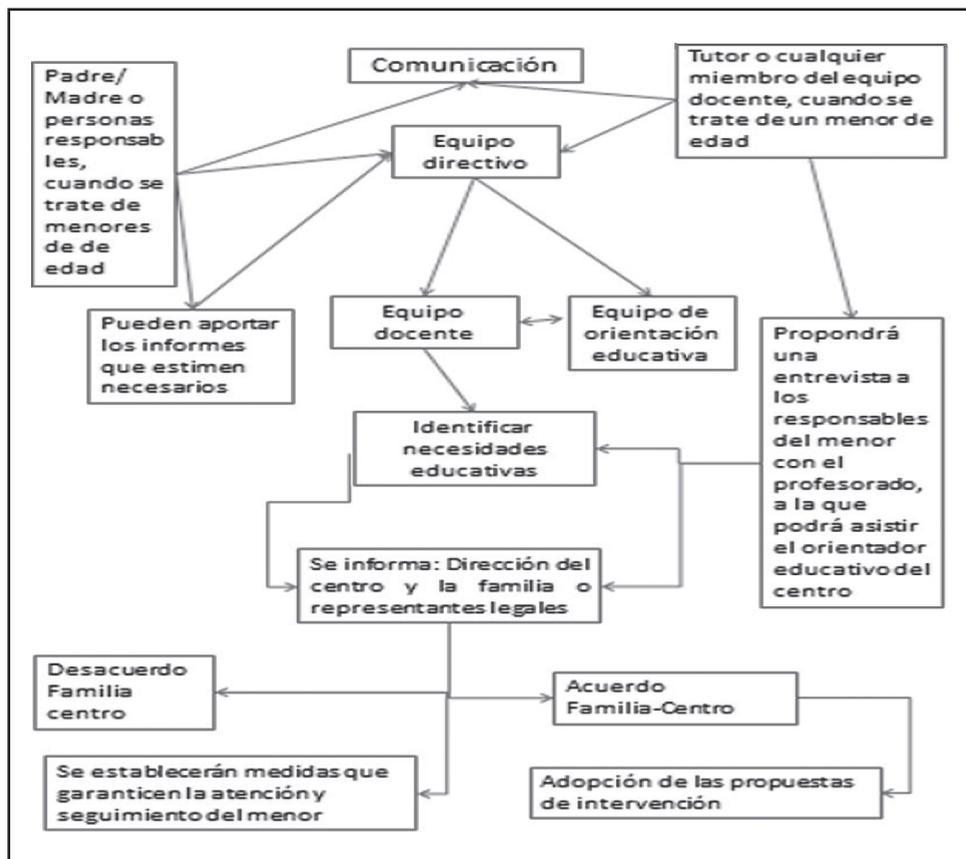
Igualmente se prevén una serie de actuaciones de sensibilización, asesoramiento y formación dirigidas a la comunidad educativa, siempre condicionadas a las necesidades detectadas, que podrán contar para su desarrollo con las asesorías de los Centros del Profesorado, Gabinetes Provinciales de Asesoramiento sobre la Convivencia Escolar, con las personas responsables de la orientación en los centros docentes, las personas que coordinan los planes de convivencia y las personas coordinadoras de coeducación en los centros, Inspección Educativa y otras instituciones, asociaciones y entidades colaboradoras.

Las actuaciones que se proponen son:

- Actuaciones de información y sensibilización sobre diversidad sexual y de género dirigidas al alumnado, con especial atención al reconocimiento y normalización de la realidad transexual, incluyendo actividades de autoconocimiento, conocimiento mutuo, empatía, aprecio y comunicación para favorecer la cohesión del grupo.
- Actuaciones formativas dirigidas a los equipos directivos, orientadores y orientadoras y equipos docentes, persona coordinadora de las medidas de promoción de la igualdad y la coeducación, a través de los Centros del Profesorado, relacionadas con la diversidad sexual, haciendo especial hincapié en el conocimiento de la realidad transexual.
- Actuaciones de sensibilización, información y asesoramiento dirigidas a las familias y las asociaciones de madres y padres de los centros, relacionadas con la diversidad de género y sexual, el desarrollo evolutivo en la infancia y la adolescencia, estilos educativos, etc¹¹⁰.

¹¹⁰ Véase, entre otros, los artículos 25 Ley Galicia 2/2014, 27.2 Ley Murcia 8/2016, 25.2 Ley Madrid 2/2016, 12.5 Ley Baleares 8/2016, 12.5 Ley Cataluña 11/2014, 22.1 Ley Extremadura 12/2015.

Flujograma¹¹¹



3. Derechos de los colectivos que integran los centros educativos de Andalucía

El artículo 15.2 de la Ley 2/2014 recoge los derechos de los colectivos que integran los centros docentes de Andalucía, estudiantes, personal y docentes y que son¹¹²:

¹¹¹ Véase el flujograma de actuación en el Protocolo para los Centros educativos en el acompañamiento al alumnado trans o con comportamiento de género no normativo y a sus familias, p. 13 http://www.hezkuntza.ejgv.euskadi.eus/r43-2459/es/contenidos/informacion/dig2/es_lgtb_fob/adjuntos/Protocolo_Trans_2016_c.pdf (consultado el 26 de enero de 2016).

¹¹² La redacción en el proyecto de ley era distinta y con un alcance más reducido cuando manifestaba, en su artículo 16 –que era el número del precepto en el proyecto– que «los estudiantes, personal y docentes que acuden a los centros educativos de la Comunidad andaluza tienen derecho a ver su identidad de género libremente determinada y el nombre que hayan elegido, conforme a lo establecido en el artículo 10, que serán reflejados en la documentación administrativa del centro, en especial aquella de exposición pública, como listados de alumnado, calificaciones académicas o

- Mostrar los rasgos distintivos de la personalidad que suponga el cambio y la evolución de su proceso de identidad de género, debiéndose respetar su imagen física, la elección de su indumentaria y el acceso y uso de las instalaciones del centro conforme a su género elegido¹¹³.

En este, el Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz, incorporado por a la Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas¹¹⁴ se garantiza, en todo caso, la libertad en el uso de la vestimenta con la que el alumno o la alumna se sienta identificado, sin perjuicio de la previsión para los supuestos en los que exista en los centros la obligación de vestir un uniforme diferenciado por sexo, en cuyo caso se reconocerá el derecho del alumno o la alumna a vestir con ropas o uniforme acordes a la identidad de género manifestada¹¹⁵, todo ello en el marco de la obligación de la Junta de Andalucía de velar por que el sistema educativo sea un espacio de respeto y tolerancia libre de toda presión, agresión o discriminación por motivos de identidad de género.

Al igual que se garantizan que: a) de acuerdo con el Plan de Igualdad entre Hombres y Mujeres en Educación, se evitará realizar en el centro actividades diferenciadas por sexo. Si en alguna ocasión estuviese justificada esta diferenciación, el profesorado tendrá en consideración el género con el que la alumna o el alumno se sienta identificado y, b) el alumnado transexual tenga acceso a los aseos y vestuarios que le corresponda de acuerdo con su identidad de género¹¹⁶.

- Utilizar libremente el nombre que hayan elegido, conforme a lo establecido en el artículo 9 de la presente Ley, que será reflejado en la documentación administrativa del centro,

censos electorales para elecciones sindicales o administrativas, con independencia de lo inscrito en el Registro Civil correspondiente. La Administración usará en todo caso la identificación legal de la persona en expedientes académicos y titulaciones oficiales para asegurar su validez». Fue la enmienda 56 del Grupo Socialista la que introdujo los cambios (BOPA núm. 465, de 3 de junio de 2014, p. 52). Estos derechos no se podían ejercer con facilidad hasta la entrada en vigor de la Ley Andalucía 2/2014 y, sobre todo, del Protocolo de 2015. Así, tenemos como ejemplo de la situación anterior la noticia publicada en *El País*, el 2 de octubre de 2013, «La fiscalía investiga el trato dado en tres colegios a niños transexuales», en la que se exponían tres casos de niños en colegios de Málaga a los que les impidieron usar el nombre que pedían, cambiar de cuarto de baño y ajustar el uniforme al género manifestado. http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/10/02/actualidad/1380744087_194953.html (consultado el 20 de julio de 2015).

¹¹³ Véanse en el mismo sentido, entre otros, los artículos 24.4.c) Ley Murcia, 23.1.e) Ley Madrid 2/2016, 20.3.d) Ley Extremadura 12/2015 o 22.1.A.c) Ley Baleares 8/2016.

¹¹⁴ La incorporación del citado protocolo fue a través de la Orden de 28 de abril 2015 (BOJA núm. 96, de 21 de mayo).

¹¹⁵ En el mismo sentido, entre otros, los artículos 24.4.c) Ley Murcia, 23.1.e) *in fine* Ley Madrid 2/2016, 20.3.c) Ley Extremadura 12/2015, 22.1.A.c) Ley Baleares 8/2016.

¹¹⁶ En el mismo sentido, entre otros, los artículos 24.4.d) Ley Murcia, 23.1.f) Ley Madrid 2/2016, 20.3.d) Ley Extremadura 12/2015, 22.1.A.d) Ley Baleares 8/2016.

en especial en aquella de exposición pública, como listados de alumnado, calificaciones académicas o censos electorales para elecciones sindicales o administrativas¹¹⁷.

Este derecho, como se expuso en el epígrafe relativo a la documentación administrativa, está pendiente de desarrollo reglamentario. Sin embargo, lo cierto es que en el ámbito educativo se ha producido un avance muy importante a través del Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz, incorporado por la Orden de 28 de abril 2015 a la Orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas. Así se prevé, entre las medidas organizativas del centro¹¹⁸, teniendo siempre presente el interés del alumno o la alumna, escuchados los profesionales que se precisen para garantizarlo, y de acuerdo con el padre, la madre o representantes legales, en caso de tratarse de menores de edad, que la dirección del centro procederá a:

- Indicar a la comunidad educativa del centro que se dirija al alumno o alumna por el nombre elegido¹¹⁹.

¹¹⁷ Derechos que son una manifestación, completan y se integran a los contenidos en la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de educación de Andalucía, pues recordemos que esta última norma reconoce expresamente que «el alumnado tiene derecho a una educación de calidad que contribuya al pleno desarrollo de su personalidad y de sus capacidades» –art. 7.1–, al igual que reconoce como derecho del alumnado el respeto a su libertad de conciencia y a sus convicciones religiosas y morales, así como a su identidad, intimidad, integridad y dignidad personales –art. 7.2.g–; la igualdad de oportunidades y de trato, mediante el desarrollo de políticas educativas de integración y compensación –art. 7.2.h– y la protección contra toda agresión física o moral –art. 7.2.k–. Todo ello sin olvidar que la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de educación de Andalucía también recoge como deberes del alumnado el respeto a la libertad de conciencia, a las convicciones religiosas y morales, y a la identidad, intimidad, integridad y dignidad de todos los miembros de la comunidad educativa, así como a la igualdad entre hombres y mujeres –art. 8.3.a– y el respeto a las normas de organización, convivencia y disciplina del centro docente, y la contribución al desarrollo del proyecto educativo del mismo y de sus actividades –art. 8.3.b–.

¹¹⁸ Las medidas se contemplarán en todo caso en el plan de igualdad del centro.

¹¹⁹ Véanse, entre otros, los artículos 14 Ley Canarias 8/2014, 20.3.a) Ley Extremadura 12/2015, 25.4.a) y b) Ley Murcia 8/2016, 23.1.a) y d) Ley Madrid 2/2016, 22.1.a) Ley Baleares 8/2016 y 23.1 Ley Cataluña 11/2014. El apartado 2.2, *Posibles medidas organizativas básicas a adoptar en el centro*, del Protocolo para los centros educativos en el acompañamiento al alumnado trans o con comportamiento de género no normativo y a sus familias en el País Vasco contiene una serie de medidas orientativas al respecto cuando dispone que «atendiendo al hecho de que cada persona es única, es básico escuchar las necesidades que en cada caso se plantean. En función de ellas, el equipo docente, el /la menor y su familia podrán valorar la adopción de algunas de las siguientes medidas: El profesorado y personal no docente, se dirigirá al alumno o la alumna por el nombre que ha sido comunicado por ella o él y/o por la familia, tanto en actividades escolares como en las extraescolares, incluidos los exámenes.

La documentación administrativa de uso interno en el centro (listas de clase, boletines informativos de calificaciones, carnets de biblioteca, de estudiante, ...) se ajustará al sexo con el que se siente identificado el o la alumna. Además de las actividades de sensibilización-formación que se organicen en el centro, el tutor o la tutora del grupo-clase dedicará momentos de reflexión en el propio grupo orientados a visibilizar e integrar las diversidades sexuales existentes en el aula. En el contexto del centro educativo, se garantizará el derecho al uso de la vestimenta con la que cada persona se siente identificada, incluidos los casos de centros que utilicen uniforme. Se realizarán las gestiones necesarias para que el alumnado trans pueda acceder y utilizar todos los espacios que pueda haber en el centro de uso segregado (aseos, vestuarios...) según su preferencia. Siempre se tendrá en cuenta la opinión del o la menor y se actuará, como

- Adecuar la documentación administrativa del centro docente (listas de clase, boletín informativo de calificaciones, carnet de estudiante, etc.), a fin de tener en consideración el nombre y el género con el que se siente identificado el alumno o la alumna, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 y el artículo 15.2.b) de la Ley 2/2014, de 8 de julio. Todo ello sin perjuicio de que en el expediente oficial del alumno o la alumna, y hasta que legalmente proceda, se mantengan los datos de identidad registrales a efectos oficiales¹²⁰.

4. Acoso escolar, detección e intervención ante posibles casos de discriminación, acoso escolar, violencia de género o maltrato infantil por identidad de género

Entre las múltiples medidas de prevención contempladas en el artículo 15 de la Ley Andaluza 2/2014, se parte de la máxima que la Junta de Andalucía velará por que el sistema educativo sea un espacio de respeto y tolerancia libre de toda presión, agresión o discriminación por motivos de identidad de género, con amparo a los estudiantes, docentes y familias que lo componen. Derivado de la obligación anterior, se debe garantizar protección adecuada a todas las personas concernidas (estudiantes y sus familias, miembros del personal y docentes) contra todas las formas de exclusión social y violencia por motivos de identidad de género, incluyendo el acoso y el hostigamiento, dentro del ámbito escolar, debiendo elaborarse y difundirse los protocolos necesarios a fin de detectar, prevenir, intervenir y combatir cualquier forma de discriminación, en defensa de los menores que manifiesten actitudes de una identidad de género distinta a la asignada al nacer, con especial atención a las medidas contra el acoso y el hostigamiento, para su aplicación en servicios y centros de atención educativa financiados con fondos públicos, tanto de titularidad pública como privada¹²¹.

es preceptivo, para garantizar su seguridad e intimidad. Si se precisara en alguna ocasión, por causas acordes a unos objetivos concretos, la separación/organización por sexos de ciertas actividades, el profesorado tendrá en consideración el sexo con el que la alumna o el alumno se siente identificado u otras circunstancias. En el caso de que en el centro haya equipos deportivos o competiciones deportivas y en los mismos se dé una separación/organización por sexos, e-Ha menor participará, si así lo desea, en los equipos o competiciones correspondientes al sexo con el que se siente identificado-a. Todas estas medidas se incluirán en el Plan de Convivencia y el Plan de Coeducación y Prevención de Violencia de Género del centro, así como en el ROF o RRI».

¹²⁰ Véase, entre otros, los artículos 14 Ley Canarias 8/2014, 20.3.a) Ley Extremadura 12/2015, 25.4.a) y b) Ley Murcia 8/2016, 23.1.a) y d) Ley Madrid 2/2016, 22.1.b) Ley Baleares 8/2016.

¹²¹ En este sentido el Defensor del Pueblo, en su Informe Anual de 2015, en el apartado 5.3.1 *No discriminación de lesbianas, gays, transexuales e intersexuales*, manifestaba que «se han continuado las actuaciones ante la Dirección General para la Igualdad de Oportunidades relativas al estudio sobre el acoso homofóbico y la situación potencial de discriminación por orientación sexual en los centros escolares. El citado organismo ha finalizado un estudio titulado *Abrazar la Diversidad: propuestas para una educación libre de acoso homofóbico y transfóbico*. El Defensor del Pueblo ha valorado el contenido de este estudio del que se desprende que se han realizado numerosas recomendaciones a las administraciones públicas a fin de impulsar políticas y acciones que favorezcan el respeto a la diversidad sexual, familiar y de identidad de género en los centros escolares sostenidos con fondos públicos o privados. Se ha solicitado

Estas actuaciones no son baladíes, pues el acoso en el ámbito educativo a los integrantes del colectivo LGTBI resulta muy significativo, especialmente grave o manifiesto en los casos de transexualidad¹²², hecho que conduce a un alto grado de abandono escolar e incluso de suicidios¹²³. Así, El Informe de la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por

información sobre las actuaciones previstas para implementar el contenido de estas recomendaciones, en concreto, las relativas a la modificación y elaboración de leyes y reglamentos necesarios para el efectivo desarrollo de políticas contra el acoso escolar por homofobia y transfobia; a la creación de dotaciones específicas de personal y recursos materiales económicos suficientes para impulsar estas políticas; a la creación de un Plan Estatal contra el Acoso y la Violencia Escolar; y al establecimiento de los mecanismos de control que garanticen la no discriminación por razón de sexo, orientación sexual o identidad de género en la contratación y promoción del personal docente y no docente que desarrolla su labor en centros sostenidos con fondos públicos o privados (13021231)» https://www.defensor-delpueblo.es/wp-content/uploads/2016/04/II_5_Igualdad_de_trato.pdf (consultado el 25 de abril de 2016). Véase los indicadores para detectar el acoso escolar por homofobia y transfobia, en *Abrazar la diversidad: propuesta para una educación libre de acoso homofóbico y transfóbico*, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2015, http://www.inmujer.gob.es/actualidad/NovedadesNuevas/docs/2015/Abrazar_la_diversidad.pdf, pp. 50 y 51 y 54 y ss. (consultado el 20 de enero de 2016).

¹²² Este es un problema mundial, pues como ha destacado el Informe sobre las respuestas del sistema educativo a la violencia motivada por la orientación sexual y por la identidad o expresión de género (*Out in The Open*), elaborado por la UNESCO y presentado el 17 de mayo de 2016, en algunos países el 85% de los estudiantes LGTBI son víctimas de violencia en la escuela y el 45% de los estudiantes transgénero abandonan la escuela. http://www.unesco.org/new/es/media-services/single-view/news/la_violencia_homofobica_y_transfobica_en_la_escuela_es_un_problema_mundial_segun_un_informe/#.V21yb-uLRD8 (consultado el 22 de mayo de 2016). Así como ejemplo el Comité de los Derechos del Niño en las Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de la Federación de Rusia de 25 de febrero de 2014 (CRC/C/RUS/CO/4-5), en apartado G, Educación, esparcimiento y actividades culturales (arts. 28, 29 y 31 de la Convención), en el párrafo 59.e) manifiesta la preocupación por «la violencia y el acoso que sufren en la escuela los niños LGBTI» y, en el párrafo 60.e) recomienda al Estado, teniendo en cuenta su Observación general N° 1 (2001), sobre los propósitos de la educación, que «adopte medidas urgentes para prevenir el acoso de los niños LGBTI en las instituciones de enseñanza, educando a los niños y el personal docente y castigando a los acosadores».

¹²³ Como se mantiene en el Informe sobre las respuestas del sistema educativo a la violencia motivada por la orientación sexual y por la identidad o expresión de género (*Out in The Open*), elaborado por la UNESCO y presentado el 17 de mayo de 2016 «los alumnos víctimas de violencia homofoba y transfóbica pueden presentar también un estado de salud física y mental más débil que el promedio, con mayor riesgo de ansiedad, miedo, depresión, autolesiones e incluso suicidio. Estudios realizados en Bélgica, Países Bajos, Polonia y los Estados Unidos sugieren que los estudiantes y jóvenes LGBT tienen entre dos y cinco veces más posibilidades de pensar en suicidarse o intentar hacerlo que sus pares heterosexuales», http://www.unesco.org/new/es/media-services/single-view/news/la_violencia_homofobica_y_transfobica_en_la_escuela_es_un_problema_mundial_segun_un_informe/#.V21yb-uLRD8 (consultado el 22 de mayo de 2016). Así, en el Informe Acoso escolar homofóbico: Fracaso del Sistema Educativo, informe realizado por la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (FELGTB) para el Defensor del Pueblo, 2013, http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/0_3065_3.pdf (consultado el 20 de octubre de 2015), se aportan unos porcentajes alarmantes como, por ejemplo: el 43% de los adolescentes y jóvenes encuestados llegó a tener pensamientos de intento de suicidio (el 56% de estos continuamente o durante mucho tiempo; el 27% de forma persistente en el tiempo). De los que experimentaron ideación de suicidio, el 81% llegó a planificarlo, el 40% de ellos con detalles. Lo que significa que el 35% de los jóvenes que sufrieron acoso escolar homofóbico llegaron a planificar su suicidio. De quienes idearon su suicidio, el 40% llegó a intentar cometerlo en una o varias ocasiones. Es decir, el 17% de los jóvenes que sufren acoso escolar homofóbico llega a atentar contra su vida. Un ejemplo lamentable fue el suicidio que se produjo en Cataluña en diciembre de 2015 por parte de un menor de 17 años que sufría acoso desde los 14 años. Véase ABC «Se suicida un transexual menor de 17 años por acoso escolar», 26/12/2015 <http://www.>

motivos de orientación sexual e identidad de género, de 4 de mayo de 2015 recoge expresamente esta problemática cuando se mantiene que «muchos niños y adolescentes percibidos como personas LGBT o que muestran una disconformidad de género son víctimas de discriminación, acoso y, en algunos casos, malos tratos violentos tanto dentro como fuera del ámbito escolar¹²⁴. Este tipo de malos tratos puede obligar al absentismo o al abandono escolar, además de generar en los alumnos sentimientos de aislamiento y depresión e incluso pensamientos suicidas»¹²⁵. Igualmente en el Informe EU LGBT Survey, Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se mantiene que el 80% de los niños en edad escolar que participaron en las encuestas habían sido testigos de comentarios o comportamientos negativos contra compañeros percibidos como personas lesbianas, gays, bisexuales y transgénero¹²⁶.

Los datos específicos aportados en el Informe Acoso escolar homofóbico: Fracaso del Sistema Educativo, realizado por la Federación Estatal de Lesbianas, Gais, Transexuales y Bisexuales (FELGTB) para el Defensor del Pueblo Vasco (Araarkeko), arroja unos datos muy significativos y alarmantes como son:

- El 57% del acoso escolar homofóbico se inicia entre los 12 y los 15 años. El 23%, antes de llegar a la ESO.
- El principal mecanismo de acoso es el verbal, seguido del aislamiento y, en tercer lugar, la violencia física.
- El 49% ha sufrido el acoso escolar homofóbico a diario o frecuentemente.
- El 69% vio prolongado el acoso durante más de un año.
- El 90% ha sufrido el acoso escolar homofóbico de parte de un compañero varón y el 11% de un profesor.
- El acoso escolar homofóbico ha generado en las víctimas fundamentalmente sentimientos de: humillación (63%), impotencia (60%), rabia (59%) y tristeza (59%), incompreensión (57%), soledad (53%), vulnerabilidad (50%) y aislamiento (50%).
- El 42% no recibió ayuda de ningún tipo frente al acoso escolar homofóbico en su centro educativo. Solo el 19% recibió ayuda del profesorado.

abc.es/sociedad/abci-suicida-transsexual-menor-17-anos-acoso-escolar-201512260017_noticia.html (consultado el 26 de enero de 2016).

¹²⁴ Véanse los Informes del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas (Commission on Human Rights) The right to education: Report of the Special Rapporteur E/CN.4/2001/52, párr. 75, (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G01/101/77/PDF/G0110177.pdf?OpenElement>) y Report of the Special Rapporteur on the right to education, Girls' right to education E/CN.4/2006/45, párr.113 (<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G06/106/70/PDF/G0610670.pdf?OpenElement>).

¹²⁵ El Informe de la Oficina del Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Discriminación y violencia contra las personas por motivos de orientación sexual e identidad de género (A/HRC/19/41), de 4 de mayo de 2015, www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/.../A_HRC_29_23_sp.doc (consultado el 30 de diciembre de 2015).

¹²⁶ <http://fra.europa.eu/en/survey/2012/eu-lgbt-survey> (consultado el 30 de diciembre de 2015).

- El 82% no informó del acoso escolar homofóbico en la familia porque se avergonzaba de ello (26%), tenía miedo al rechazo (35%) o incluso «no era algo que viera necesario» (39%).
- Del 18% que sí lo hizo, más el 10% que fue descubierto, el 27% no recibió apoyo de su familia y el 73% sí (fundamentalmente de la madre).
- A la mayoría de los encuestados el acoso les produjo un conjunto de emociones que confluyen en una acusada desesperanza hacia el futuro y una escasa perspectiva personal de que su sufrimiento cese.
- El 66% experimentó sentimientos de desesperanza durante mucho tiempo o continuamente y el 36% persistentemente.

Por tanto, no puede negarse la existencia del riesgo evidente que tienen los menores trans en los centros educativos, riesgo que en caso de materializarse les puede provocar un daño psicológico y físico que en ningún caso debe pasarse por alto y que requiere la necesaria coordinación entre administraciones e instituciones¹²⁷.

Así la Ley andaluza, al margen de las actuaciones previstas y expuesta al inicio del presente epígrafe, contiene un precepto bajo la rúbrica, *Combatir el acoso escolar*, en que se manifiesta que «la Administración de la Junta de Andalucía reforzará especialmente las actuaciones en los centros educativos de Andalucía que tengan por objeto combatir el acoso escolar por razón de identidad de género. Asimismo, se informará a los padres, tutores o representantes legales de los menores que hubiesen sido o estén siendo objeto de acoso de los correspondientes hechos, así como de los posibles mecanismos de denuncia ante los mismos» –art. 16–.

Sin embargo, las mayores aportaciones en esta materia han sido las efectuadas por el Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz, con una

¹²⁷ Recordemos que el artículo 15.1.d) de la Ley Andalucía 2/2014 prevé que 1. La Comunidad Autónoma de Andalucía, a través de la Consejería competente en materia de educación «crear y promoverá programas de coordinación entre los sistemas educativo, sanitario y social, orientados especialmente a la detección y a la intervención ante situaciones de riesgo que pongan en peligro el desarrollo integral de los menores que manifiesten una identidad de género distinta a la asignada al nacer». En el mismo sentido, los artículo 22.7 Ley Madrid 2/2016, aunque a diferencia de la Ley andaluza, el objeto es «efectuar la posible detección temprana de aquellas personas en educación infantil que puedan estar incursas en un proceso de manifestación de su identidad de género, con el fin de elaborar con previsión suficiente un posible plan de acción para la mejor integración del alumno en el centro y tutelar su devenir en el sistema educativo. Y prevenir las situaciones de riesgo que pongan en peligro el desarrollo integral del menor». La misma Ley, en el artículo 23.c), prevé que el protocolo de atención educativa «incorporará la necesaria coordinación entre las áreas de educación, sanidad y acción social, en orden a una rápida detección y actuación ante situaciones discriminatorias y atentatorias contra la identidad de género» y en el mismo sentido el artículo 23.2 Ley Extremadura 12/2015. El mismo Protocolo de actuación sobre identidad de género en el sistema educativo andaluz prevé la necesaria coordinación entre administraciones e instituciones cuando dispone que «la Consejería competente en materia de educación promoverá y establecerá procedimientos de coordinación de actuaciones y recursos con otras Administraciones y, específicamente, con la Consejería competente en materia de igualdad, salud y políticas sociales orientados a la prevención, detección e intervención ante situaciones de vulnerabilidad que supongan riesgo o amenaza para el desarrollo integral del alumnado transexual».

serie de medidas de gran calado, que van más allá del acoso escolar pues pretenden o tienen como objetivo prevenir y, en su caso, intervenir ante las conductas de discriminación, exclusión, agresión, hostigamiento o de posible acoso escolar, violencia de género o maltrato infantil que pudieran producirse, obligan a establecer las medidas necesarias que deberán estar recogidas en el plan de convivencia del centro. En estos casos, los centros deberán activar los protocolos contemplados en la orden de 20 de junio de 2011, por la que se adoptan medidas para la promoción de la convivencia en los centros docentes sostenidos con fondos públicos y se regula el derecho de las familias a participar en el proceso educativo de sus hijos e hijas, todo ello sin perjuicio de las medidas correctoras que procedan ante conductas que atenten contra la dignidad personal de otros miembros de la comunidad educativa, especialmente cuando esté presente un componente sexual, homófobo o de identidad de género.

De esta manera, se distinguen dos situaciones bien diferenciadas¹²⁸. La primera tiene como punto de referencia el centro y, por ello, se prevé que cualquier miembro de la comunidad educativa que tenga conocimiento o sospechas de una situación de acoso escolar, violencia de género o maltrato infantil sobre algún alumno o alumna por identidad de género tiene la obligación de comunicarlo a un profesor o profesora, al tutor o tutora, a la persona responsable de la orientación en el centro o al equipo directivo, según el caso y miembro de la comunidad educativa que tenga conocimiento de la situación¹²⁹. La segunda situación exige al centro, en aquellos casos en los que, a causa de la actitud del padre, la madre o el entorno familiar hacia la identidad de género del alumno o alumna, se detecte alguno de los indicadores de maltrato recogidos en la hoja de detección y notificación del Sistema de Información sobre el Maltrato Infantil de Andalucía (SIMIA), a cumplimentar y tramitar de la misma de acuerdo a lo establecido en el Decreto 3/2004, de 7 de enero, por el que se establece el sistema de información sobre maltrato infantil de Andalucía¹³⁰.

5. Breve referencia a las Universidades

La Ley Andalucía 2/2014 ha incluido en el ámbito de aplicación de la ley al sistema universitario andaluz, definido en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero,

¹²⁸ En todos los casos en que se estime que pueda existir una situación de acoso escolar, violencia de género o maltrato infantil por identidad de género, la dirección del centro docente remitirá el informe correspondiente al Servicio Provincial de Inspección de Educación, sin perjuicio de la comunicación inmediata del caso que proceda, tal como se establece en los protocolos correspondientes contemplados en la Orden de 20 de junio de 2011.

¹²⁹ En cualquier caso, el receptor o receptora de la información siempre informará al director o directora o, en su ausencia, a un miembro del equipo directivo quien deberá comunicarlo a los padres como dispone el artículo 16 de la Ley Andalucía 2/2015. Véase S. Martínez Cano, «Sobre la violencia en escolares. Estudio sobre identidad de género y violencia a través de la representación gráfica», *Revista de Educación*, núm. 31 (2008), pp. 11-35.

¹³⁰ Véase sobre el procedimiento de actuación en el Sistema de información sobre maltrato infantil en Andalucía, <http://www.observatoriodelainfancia.es/OIA/esp/descargar.aspx?id=3294&tipo=documento> (consultado el 20 de agosto de 2015).

del Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades –art. 4.f)– y posteriormente en el artículo 7.g) en las medidas contra la transfobia le reconoce un papel significativo al exigir a la Junta de Andalucía en colaboración con las asociaciones de personas transexuales, que promueva a las Universidades de Andalucía para que fomenten la formación y la investigación en materia de autodeterminación de género, estableciendo convenios de colaboración, si ello fuera aconsejable, para¹³¹:

- Impulsar la investigación y la profundización teórica sobre la identidad de género¹³².
- Elaborar estudios sociológicos y de otra índole sobre la realidad social de las personas transexuales.
- Orientar y ayudar en los planes de formación y de empleo de las personas transexuales.

Sin embargo, a la hora de proceder a la regulación del título IV *Atención educativa*, no contiene ni una sola referencia a la universidad pues las menciones existentes son a los centros educativos y al sistema educativo andaluz. En este último no se integran las universidades que forman parte del Sistema Andaluz del Conocimiento conforme al artículo 30.2.a) de la Ley 16/2007, de 3 de diciembre, de ciencia y conocimiento de Andalucía.

De esta manera, las previsiones de los artículos 15 y 16 de la Ley Andalucía 2/2014 no son susceptibles de aplicación en la Universidades, hecho que plantea deficiencias o carencias en el sistema articulado por la Ley¹³³.

Este esquema tiene su antecedente en la Ley Navarra 12/2009, esquema que siguieron la Ley País Vasco 14/2012 y la Ley Canarias 8/2014¹³⁴, sin embargo, la tendencia ha sido, sobre todo en las últimas leyes, dedicar un precepto específico a las universidades en la que se exige generalmente¹³⁵:

¹³¹ Véanse, con un contenido similar, los artículos 16.6 Ley Navarra 12/2009, 5.g) Ley País Vasco 14/2012, 14.c) Ley Canarias 8/2014 y 10.7 Ley Madrid 2/2016.

¹³² El artículo 55.2 del Decreto Legislativo 1/2013, de 8 de enero, de Texto Refundido de la Ley Andaluza de Universidades prevé que «los programas de financiación universitaria condicionada contemplarán ayudas a programas universitarios que estén orientados a favorecer la consecución de los objetivos anteriores así como a todas aquellas actuaciones de las Universidades destinadas a desarrollar iniciativas en favor del desarrollo económico y social de Andalucía [...], la cooperación al desarrollo, interculturalidad, fomento de la cultura para la paz y la no violencia, de las políticas y prácticas de igualdad y muy especialmente las de género, y atención a colectivos sociales especialmente desfavorecidos». Por su parte, el artículo 88.5 del Decreto Legislativo 1/2013 establece que «los programas de financiación universitaria condicionada contemplarán ayudas a programas universitarios orientados a favorecer [...] la cooperación al desarrollo; la interculturalidad, el fomento de la cultura para la paz y la no violencia; las políticas y prácticas de igualdad y muy especialmente las de género, y la atención a colectivos sociales especialmente desfavorecidos».

¹³³ Véase M. Penna Tosso, «Homofobia en las aulas universitarias: un meta-análisis», en *REDU: Revista de Docencia Universitaria*, vol. 13, núm. 1, (2015), pp. 181-202.

¹³⁴ Respectivamente los artículos 16.6, 5.g) y 14.c).

¹³⁵ Véanse, entre otros, los artículos 26 Ley Madrid 2/2016, 29 Ley Murcia 8/2016, 13 Ley Cataluña 11/2014, 24 Ley Extremadura 12/2015 y 13 Ley Baleares 8/2016.

- Garantizar el respeto y la protección del derecho a la igualdad y no discriminación del alumnado, personal docente y cualquier persona que preste servicios en el ámbito universitario por causa de identidad de género, prestando atención y apoyo a los mismos.
- Promover acciones informativas, divulgativas y formativas entre el personal docente en torno a la diversidad en cuestión de identidad y/o expresión de género, que permitan detectar, prevenir y proteger acciones de discriminación o acoso, así como evitar la impartición de contenidos discriminatorios hacia las personas por estos motivos.
- Adoptar medidas de apoyo a la realización de estudios y proyectos de investigación sobre la realidad de las personas transexuales, transgénero e intersexuales, en el ámbito de las acciones de investigación, desarrollo e innovación.
- Elaborar planes de formación para profesionales sanitarios y de otras ramas del conocimiento que entran en contacto con la transexualidad.

Algunas de ellas han ido más allá y han exigido adoptar «un compromiso claro contra las actitudes de discriminación por homofobia, lesbofobia, bifobia o transfobia», como la Ley Extremadura 12/2015 –24.1– y la Ley Murcia 8/2016¹³⁶ –art. 29– o, en el caso de la Ley Cataluña 11/2014 que exige elaborar «un protocolo de no discriminación por razón de orientación sexual, identidad de género o expresión de género» –art. 13–.

BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR CAMACHO, M.J., «La transexualidad en México. El paradigma desde la patología al derecho humano de modificar la identidad», en *Revista de bioética y derecho: publicación del Máster en bioética y derecho*, núm. 35 (2015), pp. 3-17.

ALONSO GARCÍA, R.M., «Dos ejemplo de la difícil identidad de supuestos en unificación de doctrina: transexualidad y «kafala»», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 79 (2009), pp. 59-78.

ALVENTOSA DEL RÍO, J., «La regulación de la identidad de género en las comunidades autónomas», en *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 2 (2015), pp. 745-760.

BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., «Transexualidad y Derechos Fundamentales: protección integral sin la utilización del factor sexo como diferencia», en *Cuadernos de Derecho público*, núm. 21 (2004), pp. 127-161.

BELSÚE GUILLORME, K., «La legislación en torno a la transexualidad en España: avances, debilidades y paradojas», en *Feminismo/s*, núm. 19 (2012), pp. 211-234.

¹³⁶ La Ley murciana prevé que, en el caso que no se adopte el compromiso, «podrán revocarse las autorizaciones administrativas concedidas».

BELSUÉ GUILLORME, K., «Sexo, género y transexualidad: de los desafíos teóricos a las debilidades de la legislación española», en *Acciones e investigaciones sociales*, núm. 29 (2011), pp. 7-32.

BENAVENTE MOREDA, P., «Identidad y contexto inmediato de la persona: identidad personal, el nombre de la persona, identidad sexual y su protección», en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 17 (2013), pp. 105-161.

BERGERO MIGUEL, T., «La transexualidad: asistencia multidisciplinar en el sistema público de salud», en *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, núm. 89 (2004), pp. 9-20.

BUSTOS MORENO, Y., *La transexualidad*, Dykinson, 2008.

CHÁRRIEZ CORDERO, M., «La transexualidad: ¿construcción de una identidad?», en *Griot*, núm.1 (2013), pp. 18-28.

COLL-PLANAS, G. y MISSÉ SÁNCHEZ, M., «La identidad en disputa: conflicto alrededor de la construcción de la transexualidad», en *Papers: revista de sociología*, núm. 1 (2015), pp. 35-52.

COLL-PLANAS, G., y MISSÉ SÁNCHEZ, M., ««Me gustaría ser militar». Reproducción de la masculinidad hegemónica en la patologización de la transexualidad», en *Prisma social: revista de ciencias sociales*, núm. 13 (2014), pp. 407-432.

DELLACADA M. A., «Violencia de estado: el reconocimiento de las personas transexuales como sujetos «patológicos» de derechos», en *Maguaré*, vol. 28, núm. 1 (2014).

DE VERDA y BEAMONTE, J. R., «La incidencia del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad en la configuración del matrimonio», en *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 17 (2014), pp. 10-31.

DUQUE, C. A., «Aproximación teórica al debate por el reconocimiento político, jurídico y social del sector LGTBIQ», en *Revista CS*, núm. 2 (2008), pp. 181-207.

ESPÍN ALBA, I., *Transexualidad y tutela civil de la persona*, Reus, 2001.

GARCÍA GARCÍA, R., «El reciente derecho del transexual a contraer matrimonio: Comentario a la Sentencia de 21 de septiembre de 1999 del Juzgado de Primera Instancia Núm. 7 de Lleida y del Auto de 12 de enero de 2000 del Juzgado de Primera Instancia de Melilla», en *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3 (2000), pp. 227-249.

GARCÍA LÓPEZ, D. J., «Bestiario jurídico: dispositivos de normalización ante la transexualidad», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 49 (2015), pp. 395-415.

GAVILÁN MACÍAS, J., «El sistema educativo y la transexualidad», en AA. VV., *Género, educación y convivencia*, Dykinson, 2015, pp. 71-87.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., «Unas notas sobre el tratamiento jurídico-civil de la transexualidad en España», en *RDUNED, Revista de Derecho UNED*, núm. 11 (2012), pp. 477-498.

LÓPEZ-GALIACHO PERONA, J., *La problemática jurídica de la transexualidad*, McGraw-Hill, 1998.

LORENZETTI, A., *Diritti in transito*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

LLAMAZARES FERNÁNDEZ, «Libertad de conciencia, identidad sexual y moral pública», en M^{ra}. Teresa Areces Piñol (Coord.), *Estudios jurídicos sobre personas y familia*, Comares, Granada, 2009, pp. 3-34.

MAGALLÓN IBARRA, J. M., «Repercusiones de la transexualidad en el ámbito jurídico», en *Revista de Derecho Privado*, núm. 18-20 (2008), pp. 47-61.

MANZANO BARRAGÁN, I., «La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre orientación sexual e identidad de género», en *Revista española de Derecho internacional*, vol. 64, núm. 2 (2012), pp. 49-78.

MARTÍNEZ CANO, S., «Sobre la violencia en escolares. Estudio sobre identidad de género y violencia a través de la representación gráfica», *Revista de Educación*, núm. 31 (2008), pp. 11-35.

MIRAVETE CICERO, M., OLIVIER, M. L., «La situación que vivimos...detrás de los muros...», en *Revista de estudios de género: La ventana*, vol. 2, núm. 12 (2000), pp. 315-321.

OSBORNE VERDUGO, R., «Transgenerismos, una aproximación de etnografía extrema: entrevista a Norma Mejía», en *Política y sociedad*, vol. 46, núm. 1-2 (2009), pp. 129-142.

PENNA TOSSO, M., «Homofobia en las aulas universitarias: un meta-análisis», en *REDU: Revista de Docencia Universitaria*, vol. 13, núm. 1, (2015).

PERAMATO MARTÍN, T., *Desigualdad por razón de orientación sexual e identidad de género, homofobia y transfobia*, Thomson-Aranzadi, 2013.

PLATERO MÉNDEZ, R., «Transexualidad y agenda política: una historia de (dis)continuidades y patologización», en *Política y sociedad*, núm. 1-2 (2009), pp. 107-128.

REID, G., «Lucha global por los derechos de las personas LGBT», en *Política exterior*, vol. 28, núm. 157 (2014), pp. 118-128.

RUBIO ARRIBAS, F. J., «Aspectos sociológicos de la transexualidad», en *Nómadas: revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, núm. 21 (2009), pp. 361-380.

RUBIO ARRIBAS, F. J., «¿El tercer género?: la transexualidad», en *Nómadas: revista crítica de ciencias sociales y jurídicas*, núm. 17 (2008), pp. 47-54.

STANZIONE, P., «Transexualismo y sensibilidad del jurista: una relectura actualizada e la Ley (Italiana) 164/1982», en M^a. Teresa Areces Piñol (Coord.), *Estudios jurídicos sobre personas y familia*, Comares, Granada, 2009, pp. 51-68.

TOLDRÀ ROCA, M.^a D., *Capacidad natural y capacidad matrimonial. La transexualidad*, Cedecs, 2000.

VAQUERIZO GÓMEZ, E., «Procesos de socialización masculina: una aproximación etnográfica en un espacio asociativo», en *Política y sociedad*, núm. 2 (2014), pp. 108-125.

VILLAGÓMEZ RODIL, «Aportación al estudio de la transexualidad», Tecnos, 1994.

ISBN: 978-84-8333-661-8



9 788483 336618